



Организация Объединенных Наций

Доклад Комиссии международного права

**Шестьдесят шестая сессия
(5 мая – 6 июня и 7 июля – 8 августа 2014 года)**

**Генеральная Ассамблея
Официальные отчеты
Шестьдесят девятая сессия
Дополнение № 10 (A/69/10)**

Генеральная Ассамблея
Официальные отчеты
Шестьдесят девятая сессия
Дополнение № 10 (A/69/10)

Доклад Комиссии международного права

**Шестьдесят шестая сессия
(5 мая – 6 июня и 7 июля – 8 августа 2014 года)**



Организация Объединенных Наций • Нью-Йорк, 2014 год

Примечание

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

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

Доклад Комиссии, отпечатанный типографским способом, будет включен в Часть вторую тома II *Ежегодника Комиссии международного права за 2014 год*.

Краткое содержание

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–11	1
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии.....	12–25	5
III. Конкретные вопросы, замечания по которым могли бы представлять особый интерес для Комиссии.....	26–34	9
IV. Высылка иностранцев	35–45	13
V. Защита людей в случае бедствий	46–56	101
VI. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare).....	57–65	171
VII. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров.....	66–76	205
VIII. Охрана атмосферы	77–122	265
IX. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	123–132	279
X. Выявление норм международного обычного права	133–185	291
XI. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.....	186–222	305
XII. Временное применение договоров.....	223–248	313
XIII. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации	249–262	321
XIV. Другие решения и выводы Комиссии.....	263–312	325
Приложение		
Jus cogens		335

GE.14-13463 (R) 010914 160914



* 1 4 1 3 4 6 3 *

Просьба отправить на вторичную переработку



Содержание

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–11	1
A. Членский состав	2	1
B. Должностные лица и Бюро расширенного состава	3–5	2
C. Редакционный комитет	6–7	2
D. Рабочие группы и Исследовательская группа	8–9	3
E. Секретариат	10	4
F. Повестка дня	11	4
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии	12–25	5
III. Конкретные вопросы, замечания по которым могли бы представлять особый интерес для Комиссии	26–34	9
A. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров	26	9
B. Охрана атмосферы	27	9
C. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	28	9
D. Выявление норм международного обычного права	29–30	9
E. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами	31–32	10
F. Временное применение договоров	33	10
G. Преступления против человечности	34	11
IV. Высылка иностранцев	35–45	13
A. Введение	35–37	13
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии	38–41	14
C. Рекомендация Комиссии	42	14
D. Выражение признательности Специальному докладчику	43	14
E. Текст проектов статей по вопросу о высылке иностранцев	44–45	15
1. Текст проектов статей	44	15
2. Текст проектов статей и комментариев к ним	45	22
Высылка иностранцев		
Общий комментарий		22
Часть первая		
Общие положения		23
Статья 1		
Сфера охвата		23
Комментарий		23

Статья 2	
Употребление терминов.....	25
Комментарий.....	26
Статья 3	
Право на высылку.....	28
Комментарий.....	28
Статья 4	
Требование о соблюдении закона.....	29
Комментарий.....	29
Статья 5	
Основания для высылки.....	32
Комментарий.....	32
Часть вторая	
Случаи запрещенной высылки.....	34
Статья 6	
Правила, касающиеся высылки беженцев.....	34
Комментарий.....	35
Статья 7	
Правила, касающиеся высылки лиц без гражданства.....	38
Комментарий.....	38
Статья 8	
Лишение гражданства для цели высылки.....	39
Комментарий.....	39
Статья 9	
Запрет коллективной высылки.....	40
Комментарий.....	40
Статья 10	
Запрет замаскированной высылки.....	43
Комментарий.....	43
Статья 11	
Запрет высылки для цели конфискации имущества.....	46
Комментарий.....	46
Статья 12	
Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции.....	47
Комментарий.....	47

Часть третья	
Защита прав подлежащих высылке иностранцев.....	48
Глава I	
Общие положения	48
Статья 13	
Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека подлежащих высылке иностранцев	48
Комментарий	48
Статья 14	
Запрет дискриминации	49
Комментарий	49
Статья 15	
Уязвимые лица	52
Комментарий	52
Глава II	
Защита, требуемая в высылающем государстве.....	53
Статья 16	
Обязательство защищать право на жизнь иностранца, подлежащего высылке	53
Комментарий	53
Статья 17	
Запрет пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания	53
Комментарий	53
Статья 18	
Обязательство уважать право на семейную жизнь	54
Комментарий	54
Статья 19	
Заключение под стражу иностранца для цели высылки.....	57
Комментарий	58
Статья 20	
Защита имущества подлежащего высылке иностранца.....	62
Комментарий	62
Глава III	
Защита в отношении государства назначения	65
Статья 21	
Отъезд в государство назначения.....	65
Комментарий	66
Статья 22	
Государство назначения подлежащих высылке иностранцев...	68
Комментарий	68

Статья 23	
Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь находилась бы под угрозой	71
Комментарий	71
Статья 24	
Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания.....	73
Комментарий	73
Глава IV	
Защита в государстве транзита	79
Статья 25	
Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита	79
Комментарий	79
Часть четвертая	
Конкретные процедурные нормы.....	79
Статья 26	
Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке	79
Комментарий	80
Статья 27	
Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке	89
Комментарий	89
Статья 28	
Международные процедуры для индивидуального обращения за правовой защитой.....	91
Комментарий	91
Часть пятая	
Правовые последствия высылки	91
Статья 29	
Возвращение в выславшее государство.....	91
Комментарий	91
Статья 30	
Ответственность государств в случаях незаконной высылки ...	93
Комментарий	94
Статья 31	
Дипломатическая защита	99
Комментарий	100

V.	Защита людей в случае бедствий	46–56	101
A.	Введение	46–47	101
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	48–54	102
C.	Текст проектов статей о защите людей в случае бедствий, принятый Комиссией в первом чтении	55–56	104
1.	Текст проектов статей	55	104
2.	Текст проектов статей с комментариями к ним	56	108
	Статья 1 [1]		
	Сфера применения		108
	Комментарий		108
	Статья 2 [2]		
	Цель		109
	Комментарий		109
	Статья 3 [3]		
	Определение бедствия		112
	Комментарий		112
	Статья 4		
	Употребление терминов		114
	Комментарий		115
	Статья 5 [7]		
	Достоинство человека		120
	Комментарий		120
	Статья 6 [8]		
	Права человека		123
	Комментарий		124
	Статья 7 [6]		
	Гуманитарные принципы		124
	Комментарий		124
	Статья 8 [5]		
	Обязанность сотрудничать		128
	Комментарий		128
	Статья 9 [5-бис]		
	Формы сотрудничества		131
	Комментарий		131
	Статья 10 [5-тер]		
	Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий		134
	Комментарий		135
	Статья 11 [16]		
	Обязанность уменьшать риск бедствий		135
	Комментарий		135

Статья 12 [9]		
Роль пострадавшего государства		143
Комментарий		143
Статья 13 [10]		
Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью		146
Комментарий		146
Статья 14 [11]		
Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь....		151
Комментарий		151
Статья 15 [13]		
Условия оказания внешней помощи		155
Комментарий		155
Статья 16 [12]		
Предложения внешней помощи		158
Комментарий		158
Статья 17 [14]		
Облегчение оказания внешней помощи		160
Комментарий		160
Статья 18		
Защита оказывающего помощь персонала, оборудования и товаров.....		162
Комментарий		162
Статья 19 [15]		
Прекращение внешней помощи		165
Комментарий		166
Статья 20		
Связь со специальными или другими нормами международного права		167
Комментарий		167
Статья 21 [4]		
Связь с международным гуманитарным правом.....		168
Комментарий		169
VI. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare).....	57-65	171
A. Введение	57-60	171
B. Рассмотрение темы на данной сессии.....	61-64	172
C. Окончательный доклад по данной теме	65	173
1. Обязательство бороться с безнаказанностью в соответствии с принципом верховенства права		173

2.	Важность обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в работе Комиссии международного права	174
3.	Резюме работы	176
a)	Типология положений многосторонних договоров	176
b)	Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование	183
c)	Пробелы в действующем договорном режиме и "третья альтернатива"	190
d)	Выбор приоритета между обязательством осуществлять судебное преследование и обязательством выдавать и сфера охвата обязательства осуществлять судебное преследование ...	193
e)	Взаимосвязь между обязательствами выдавать или осуществлять судебное преследование и обязательствами <i>erga omnes</i> или нормами <i>jus cogens</i> ..	197
f)	Статус обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве	198
g)	Другие по-прежнему актуальные вопросы Общих рамок 2009 года	200
VII.	Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров	66–76 205
A.	Введение	66–69 205
B.	Рассмотрение темы на нынешней сессии	70–74 206
C.	Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, принятый Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят шестой сессии	75–76 208
1.	Текст проектов выводов	75 208
2.	Текст проектов выводов с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии	76 210
	Вывод 6	
	Установление последующих соглашений и последующей практики	210
	Комментарий	210
	Вывод 7	
	Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования	220
	Комментарий	220

	Вывод 8		
	Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования	235	
	Комментарий	236	
	Вывод 9		
	Соглашение участников относительно толкования договора...	241	
	Комментарий	241	
	Вывод 10		
	Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников.....	250	
	Комментарий	251	
VIII.	Охрана атмосферы	77-122	265
A.	Введение	77-78	265
B.	Рассмотрение темы на текущей сессии.....	79-122	265
	1. Представление Специальным докладчиком первого доклада ..	80-84	265
	2. Краткое изложение прений.....	85-115	268
	a) Общие замечания.....	85-93	268
	b) Замечания по проекту руководящего положения 1: употребление терминов.....	94-99	270
	c) Замечания по проекту руководящего положения 2: сфера применения руководящих положений	100-103	271
	d) Замечания по проекту руководящего положения 3: правовой статус атмосферы	104-111	272
	e) Другие соображения.....	112-115	275
	3. Заключительные замечания Специального докладчика	116-122	276
IX.	Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	123-132	279
A.	Введение	123-125	279
B.	Рассмотрение темы на нынешней сессии	126-130	280
C.	Текст проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, принятый до настоящего времени Комиссией в предварительном порядке.....	131-132	280
	1. Текст проектов статей.....	131	280
	2. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят шестой сессии.....	132	282
	Статья 2		
	Определения.....		282
	Комментарий		282

	Статья 5		
	Лица, пользующиеся иммунитетом <i>ratione materiae</i>	288	
	Комментарий	288	
X.	Выявление норм международного обычного права	133-185	291
A.	Введение	133-134	291
B.	Рассмотрение темы на текущей сессии	135-185	291
	1. Представление Специальным докладчиком второго доклада ..	137-148	292
	2. Краткое изложение прений	149-171	296
	a) Общие замечания	149-153	296
	b) Употребление терминов	154-155	297
	c) Основной подход	156-158	298
	d) "Всеобщая практика"	159-168	298
	e) "Признание в качестве правовой нормы" ("opinio juris")	169-171	301
	3. Заключительные замечания Специального докладчика	172-185	301
XI.	Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами	186-222	305
A.	Введение	186	305
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	187-222	305
	1. Представление Специальным докладчиком своего предварительного доклада	188-191	305
	2. Краткое изложение прений	192-213	306
	a) Общие замечания	192	306
	b) Сфера охвата и методология	193-199	306
	c) Употребление терминов	200-203	308
	d) Источники и другие справочные материалы для работы по теме	204-205	309
	e) Принципы и обязательства в области экологического права	206-209	309
	f) Права человека и права коренных народов	210-211	310
	g) Будущая программа работы	212-213	311
	3. Заключительные замечания Специального докладчика	214-222	311
XII.	Временное применение договоров	223-248	313
A.	Введение	223-224	313
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	225-248	313
	1. Представление Специальным докладчиком второго доклада ..	228-235	314
	2. Резюме обсуждений	236-243	315
	3. Заключительные замечания Специального докладчика	244-248	318

XIII.	Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации	249–262	321
A.	Введение	249–250	321
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	251–262	322
1.	Проект окончательного доклада	254–258	322
2.	Обсуждения в Исследовательской группе	259–262	323
XIV.	Другие решения и выводы Комиссии	263–312	325
A.	Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация	263–290	325
1.	Включение новой темы в программу работы Комиссии	266	325
2.	Рабочая группа по долгосрочной программе работы	267–272	325
3.	Рассмотрение резолюции 68/116 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2013 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях	273–280	326
4.	Вознаграждение	281	328
5.	Документация и публикации	282–285	328
6.	Целевой фонд для ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права"	286	329
7.	Помощь Отдела кодификации	287	329
8.	"Ежегодник Комиссии международного права"	288	329
9.	Веб-сайты	289	329
10.	Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву	290	330
B.	Сроки и место проведения шестьдесят седьмой сессии Комиссии ..	291–292	330
C.	Сотрудничество с другими органами	293–297	331
D.	Представительство на шестьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи	298–299	331
E.	Семинар по международному праву	300–311	332
F.	Празднование 50-й годовщины Семинара по международному праву	312	334
Приложение			
	Jus cogens		335

Глава I

Введение

1. Комиссия международного права провела первую часть своей шестьдесят шестой сессии 5 мая – 6 июня 2014 года, а вторую часть – 7 июля – 8 августа 2014 года в месте своего постоянного пребывания в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве. Сессию открыл Председатель шестьдесят пятой сессии Комиссии г-н Бернд Х. Нихаус.

A. Членский состав

2. В состав Комиссии входят следующие члены:

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

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

В. Должностные лица и Бюро расширенного состава

3. На своем 3198-м заседании 5 мая 2014 года Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	г-н Кирилл Геворгян (Российская Федерация)
Первый заместитель Председателя:	г-н Синья Мурасэ (Япония)
Второй заместитель Председателя:	г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес (Испания)
Председатель Редакционного комитета:	г-н Жилберту Верне Сабоя (Бразилия)
Докладчик:	г-н Дире Д. Тлади (Южная Африка)

4. В Бюро расширенного состава Комиссии вошли должностные лица нынешней сессии, предыдущие председатели Комиссии¹ и специальные докладчики².

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

С. Редакционный комитет

6. На своих 3200, 3204, 3210, 3222 и 3227-м заседаниях 7, 14 и 23 мая и 11 и 18 июля 2014 года Комиссия учредила Редакционный комитет, состоящий из следующих членов по указанным темам:

¹ Г-н Л. Кафлиш, г-н Э.Х.А. Кандиоти, г-н М. Камто, г-н Б.Х. Нихаус, г-н Э. Петрич и г-н Н. Виснумурти.

² Г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-жа М. Якобссон, г-н М. Камто, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н Э. Валенсия-Оспина и г-н М. Вуд.

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

б) *Высылка иностранцев*: г-н Г.В. Сабоя (Председатель), г-н М. Камто (Специальный докладчик), г-н Э.Х.А. Кандиоти, г-н М. Форто, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н М.Д. Хмуд, г-н К. Киттичайсари, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н А.С. Вако, г-н М. Вуд и г-н Д.Д. Тлади (ex officio).

с) *Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров*: г-н Г.В. Сабоя (Председатель), г-н Г. Нольте (Специальный докладчик), г-н М.Д. Хмуд, г-н К. Киттичайсари, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н Д.Д. Тлади (ex officio).

д) *Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции*: г-н Г.В. Сабоя (Председатель), г-жа К. Эскобар Эрнандес (Специальный докладчик), г-н Э.Х.А. Кандиоти, г-н М. Форто, г-н Х. Хуан, г-жа М.Г. Якобссон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н А.С. Вако, г-н М. Вуд и г-н Д.Д. Тлади (ex officio).

е) *Выявление норм международного обычного права*: г-н Г.В. Сабоя (Председатель), г-н М. Вуд (Специальный докладчик), г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н М.Д. Хмуд, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н М. Васкес-Бермудес и г-н Д.Д. Тлади (ex officio).

7. Редакционный комитет провел в общей сложности 31 заседание по пяти указанным выше темам.

Д. Рабочие группы и Исследовательская группа

8. На своих 3199 и 3218-м заседаниях 6 мая и 8 июля 2014 года Комиссия воссоздала следующую рабочую группу и следующую Исследовательскую группу:

а) *Рабочая группа открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)*: г-н К. Киттичайсари (Председатель), г-н А. Эль-Муртади Сулейман Гуидер, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н А. Лараба, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н М. Васкес-Бермудес и Д.Д. Тлади (ex officio).

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

9. Группа по планированию воссоздала следующую Рабочую группу:

Рабочая группа по долгосрочной программе работы на пятилетний период: г-н Д. Макрей (Председатель), г-н Л. Кафлиш, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н К. Геворгян, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н Х.А. Хассуна,

г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н А. Лараба, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Б.Х. Нихаус, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н А.С. Вако, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и Д.Д. Тлади (ex officio).

Е. Секретариат

10. Заместитель Генерального секретаря и Юрисконсульт Организации Объединенных Наций г-н Мигель де Серпа Суарис представлял Генерального секретаря. Г-н Джордж Коронтсис, директор Отдела кодификации Управления по правовым вопросам, выполнял функции Секретаря Комиссии и в отсутствие Юрисконсульта представлял Генерального секретаря. Г-н Тревор Чимимба и г-н Арнольд Пронто, старшие сотрудники по правовым вопросам, выполняли функции старших помощников Секретаря. Функции помощников Секретаря Комиссии выполняли сотрудники по правовым вопросам г-жа Ханна Дрейфельдт-Лаине и г-н Давид Нанопуолос и младший сотрудник по правовым вопросам г-н Ноа Бялостоцки.

Е. Повестка дня

11. На своем 3198-м заседании 5 мая 2014 года Комиссия утвердила повестку дня своей шестьдесят шестой сессии, состоявшую из следующих пунктов:

1. Организация работы сессии
2. Высылка иностранцев
3. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)
4. Защита людей в случае бедствий
5. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции
6. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров
7. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации
8. Временное применение договоров
9. Выявление норм международного обычного права
10. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами
11. Охрана атмосферы
12. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация
13. Сроки и место проведения шестьдесят седьмой сессии
14. Сотрудничество с другими органами
15. Прочие вопросы

Глава II

Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии

12. В связи с темой "**Высылка иностранцев**" Комиссия приняла во втором чтении 31 проект статей о высылке иностранцев вместе с комментариями к ним и в соответствии со статьей 23 своего Положения рекомендовала Генеральной Ассамблее принять к сведению проекты статей о высылке иностранцев в одной из своих резолюций, приложить статьи к этой резолюции и призвать к их возможно более широкому распространению; а также рассмотреть на более позднем этапе вопрос о разработке конвенции на основе этих проектов статей (глава IV).

13. По теме "**Защита людей в случае бедствий**" Комиссии был представлен седьмой доклад Специального докладчика (A/CN.4/668 и Corr.1 и Add.1), который был посвящен вопросам защиты персонала для оказания экстренной помощи и его оборудования и товаров, а также взаимосвязи проектов статей с другими нормами и включал предложение относительно употребления терминов.

14. По итогам рассмотрения данной темы на нынешней сессии Комиссия приняла в первом чтении 21 проект статей о защите людей в случае бедствий с комментариями к ним. В соответствии со статьями 16–21 своего Положения Комиссия постановила препроводить проекты статей через Генерального секретаря правительствам, компетентным международным организациям, Международному комитету Красного Креста и Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца для представления ими комментариев и замечаний Генеральному секретарю к 1 января 2016 года. Комиссия отметила также, что приветствовала бы получение к той же дате комментариев и замечаний по проектам статей от органов Организации Объединенных Наций, включая Управление Организации Объединенных Наций по координации гуманитарных вопросов и Управление Организации Объединенных Наций по вопросам уменьшения опасности бедствий (глава V).

15. В связи с темой "**Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)**" Комиссия вновь создала Рабочую группу по этой теме. Рабочая группа продолжила оценку работы по теме, в частности в свете замечаний по докладу Рабочей группы 2013 года, высказанных в Шестом комитете на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи. По итогам работы Рабочей группы Комиссия приняла окончательный доклад по данной теме и постановила завершить ее рассмотрение (глава VI).

16. По теме "**Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров**" Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), содержащий, в частности, шесть проектов выводов, касающихся установления последующих соглашений и последующей практики, возможных последствий последующих соглашений и последующей практики в плане толкования, форм и ценности последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, соглашения участников относительно толкования договора, решений, принятых в рамках конференции государств-участников и возможностей для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики. После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать шесть проектов выводов, предложенных Специальным докладчи-

ком, Редакционному комитету. Рассмотрев доклад Редакционного комитета, Комиссия в предварительном порядке приняла пять проектов выводов вместе с комментариями к ним (глава VII).

17. В связи с темой **"Охрана атмосферы"** Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/667). В докладе была сформулирована основная цель проекта, в частности приведено обоснование работы по данной теме, очерчена ее общая сфера охвата, определены основные понятия и намечены направления и подходы, которых следует придерживаться при рассмотрении темы; а также представлены три проекта руководящих принципов, касающихся а) определения понятия "атмосфера"; б) сферы охвата проекта руководящих принципов; и с) правового статуса атмосферы. После обсуждения на пленарных заседаниях передача проектов руководящих принципов Редакционному комитету была по просьбе Специального докладчика отложена до следующего года (глава VIII).

18. В связи с темой **"Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции"** Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/673), в котором, в частности, были представлены проект статьи 2 е) об определении должностного лица государства и проект статьи 5 о бенефициарах иммунитета *ratione materiae*. После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать два проекта статей Редакционному комитету. Рассмотрев доклад Редакционного комитета, Комиссия приняла в предварительном порядке проект статьи 2 е) об определении должностного лица государства и проект статьи 5 о лицах, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*, вместе с комментариями к ним (глава IX).

19. По теме **"Выявление норм международного обычного права"** Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/672), содержащий, в частности, 11 проектов выводов, предваряемых анализом: сферы охвата темы и результатов работы, основного подхода и двух конститутивных элементов норм международного обычного права, а именно "всеобщей практики" и "признания в качестве правовой нормы". После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать 11 проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком, Редакционному комитету. Комиссия приняла к сведению промежуточный доклад Председателя Редакционного комитета, который был представлен Комиссии для информации (глава X).

20. В связи с темой **"Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами"** Комиссии был представлен предварительный доклад Специального докладчика (A/CN.4/674 и Corr.1), в котором, в частности, был представлен обзор мнений, высказанных делегатами в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, освещены практика государств и международных организаций, сфера применения и методология рассмотрения темы, употребление терминов, принципы экологического права, а также вопросы, касающиеся прав человека и прав коренных народов. На пленарных заседаниях обсуждались, в частности, сфера применения и методология рассмотрения темы, употребление терминов, принципы экологического права, права человека и права коренных народов, а также другие вопросы (глава XI).

21. В связи с темой **"Временное применение договоров"** Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/675), который поставил перед собой цель подготовить предметный анализ правовых последствий временного применения договоров. Прения выявили широкую поддержку исходной посылки данной темы, а именно тезиса о том, что с учетом специфики конкретного договора права и обязанности государства, которое решило на

временной основе применять соответствующий договор или его части, являются такими же, как если бы этот договор находился в силе для данного государства (глава XII).

22. По теме "**Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации**" Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по этой теме. Исследовательская группа приступила к рассмотрению проекта окончательного доклада, который был подготовлен ее Председателем на основе рабочих документов и другой неофициальной документации, рассмотренной Исследовательской группой на протяжении всей ее работы с момента начала обсуждений в 2009 году. Исследовательская группа рассчитывает представить проект окончательного доклада на рассмотрение Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии в 2015 году с учетом замечаний и изменений, предложенных отдельными членами Исследовательской группы на нынешней сессии (глава XIII).

23. Для рассмотрения своей программы, процедур и методов работы Комиссия учредила Группу по планированию (глава XIV, раздел А). Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Преступления против человечности" и назначить Специальным докладчиком по этой теме г-на Шона Д. Мерфи (глава XIV, раздел А.1). Комиссия постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему "Jus cogens". Комиссия одобрила проведение обзора и обновление перечня возможных тем с использованием для этой цели в качестве отправной точки общей наглядной схемы тем 1996 года³. В этой связи она просила Секретариат до конца текущего пятилетнего периода рассмотреть перечень 1996 года в свете произошедших с тех пор изменений и подготовить перечень ("обследование") возможных тем, сопровождаемых краткими пояснительными записками. Предполагалось, что Рабочая группа по долгосрочной программе работы будет и впредь принимать во внимание любые темы, предлагаемые членами (глава XIV, раздел А.2).

24. Комиссия продолжила традиционный обмен информацией с Международным Судом, Афро-азиатской консультативно-правовой организацией, Межамериканским юридическим комитетом, Европейским комитетом по правовому сотрудничеству и Комитетом юридических советников по международному публичному праву Совета Европы, а также Комиссией Африканского союза по международному праву.

25. Комиссия постановила провести свою шестьдесят седьмую сессию в Женеве с 4 мая по 5 июня и с 6 июля по 7 августа 2015 года (глава XIV, раздел В).

³ *Ежегодник Комиссии международного права за 1996 год*, том II (Часть вторая), Приложение II.

Глава III

Конкретные вопросы, замечания по которым могли бы представлять особый интерес для Комиссии

A. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров

26. Комиссия просит государства и международные организации к 31 января 2015 года:

- a) предоставить ей любые примеры, когда практика международной организации⁴ способствует толкованию договора; и
- b) предоставить ей любые примеры, когда считается, что заявления или иные действия договорного органа в составе независимых экспертов привели к соответствующим последующим соглашениям или последующей практике, имеющим отношение к толкованию договора.

B. Охрана атмосферы

27. Комиссия просит государства предоставить к 31 января 2015 года соответствующую информацию о национальном законодательстве и судебных решениях национальных судов.

C. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

28. Комиссия просит государства предоставить к 31 января 2015 года информацию о своем национальном законодательстве и практике, в особенности судебной практике, в связи со следующими вопросами:

- a) значение, придаваемое терминам "официальные акты" и "акты, совершенные в официальном качестве", в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; и
- b) исключения из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

D. Выявление норм международного обычного права

29. Комиссия вновь просит государства предоставить к 31 января 2015 года информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, пригодных для установления такого права в той или иной данной ситуации, как изложено:

⁴ См., например, "установившаяся практика организации" в статье 2 b) Проекта статей об ответственности международных организаций, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, комментарий на стр. 88, пункты 16 и 17; пункт 1 j) статьи 2 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года, A/CONF.129/15.

а) в официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и

б) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов.

30. Кроме того, Комиссия была бы рада получить информацию об обзорах и обследованиях по практике государств в области международного права.

Е. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

31. Комиссия просит государства предоставить к 31 января 2015 года информацию о том, толковалось ли в их практике международное или внутригосударственное экологическое право как применимое в связи с вооруженными конфликтами международного и немеждународного характера. Комиссия была бы особенно признательна получить примеры:

а) договоров, включая соответствующие региональные или двусторонние договоры;

б) национального законодательства, имеющего отношение к этой теме, включая законодательство об осуществлении региональных или двусторонних договоров;

в) прецедентов, в которых международное или внутригосударственное экологическое право применялось к спорам в связи с вооруженным конфликтом.

32. Комиссия также хотела бы получить от государств информацию о том, располагают ли они какими-либо правовыми инструментами, направленными на охрану окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. Примеры таких инструментов, не ограничиваясь только этим перечнем, могут включать в себя: национальное законодательство и регламенты; военные наставления и уставы, стандартные оперативные процедуры, правила применения вооруженных сил или соглашения об их статусе, применимые в ходе международных операций; а также стратегии в области рационального использования окружающей среды, связанные с видами деятельности оборонного характера.

Г. Временное применение договоров

33. Комиссия вновь обращается к государствам с просьбой предоставить к 31 января 2015 года информацию об их практике в отношении временного применения договоров, в том числе о национальном законодательстве по этому вопросу, включая примеры, в частности касающиеся следующего:

а) решения применять договор на временной основе;

б) прекращения такого временного применения; и

в) правовых последствий временного применения.

Г. Преступления против человечности

34. Комиссия просит государства предоставить к 31 января 2015 года информацию относительно:

а) наличия в их действующем национальном законодательстве непосредственной категории "преступлений против человечности" как таковых, и если да, то:

б) текста соответствующего уголовного закона (законов);

с) того, при каких условиях государство способно осуществлять юрисдикцию над предполагаемым правонарушителем в связи с совершением преступления против человечности (например, когда правонарушение происходит в пределах его территории или когда правонарушение совершается его гражданином или резидентом); и

д) решений национальных судов государства, разбиравших дела о преступлениях против человечности.

Глава IV

Высылка иностранцев

А. Введение

35. На своей пятьдесят шестой сессии (2004 год) Комиссия постановила включить тему "Высылка иностранцев" в свою программу работы и назначить г-на Мориса Камто Специальным докладчиком по этой теме⁵. В пункте 5 своей резолюции 59/41 от 2 декабря 2004 года Генеральная Ассамблея одобрила решение Комиссии о включении этой темы в ее повестку дня.

36. За период со своей пятьдесят седьмой (2005 год) по свою шестьдесят четвертую (2012 год) сессии Комиссия получила и рассмотрела восемь докладов Специального докладчика⁶, новую редакцию проекта статей о защите прав человека высланных или высылаемых лиц, измененную Специальным докладчиком с учетом обсуждений на пленарных заседаниях⁷, новый проект плана, представленный Специальным докладчиком в связи с изменением структуры проектов статей⁸, исследование Секретариата⁹, а также замечания и информацию, представленные правительствами¹⁰.

37. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия приняла в первом чтении свод из 32 проектов статей о высылке иностранцев с комментариями¹¹. Комиссия постановила в соответствии со статьями 16–21 своего Положения препроводить эти проекты статей через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний.

⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10), пункт 364.* На своей пятидесятой сессии (в 1998 году) Комиссия приняла к сведению доклад Группы по планированию, в котором, среди прочего, была определена для возможного включения в долгосрочную программу работы Комиссии тема "Высылка иностранцев" (там же, *пятьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/53/10), пункт 554*), а на своей пятьдесят второй сессии (2000 год) она реализовала эту возможность (там же, *пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/55/10), пункт 729*). В приложении к докладу Комиссии за тот год содержался краткий план работы по этой теме с изложением возможной общей структуры исследования и подхода к разработке темы (там же, приложение). В пункте 8 своей резолюции 55/152 от 12 декабря 2000 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение данной темы в долгосрочную программу работы.

⁶ A/CN.4/554 (предварительный доклад), A/CN.4/573 и Согг.1 (второй доклад), A/CN.4/581 (третий доклад), A/CN.4/594 (четвертый доклад), A/CN.4/611 и Согг.1 (пятый доклад), A/CN.4/625 и Add.1 и 2 (шестой доклад), A/CN.4/642 (седьмой доклад) и A/CN.4/651 (восьмой доклад).

⁷ A/CN.4/617.

⁸ A/CN.4/618.

⁹ A/CN.4/565 и Согг.1 (исследование Секретариата).

¹⁰ Замечания и информацию, представленные правительствами, см. A/CN.4/604 и A/CN.4/628.

¹¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10), пункты 41–43.*

В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

38. На нынешней сессии Комиссии был представлен девятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/670), содержащий его предложения по изменению проектов статей, принятых в первом чтении, в свете комментариев и замечаний правительств (A/CN.4/669 и Add.1). На своем 3199-м заседании, состоявшемся 6 мая 2014 года, а затем на своих 3201–3204-м заседаниях, состоявшихся 8–14 мая 2014 года, Комиссия рассмотрела девятый доклад Специального докладчика и поручила Редакционному комитету приступить ко второму чтению свода проектов статей на основе предложений Специального докладчика с учетом комментариев и замечаний правительств, а также обсуждений на пленарных заседаниях доклада Специального докладчика.

39. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.832) на своем 3217-м заседании, состоявшемся 6 июня 2014 года, и приняла свод проектов статей о высылке иностранцев во втором чтении (раздел E.1 ниже).

40. На своем 3238-м заседании, состоявшемся 5 августа 2014 года, Комиссия приняла комментарии к вышеупомянутым проектам статей (раздел E.2 ниже).

41. Согласно своему Положению Комиссия представляет проекты статей Генеральной Ассамблее с рекомендацией, изложенной ниже.

С. Рекомендация Комиссии

42. На своем 3238-м заседании, состоявшемся 5 августа 2014 года, Комиссия в соответствии со статьей 23 своего Положения постановила рекомендовать Генеральной Ассамблее:

a) принять к сведению проекты статей о высылке иностранцев в одной из резолюций, приложить статьи к этой резолюции и призвать к их возможно более широкому распространению;

b) рассмотреть на более позднем этапе вопрос о разработке конвенции на основе этих проектов статей.

Д. Выражение признательности Специальному докладчику

43. На своем 3238-м заседании, состоявшемся 5 августа 2014 года, Комиссия, приняв комментарии к проектам статей о высылке иностранцев, приняла путем аккламации следующую резолюцию:

"Комиссия международного права,

приняв проекты статей о высылке иностранцев,

выражает Специальному докладчику, г-ну Морису Камто, свою глубокую признательность и теплую благодарность за выдающийся вклад, внесенный им в подготовку проекта статей благодаря своей неустанной и самоотверженной работе, а также за результаты, которые были достигнуты при разработке проектов статей о высылке иностранцев".

Е. Текст проектов статей по вопросу о высылке иностранцев

1. Текст проектов статей

44. Текст проектов статей, принятый Комиссией во втором чтении на ее шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Высылка иностранцев

Часть первая

Общие положения

Статья 1

Сфера охвата

1. Настоящие проекты статей применяются к высылке государством иностранцев, которые находятся на его территории.
2. Настоящие проекты статей не применяются к иностранцам, пользующимся привилегиями и иммунитетами по международному праву.

Статья 2

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

- а) "высылка" означает официальный акт или поведение, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства; она не включает в себя экстрадицию в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством;
- б) "иностранец" означает лицо, не имеющее гражданства государства, на территории которого данное лицо находится.

Статья 3

Право на высылку

Государство вправе выслать иностранца со своей территории. Высылка осуществляется в соответствии с настоящими проектами статей, без ущерба для других применимых норм международного права, в частности касающихся прав человека.

Статья 4

Требование о соблюдении закона

Иностранец может быть выслан только на основании решения, принятого в соответствии с законом.

Статья 5

Основания для высылки

1. В любом решении о высылке излагается основание, по которому оно принято.
2. Государство может высылать иностранца только на основании, которое предусмотрено законом.

3. Основание для высылки подлежит добросовестной и разумной оценке в свете всех обстоятельств с учетом, в частности, если это имеет отношение к делу, тяжести фактов, поведения соответствующего иностранца и текущего характера угрозы, порождаемой данными фактами.

4. Государство не вправе высылать иностранца на основании, которое противоречит его обязательствам по международному праву.

Часть вторая

Случаи запрещенной высылки

Статья 6

Правила, касающиеся высылки беженцев

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правилам международного права, касающимся беженцев, а также любым более благоприятным правилам или практике в области защиты беженцев, и в частности следующим правилам:

а) государство не вправе высылать беженца, законно находящегося на его территории, иначе как на основаниях национальной безопасности или публичного порядка;

б) государство не вправе каким бы то ни было образом высылать или возвращать (*refouler*) беженца к границам территорий, где жизнь и свобода такого лица были бы поставлены под угрозу по причине его расы, религии, гражданства, принадлежности к какой-либо особой социальной группе или политических убеждений, за исключением случаев, когда имеются разумные основания считать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны, в которой оно находится, или такое лицо, осужденное по окончательному приговору суда за совершение особо тяжкого преступления, создает угрозу для общества в такой стране.

Статья 7

Правила, касающиеся высылки лиц без гражданства

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правилам международного права, касающимся лиц без гражданства, и в частности правилу, согласно которому государство не высылает лиц без гражданства, законно находящихся на его территории, иначе как на основаниях национальной безопасности или публичного порядка.

Статья 8

Лишение гражданства для цели высылки

Государство не вправе превращать своего гражданина в иностранца путем лишения его гражданства для единственной цели его высылки.

Статья 9

Запрет коллективной высылки

1. Для целей настоящего проекта статьи коллективная высылка означает высылку иностранцев как группы.

2. Коллективная высылка иностранцев запрещается.

3. Государство может одновременно высылать членов группы иностранцев при условии, что высылка осуществляется после и исходя из оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы в соответствии с настоящими проектами статей.

4. Настоящий проект статьи не наносит ущерба правилам международного права, применимым к высылке иностранцев в случае вооруженного конфликта с участием высылающего государства.

Статья 10

Запрет замаскированной высылки

1. Замаскированная высылка в любой форме запрещается.

2. Для целей настоящего проекта статьи замаскированная высылка означает принуждение иностранца к отъезду из государства, являющееся непрямым результатом действий или бездействия, которые могут быть присвоены государству, включая ситуации, при которых государство попустительствует или терпимо относится к деяниям своих граждан или других лиц, направленным на то, чтобы спровоцировать отъезд иностранцев с его территории иначе, чем в соответствии с законом.

Статья 11

Запрет высылки для цели конфискации имущества

Высылка иностранца для цели конфискации его имущества запрещается.

Статья 12

Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции

Государство не прибегает к высылке иностранца, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции.

Часть третья

Защита прав подлежащих высылке иностранцев

Глава I

Общие положения

Статья 13

Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека подлежащих высылке иностранцев

1. Все подлежащие высылке иностранцы на всех стадиях процесса высылки имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности.

2. Они имеют право на уважение их прав человека, включая права, изложенные в настоящих проектах статей.

Статья 14

Запрет дискриминации

Высылающее государство уважает права иностранца, подлежащего высылке, без какой бы то ни было дискриминации, в частности на осно-

вании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом.

Статья 15 **Уязвимые лица**

1. Дети, пожилые люди, инвалиды, беременные женщины и другие уязвимые лица рассматриваются как таковые и подлежат обращению и защите с должным учетом их уязвимого положения.
2. В частности, во всех действиях в отношении подвергаемых высылке детей первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка.

Глава II **Защита, требуемая в высылающем государстве**

Статья 16 **Обязательство защищать право на жизнь иностранца, подлежащего высылке**

Высылающее государство защищает право на жизнь иностранца, подлежащего высылке.

Статья 17 **Запрет пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания**

Высылающее государство не подвергает подлежащего высылке иностранца пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания.

Статья 18 **Обязательство уважать право на семейную жизнь**

Высылающее государство уважает право на семейную жизнь подлежащего высылке иностранца. Оно не вправе произвольно или незаконно вмешиваться в осуществление такого права.

Статья 19 **Заключение под стражу иностранца для цели высылки**

1. а) Заключение под стражу подлежащего высылке иностранца не может быть произвольным или носить характер наказания.
б) Иностранец, заключенный под стражу для целей высылки, при отсутствии исключительных обстоятельств, содержится отдельно от лиц, приговоренных к мерам наказания, связанным с лишением свободы.
2. а) Продолжительность содержания под стражей ограничивается временем, разумно необходимым для осуществления высылки. Любое содержание под стражей в течение чрезмерно продолжительного срока запрещается.

b) Срок содержания под стражей может продлеваться только по решению суда или, при наличии судебного надзора, другого компетентного органа.

3. a) Содержание под стражей подлежащего высылке иностранца рассматривается через регулярные промежутки времени исходя из конкретных критериев, установленных законом.

b) С соблюдением пункта 2 содержание под стражей для целей высылки прекращается при невозможности осуществить высылку, если только причины этого не вызваны самим таким иностранцем.

Статья 20

Защита имущества подлежащего высылке иностранца

Высылающее государство принимает необходимые меры для защиты имущества подлежащего высылке иностранца и в соответствии с законом разрешает иностранцу свободно распоряжаться своим имуществом даже из-за границы.

Глава III

Защита в отношении государства назначения

Статья 21

Отъезд в государство назначения

1. Высылающее государство принимает необходимые меры для содействия добровольному отъезду подлежащего высылке иностранца.

2. В случаях принудительного осуществления решения о высылке высылающее государство принимает необходимые меры к обеспечению, насколько это возможно, безопасной доставки подлежащего высылке иностранца в государство назначения в соответствии с правилами международного права.

3. Высылающее государство предоставляет подлежащему высылке иностранцу разумный период времени, чтобы подготовиться к своему отъезду с учетом всех обстоятельств.

Статья 22

Государство назначения подлежащих высылке иностранцев

1. Подлежащий высылке иностранец высылается в свое государство гражданства или любое другое государство, несущее обязательство по его приему в соответствии с международным правом, или любое государство, желающее его принять по просьбе высылающего государства или в соответствующих случаях самого такого иностранца.

2. При невозможности определить государство гражданства или любое другое государство, несущее обязательство по приему иностранца в соответствии с международным правом, и если никакое другое государство не желает принять этого иностранца, такой иностранец может быть выслан в любое государство, где он имеет право на въезд или пребывание, или в соответствующих случаях в государство, из которого он прибыл в высылающее государство.

Статья 23**Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь находилась бы под угрозой**

1. Иностранец не подлежит высылке в государство, в котором его жизнь находилась бы под угрозой на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом.

2. Государство, в котором не применяется смертная казнь, не высылает иностранца в государство, в котором такой иностранец был приговорен к смертной казни или в котором существует реальный риск того, что он будет приговорен к смертной казни, не получив предварительно гарантий того, что смертная казнь не будет ему назначена или, если она уже была назначена, не будет приведена в исполнение.

Статья 24**Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания**

Государство не высылает иностранца в государство, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания.

Глава IV**Защита в государстве транзита****Статья 25****Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита**

Государство транзита защищает права человека подлежащего высылке иностранца в соответствии со своими обязательствами по международному праву.

Часть четвертая**Конкретные процедурные нормы****Статья 26****Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке**

1. Подлежащий высылке иностранец обладает следующими процедурными правами:

- а) правом получить уведомление о решении о высылке;
- б) правом обжаловать решение о высылке, если веские основания национальной безопасности не требуют иного;
- с) правом быть заслушанным компетентным органом;
- д) правом на доступ к эффективным средствам обжалования решения о высылке;

- е) правом быть представленным в компетентном органе; и
- ф) правом на бесплатную помощь переводчика, если он не понимает язык, используемый в компетентном органе, или не говорит на этом языке.

2. Права, перечисленные в пункте 1, не наносят ущерба другим процессуальным правам или гарантиям, предусмотренным законом.

3. Подлежащий высылке иностранец вправе запрашивать консульскую помощь. Высылающее государство не препятствует осуществлению этого права или предоставлению консульской помощи.

4. Процедурные права, предусмотренные этой статьей, не наносят ущерба применению любого законодательства высылающего государства, касающегося высылки иностранцев, которые незаконно находились на его территории в течение непродолжительного срока.

Статья 27

Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке

Обжалование со стороны подлежащего высылке иностранца, который законно находится на территории высылающего государства, приостанавливает исполнение решения о высылке при наличии реального риска причинения серьезного непоправимого вреда.

Статья 28

Международные процедуры для индивидуального обращения за правовой защитой

Подлежащий высылке иностранец вправе воспользоваться любой доступной процедурой индивидуального обращения за правовой защитой в компетентный международный орган.

Часть пятая

Правовые последствия высылки

Статья 29

Возвращение в выславшее государство

1. Законно находившийся на территории государства иностранец, который был выслан этим государством, имеет право вернуться в выславшее его государство, если компетентный орган установит, что высылка была незаконной, если только его возвращение не создаст угрозу для национальной безопасности или публичного порядка или такой иностранец иным образом не перестанет соответствовать условиям для его приема по закону выславшего его государства.

2. Прошрое решение о высылке никоим образом не может использоваться для воспрепятствования возвращению иностранца.

Статья 30

Ответственность государств в случаях незаконной высылки

Высылка иностранца в нарушение обязательств высылающего государства, предусмотренных настоящими проектами статей или любым другим правилом международного права, влечет международную ответственность этого государства.

Статья 31

Дипломатическая защита

Государство гражданства подлежащего высылке иностранца может осуществлять дипломатическую защиту такого иностранца.

2. Текст проектов статей и комментариев к ним

45. Текст проектов статей вместе с комментариями, принятый Комиссией во втором чтении на своей шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Высылка иностранцев

Общий комментарий

1) Хотя высылка является суверенным правом государства, она затрагивает права иностранца, подлежащего высылке, и отношения между высылающим государством и государством назначения высланного лица. Следовательно, этот вопрос не выходит за рамки международного права. Практика государств по различным направлениям этой темы начала формироваться по крайней мере с XIX столетия. Кроме того, положения о том или ином аспекте данной темы присутствуют в ряде международных договоров. С середины XIX века соответствующая судебная практика постоянно расширялась и в конечном счете послужила основой для кодификации различных аспектов международного права. Позднее эта судебно-практическая основа была укреплена постановлением Международного Суда¹², которое в контексте этого вопроса уточнило положения позитивного международного права по различным аспектам. Однако данная тема опирается не только на международное обычное право или на положения международных конвенций универсального характера. Некоторые аспекты этого вопроса являются еще и предметом ограниченной практики, которая в то же время указывает на тенденции, позволяющие с осторожностью осуществлять развитие норм международного права в этой области. Поэтому настоящий проект статей предполагает как кодификацию, так и прогрессивное развитие основных норм в сфере высылки иностранцев.

2) Настоящий проект статей состоит из пяти частей. Первая часть, озаглавленная "Общие положения", очерчивает сферу применения проектов статей, определяет для них ключевые термины "высылка" и "иностранец" с последующим изложением ряда общих норм, касающихся права высылки, требования о соблюдении закона и оснований для высылки. Вторая часть проектов статей охватывает несколько случаев запрещенной высылки. Третья часть посвящена защите прав иностранцев, подлежащих высылке, сначала в рамках общего подхода (глава I), а затем в более конкретной связи с защитой, требуемой от высылающего государства (глава II), защитой по отношению к государству назначения (глава III) и защитой в государстве транзита (глава IV). Четвертая часть проектов статей касается конкретных процедурных норм, а пятая часть посвящена правовым последствиям высылки.

3) Формулировки "иностранец, подлежащий высылке" и "иностранцы, подлежащие высылке", используемые во всем тексте проектов статей, имеют достаточно общее значение, чтобы охватывать в зависимости от контекста любых иностранцев на любой стадии процесса высылки. Началом этого процесса обычно служит возбуждение процедуры, способное привести к принятию ре-

¹² *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639.*

шения о высылке, за которым в зависимости от случая может последовать стадия судебного рассмотрения; в принципе он завершается исполнением решения о высылке либо в силу добровольного выезда данного иностранца, либо в результате принудительного осуществления этого решения. Иными словами, эта формулировка призвана охватить ситуацию иностранца не только в том, что касается решения о высылке, принятого в его отношении, но и в том, что касается разных стадий процесса высылки, которые предшествуют вынесению такого рода решения или следуют за ним и могут также в зависимости от случая быть связаны с принятием в отношении него ограничительных мер вплоть до заключения под стражу для целей высылки.

Часть первая

Общие положения

Статья 1

Сфера охвата

1. Настоящие проекты статей применяются к высылке государством иностранцев, которые находятся на его территории.
2. Настоящие проекты статей не применяются к иностранцам, пользующимся привилегиями и иммунитетами по международному праву.

Комментарий

- 1) Цель проекта статьи 1 – определить сферу применения проектов статей. Хотя в пункте 1 устанавливается общее определение этой сферы, в пункте 2 из нее исключаются некоторые категории лиц, которые в ином случае охватывались бы проектами статей в силу пункта 1.
- 2) Предусматривая положение о том, что проекты статей применяются к высылке государством иностранца, который находится на его территории, пункт 1 одновременно определяет сферу охвата проектов статей *ratione materiae* и *ratione personae*. Что касается первого аспекта, который затрагивает меры, охватываемые проектами статей, то здесь просто содержится указание на "высылку государством", которая включает все меры высылки без какой-либо конкретизации. Никакого дополнительного пояснения в этой связи не дается, поскольку понятие "высылка" определено в проекте статьи 2 а) ниже. Что касается сферы охвата *ratione personae*, а именно круга лиц, охватываемых проектами статей, то из пункта 1 следует, что проекты статей применяются в отношении высылки любого иностранца, находящегося на территории высылающего государства, без проведения различия между разными категориями соответствующих лиц, в частности между иностранцами, законно пребывающими на территории высылающего государства, иностранцами, не имеющими законных оснований для пребывания, беженцами, перемещенными лицами, просителями убежища, получившими убежище лицами или апатридами. Термин "иностранец" определяется в проекте статьи 2 b).
- 3) Проекты статей охватывают как иностранцев, которые находятся на территории высылающего государства на законном основании, так и иностранцев, находящихся на его территории незаконно. Именно в этом заключается смысл пункта 1 проекта данной статьи. К категории иностранцев, незаконно находящихся на территории высылающего государства, относятся как иностранцы, незаконно въехавшие на его территорию, так и иностранцы, пребывание которых на его территории приобрело незаконный характер позднее, в частности из-за нарушения законодательства высылающего государства, касающегося условий

пребывания¹³. Хотя настоящие проекты статей, как правило, применяются к высылке иностранцев, которые находятся на территории высылающего государства законно или незаконно, здесь нужно отметить, что в некоторых положениях проектов статей проводится необходимое различие между этими двумя категориями иностранцев в том, что касается, в частности, признаваемых за ними прав¹⁴. Следует также отметить, что включение в сферу применения проектов статей иностранцев, находящихся на территории высылающего государства незаконно, должно, тем не менее, пониматься в свете положения, фигурирующего в проекте статьи 2 а) *in fine*, который исключает из сферы применения проектов статей вопросы, касающиеся отказа в допуске иностранца на территорию государства¹⁵.

4) В пункте 2 проекта статьи 1 из сферы применения проектов статей исключаются некоторые категории иностранцев, а именно иностранцы, пользующиеся привилегиями и иммунитетами по международному праву. Это положение призвано исключить некоторых иностранцев, принудительное выдворение которых с территории государства регламентируется специальными нормами международного права, а именно, в частности, лиц, относящихся к дипломатическим миссиям, консульским учреждениям, специальным миссиям, международным организациям и вооруженным силам государства, а также в соответствующих случаях – членов их семей. Иными словами, эти иностранцы исключаются из сферы применения проектов статей ввиду наличия специальных норм международного права, регламентирующих условия, на основании которых они

¹³ В некоторых международных договорах проводится различие между иностранцами, пребывание которых является законным, и иностранцами, чье пребывание незаконно; при этом в них не дается определения термина "незаконно находящегося иностранца" (см., в частности, Международный пакт о гражданских и политических правах, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668 (статья 13); Конвенцию о статусе беженцев, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545 (статья 32); Конвенцию о статусе апатридов, United Nations, *Treaty Series*, vol. 360, р. 117 (статья 31); Европейскую конвенцию о месте постоянного проживания 1955 года. См. также A/CN.4/565, пункт 755, примечания 1760–1763). В национальных законодательствах некоторых стран есть элементы определения этой категории иностранцев, которая обозначается в соответствии с выбором этих законодательств. Иностранцем с неурегулированным статусом может являться лицо, пребывание которого на территории принимающего государства представляет собой нарушение законодательства этого государства в области въезда, пребывания или постоянного проживания иностранцев. Во-первых, незаконность пребывания может определяться по условиям въезда. Так, например, имеющим неурегулированный статус будет считаться иностранец, который пересекает границу высылающего государства в нарушение правил въезда иностранцев. Во-вторых, неурегулированность статуса может быть обусловлена не условиями въезда, а условиями пребывания на территории высылающего государства. В этом случае иностранец, который на законных основаниях пересек границу государства и, следовательно, был легально принят этим государством, впоследствии перестает выполнять условия пребывания, предусмотренные законодательством государства приема. К этой категории относится, например, легально прибывший иностранец, который продлевает свое пребывание на территории указанного государства сверх периода, установленного компетентными властями этого государства. В-третьих, иностранец может утратить законные основания своего пребывания на территории высылающего государства одновременно по обоим указанным причинам. К этой категории относится иностранец, который незаконно пересек границу государства приема и впоследствии не узаконил свое пребывание; следовательно, он нарушил как условия въезда, так и условия пребывания.

¹⁴ См. ниже проекты статей 6–7, 26–27 и 29, а также комментарии к ним.

¹⁵ См. ниже пункт 5) комментария к проекту статьи 2.

могут быть принуждены покинуть территорию государства, где они находятся для выполнения своих функций¹⁶.

5) В то же время из сферы применения проектов статей не исключаются другие категории иностранцев, которые пользуются особой защитой в силу международного права, такие как беженцы, апатриды, а также трудящиеся-мигранты и члены их семей¹⁷. При этом понимается, что применение положений проектов статей к этой категории иностранцев не затрагивает применения в отношении них специальных норм, которые могут регулировать тот или иной аспект, касающийся их высылки с территории государства¹⁸. Перемещенные лица по смыслу соответствующих резолюций Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций¹⁹ также не исключаются из сферы применения проектов статей.

Статья 2

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

а) "высылка" означает официальный акт или поведение, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства; она не включает в себя экстрадицию в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством;

б) "иностранец" означает лицо, не имеющее гражданства государства, на территории которого данное лицо находится.

¹⁶ См., в частности, нормы, предусмотренные Венской конвенцией о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, № 7310, р. 95), Венскую конвенцию о консульских сношениях 1963 года (Вена, 24 апреля 1963 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, № 8638, р. 261) и Конвенцию о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1400, № 23431, р. 235).

¹⁷ См., в частности, нормы, предусмотренные в Конвенции о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, р. 150), Конвенции о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 360, № 5158, р. 117) и Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (Нью-Йорк, 18 декабря 1990 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, № 39481, р. 3).

¹⁸ В этой связи по поводу беженцев и апатридов см. ниже "преюдициальные" оговорки в проектах статей 6 и 7.

¹⁹ Если перемещенное лицо оказывается в силу обстоятельств на иностранной территории, за пределами своего государства происхождения или гражданства, оно находится в положении, которое сопоставимо с положением беженца. Однако их нельзя приравнивать к беженцам, хотя они, как правило, тоже нуждаются в защите. Суть различия между положениями этих двух категорий заключается в причинах их убежища за границей. Перемещенные лица оказываются вне территории своего государства происхождения или гражданства по причинам, отличным от тех, которые перечислены в международно-правовом определении термина "беженец". Эти лица покидают свою страну по причине бедствий, которые носят либо стихийный, либо антропогенный характер. К данной категории относятся в основном жертвы таких бедствий, которых для удобства еще называют "экологическими беженцами". С 1977 года Генеральная Ассамблея имеет в виду лиц именно этой категории, когда она употребляет термин "беженцы и перемещенные лица". См., например, пункт 10 резолюции 59/170 Генеральной Ассамблеи от 20 декабря 2004 года.

Комментарий

- 1) Проект статьи 2 определяет для целей данного проекта статей два ключевых термина, а именно "высылка" и "иностранец".
- 2) В подпункте а) содержится определение термина "высылка". Это определение отражает различие, с одной стороны, между юридическим актом (по-английски – "formal act"), которым государство предписывает лицу покинуть его территорию и тем самым принуждает его к этому (как бы ни назывался такой акт во внутреннем праве), и, с другой стороны, поведением, присваиваемым государству, которое имеет тот же результат²⁰. Комиссия решила, что для целей проектов статей в определение "высылки" следует включить оба эти случая. При этом нужно уточнить, что в проекте статьи 2 содержится лишь определение термина "высылка" и никоим образом не предпринимается вопрос о действительности различных способов высылки, которые в нем упомянуты. В этой связи виды высылки, не имеющие формы юридического акта, разумеется, также включаются в определение "высылки" по смыслу проектов статей. Они могут подпадать под действие режима запрещения "замаскированной высылки", предусмотренного в проекте статьи 10.
- 3) Условия, в соответствии с которыми юридический акт или поведение, представляющие собой высылку, должны присваиваться государству, нужно понимать в свете критериев присвоения, предусмотренных главой II части первой статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния²¹. Поэтому при решении вопроса о том, нужно ли считать высылку международно-правовым деянием государства, следует применять критерии присвоения, аналогичные тем, которые определены в упомянутых статьях.
- 4) Поведение – помимо принятия официального решения, – которое могло бы служить основанием для высылки, может принимать форму как действия, так и бездействия со стороны государства. Бездействие, в частности, может заключаться в терпимости к поведению в отношении иностранца со стороны физических или юридических лиц, например, когда государство воздерживается от должной защиты иностранца от враждебных действий со стороны негосударственных субъектов²². Главным фактором для определения высылки представляется то, что в силу официального акта или поведения, активного или пассивного, которые могут быть присвоены государству, данный иностранец *принуждается* покинуть территорию этого государства²³. Кроме того, чтобы вести

²⁰ Во внутреннем праве большинства государств высылка является правовым актом государства в форме административного акта, будучи решением административных органов. Этот официальный акт может быть оспорен в судебных органах высылающего государства, поскольку высылка представляет собой процедурную операцию. Следует также учитывать, что высылка имеет место даже в отсутствие официального юридического акта, как это оговаривается ниже в комментарии к проекту статьи 10.

²¹ См. *Yearbook... 2001*, vol. II (Part Two), pp. 38–54.

²² См. ниже проект статьи 10 и комментарий к нему.

²³ Высылка никогда не является ни действием или фактом, желательным для высылаемого лица, ни действием или фактом, на которое оно дало согласие. Это официальная мера или ситуация с непреодолимыми обстоятельствами, которые заставляют соответствующее лицо покинуть территорию высылающего государства. Официальная мера в виде распоряжения о высылке является юридическим предписанием, т.е. правовым принуждением; осуществление высылки является принуждением в физическом смысле. Данный элемент принуждения важен тем, что он составляет отличие высылки от нормального или обычного выезда иностранца с

речь о высылке в силу *поведения* (т.е. без принятия официального решения), необходимо установить намерение данного государства вызвать в результате такого поведения выезд иностранца с его территории²⁴.

5) Для большей ясности Комиссия сочла полезным уточнить во второй фразе подпункта а), что понятие высылки по смыслу проектов статей не включает в себя экстрадицию иностранца в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством. Относительно отказа в приеме следует уточнить, что в некоторых правовых режимах вместо термина "отказ в приеме" иногда употребляется термин "принудительное возвращение (refoulement)". Для обеспечения согласованности в настоящем проекте статей данный термин используется для обозначения тех случаев, когда иностранцу отказывают во въезде. В данном исключении имеется в виду отказ властей государства – как правило, тех, которым поручен иммиграционный и пограничный контроль, – допустить иностранца на территорию этого государства. Вместе с тем меры, принятые государством в целях принуждения иностранца – уже находящегося, пусть и незаконно, на его территории, – покинуть эту территорию, охватываются понятием "высылка", которое определено в подпункте а) проекта статьи 2. Такое различие должно пониматься в свете определения сферы применения проектов статей *ratione personae*, которая включает как иностранцев, законно находящихся на территории высылающего государства, так и иностранцев, которые находятся на этой территории незаконно²⁵. Кроме того, исключение вопросов, связанных с отказом в приеме, из сферы применения проектов статей не затрагивает норм международного права, применимых к беженцам. Эта оговорка объясняется подпунктом б) проекта статьи 6, который, ссылаясь на запрещение принудительного возвращения по смыслу статьи 33 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года²⁶, неизбежно затрагивает вопросы приема.

6) В подпункте б) проекта статьи 2 "иностранец" определяется как лицо, не имеющее гражданства государства, на территории которого оно находится. Это определение охватывает как лиц, имеющих гражданство другого государства, так и лиц, не имеющих гражданства никакого государства, а именно апатридов²⁷. Из этого определения также следует, что лицо, имеющее гражданство государства, на территории которого оно находится, не может считаться иностранцем для этого государства, даже если у него, кроме того, имеется гражданство нескольких других государств и даже если, предположим, одно из этих других гражданств может считаться преимущественным с точки зрения действительности по отношению к гражданству государства, на территории которого находится данное лицо.

территории. Именно этот элемент привлекает внимание или интерес к возникшей таким образом ситуации со стороны не только государства, в которое выезжает высылаемое лицо, но также и третьих государств, поскольку осуществление этого неоспоримого права государства приводит в действие механизм защиты основных прав человеческой личности.

²⁴ См. ниже пункты 3)–7) комментария к проекту статьи 10.

²⁵ См. выше пункты 2) и 3) комментария к проекту статьи 1.

²⁶ Конвенция о статусе беженцев, Женева, 28 июля 1951 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, p. 150.

²⁷ По поводу апатридов см. ниже проект статьи 7.

7) Определение термина "иностранец" по смыслу проектов статей не затрагивает право государства предоставлять определенным категориям иностранцев особые права в отношении высылки, обеспечивая им в этой связи на основании своего внутреннего права режим, аналогичный или идентичный режиму граждан. Тем не менее любое лицо, не обладающее гражданством государства, на территории которого оно находится, должно считаться для целей проектов статей иностранцем, а его высылка с этой территории регулируется настоящими проектами статей.

Статья 3 **Право на высылку**

Государство вправе выслать иностранца со своей территории. Высылка осуществляется в соответствии с настоящими проектами статей, без ущерба для других применимых норм международного права, в частности касающихся прав человека.

Комментарий

1) В первом предложении проекта статьи 3 говорится о праве государства выслать иностранца со своей территории. Речь идет о праве, неоспоримо существующем как на практике, так и в юриспруденции и доктрине. Право на высылку не предоставляется государству какой-либо внешней нормой; это – неотъемлемое право государства, вытекающее из государственного суверенитета. В частности, это право было признано в нескольких арбитражных постановлениях и решениях комиссий по урегулированию взаимных претензий²⁸, а также в различных решениях судов и региональных комиссий²⁹. Кроме того, оно закреплено во внутреннем праве большинства государств.

²⁸ См., например, решение по делу *Lacoste v. Mexico* (Mexican Commission), Award of 4 September 1875, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, pp. 3347–3348; дело *Maal*, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, 1 June 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 731; дело *Boffolo*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 528, 529, 531 and 532; дело *Oliva*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 608 (Ralston, Umpire); дело *Paquet*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 325 (Filtz, Umpire); и дело *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Award of 2 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, pp. 92–113.

²⁹ По поводу Европейского суда по правам человека см., в частности, дело *Moustaquim v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 February 1991, Application No. 12313/86, para. 43. См. также: дело *Vilvarajah and others v. United Kingdom*, Judgment (Merits), 30 October 1991, Applications Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87 and 13448/87, para. 102; дело *Chahal v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application No. 22414/93, para. 73; дело *Ahmed v. Austria*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 17 December 1996, Application No. 25964/94, para. 38; дело *Bouchelkia v. France*, Judgment (Merits), 29 January 1997, Application No. 23078/93, para. 48; и дело *H.L.R. v. France*, Judgment (Merits), 29 April 1997, Application No. 24573/94, para. 33. По поводу Африканской комиссии по правам человека и народов см., в частности: communication No. 159/96, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme v. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997–1998, para. 20.

2) Во втором предложении проекта статьи 3 упоминается, что осуществление права на высылку регламентируется настоящими проектами статей без ущерба для других применимых норм международного права. Упоминание о "других" применимых нормах международного права не означает, что эти проекты статей в целом отражают современное международное право по смыслу конвенционного права. Они являются одновременно отражением процесса кодификации международного права и деятельности по его прогрессивному развитию. Одни из изложенных в нем норм закреплены в ряде конвенционных режимов или прочно укоренились в международном обычном праве, а другие относятся к сфере прогрессивного развития международного права. Кроме того, особое упоминание прав человека обусловлено той важностью, которую их соблюдение приобретает в контексте высылки; об их важности также свидетельствуют многочисленные положения проектов статей, которые посвящены всевозможным аспектам защиты прав человека иностранцев, подвергаемых высылке. В свете "других применимых норм международного права", которым подчиняется осуществление государством его права на высылку иностранцев и которым не посвящены отдельные положения проектов статей, следует отметить, в частности, некоторые классические ограничения, которые вытекают из правил, касающихся обращения с иностранцами, включая запрет произвола, нарушения прав и отказа в правосудии. Другие применимые нормы также включают в себя содержащиеся в договорах о правах человека положения об ограничении прав в случае чрезвычайного положения. В этой связи следует подчеркнуть, что большинство обязательств государства по этим документам не имеют абсолютного характера и что от них предусмотрены отступления в некоторых ситуациях, когда существует, например, чрезвычайное положение, создающее угрозу для существования нации. Таким образом, в проекте статьи 3 для государства сохраняется возможность принятия мер в отступление от отдельных требований настоящих проектов статей в той мере, в какой это не противоречит его другим международно-правовым обязательствам.

Статья 4

Требование о соблюдении закона

Иностранец может быть выслан только на основании решения, принятого в соответствии с законом.

Комментарий

1) В проекте статьи 4 предусмотрено основополагающее условие, которому подчинено осуществление государством его права на высылку иностранца со своей территории. Это условие заключается в принятии высылающим государством решения такого рода в соответствии с законом.

2) Это условие, касающееся принятия решения о высылке в соответствии с законом, в первую очередь влечет за собой запрет такого поведения государства, которое имеет своей целью принудить иностранца покинуть его территорию без его уведомления о принятии решения на этот счет. Запрет любых форм замаскированной высылки сформулирован в пункте 1 проекта статьи 10.

3) Требование о соблюдении закона логически вытекает из положения о том, что высылка должна осуществляться в правовом поле. Прерогатива государства регламентировать условия высылки на своей территории в пределах международного права предполагает его обязанность по соблюдению своих норм, установленных во внутреннем праве, или норм, принятых им на себя в этой облас-

ти³⁰. Поэтому неудивительно констатировать, что законодательство многих стран сходится в минимальном требовании о том, что процедура высылки должна соответствовать нормам закона³¹. К тому же это требование прочно укоренилось в международном праве прав человека – как универсальном, так и региональном. На универсальном уровне оно фигурирует в статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах³² (в связи с иностранцами, находящимися на территории высылающего государства на законном основании), в пункте 2 статьи 22 Международной конвенции о правах всех трудящихся-мигрантов и членов их семей³³, а также в пункте 2 статьи 32 Конвенции о статусе беженцев³⁴ и в пункте 2 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов³⁵. На региональном уровне следует отметить пункт 4 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов³⁶, пункт 6 статьи 22 Американской конвенции о правах человека (Пакт Сан-Хосе)³⁷, пункт 1 статьи 1 Протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека³⁸, а также пункт 2 статьи 26 Арабской хартии

³⁰ Известны два римских изречения, которые применимы в данном случае: для норм внутреннего права – *patere legem/regulam quam fecisti*, для норм международного права – *pacta sunt servanda*.

³¹ См., например, пункт 5 статьи 14 Хартии основных прав и свобод Чешской Республики, пункт 2 статьи 58 Конституции Венгрии, пункт 5 статьи 23 Конституции Словацкой Республики или статья 9 Конституции Финляндии.

³² Это положение гласит: "Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств, может быть выслан только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом..." (Международный пакт о гражданских и политических правах, Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668, p. 171).

³³ Это положение гласит: "Трудящиеся-мигранты и члены их семей могут быть высланы с территории государства-участника лишь во исполнение решения, принятого компетентным органом в соответствии с законом" (Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, Нью-Йорк, 18 декабря 1990 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, № 39481, p. 3).

³⁴ Это положение, в частности, предусматривает, что высылка беженцев, законно проживающих на территории одного из договаривающихся государств, "будет производиться только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке..." (Конвенция о статусе беженцев, Женева, 28 июля 1951 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, p. 150).

³⁵ По своему содержанию это положение *mutatis mutandis* аналогично положению, которое воспроизведено в предыдущей сноске, касающейся беженцев (Конвенция о статусе апатридов, Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 360, № 5158, p. 117).

³⁶ Это положение гласит: "Иностранец, правомерно пребывающий на территории государства – участника настоящей Хартии, может быть выслан только в силу решения, принятого в соответствии с законом" (Африканская хартия прав человека и народов, Найроби, 27 июня 1981 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1520, № 26363, p. 217).

³⁷ Это положение гласит: "Иностранец, законно находящийся на территории государства – участника настоящей Конвенции, может быть выслан с этой территории только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом" (Американская конвенция о правах человека (Пакт Сан-Хосе), Сан-Хосе (Коста-Рика), 22 ноября 1969 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1144, № 17955, p. 143).

³⁸ Это положение гласит: "Иностранец, законно проживающий на территории государства, может быть выслан только во исполнение решения, принятого в соответствии с законом..." (Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Страсбург, 22 ноября 1984 года, *European Treaty Series*, № 117).

прав человека³⁹, которые устанавливают то же условие применительно к иностранцам, на законном основании находящимся на территории высылającego государства.

4) Требование о соблюдении закона должно распространяться на все решения о высылке вне зависимости от того, является ли присутствие данного иностранца на территории высылającego государства законным или нет. При этом, тем не менее, понимается, что законодательство государств может предусматривать разные правила и процедуры в области высылки в зависимости от законности или незаконности пребывания⁴⁰.

5) Требование о соблюдении закона носит вполне общий характер в том смысле, что оно применяется как в отношении процессуальных, так и в отношении материальных условий высылки⁴¹. Поэтому его сфера применения шире, чем аналогичные требования, предусмотренные в пункте 2 статьи 5 по поводу оснований высылки.

6) В своем решении от 30 ноября 2010 года по делу *Амаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго)* Международный Суд подтвердил требование о соблюдении закона как условие действительности высылки согласно международному праву. Ссылаясь в этой связи на статью 13 Международного пакта о гражданских и политических правах и пункт 4 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов, Суд отметил следующее:

"Из самой формулировки двух приводимых выше положений следует, что высылка иностранца, законно находящегося на территории какого-либо государства – участника этих договоров, согласуется с международными обязательствами этого государства лишь при условии, что решение о высылке вынесено в соответствии с "законом", т.е. с применимым внутреннегосударственным правом. В данном случае соответствие международному праву в определенной степени обусловлено соответствием внутреннему праву"⁴².

7) Хотя требование о соблюдении закона является условием правомерности любой меры по высылке согласно международному праву, можно задаться во-

³⁹ Это положение гласит: "Ни одно государство-участник не должно высылать лицо, которое не имеет его гражданства и которое на законном основании находится на его территории, иначе как во исполнение решения, принятого в соответствии с законом..." (Хартия, принятая на Саммите Лиги арабских государств на шестнадцатой очередной сессии (Тунис, май 2004 года) и вступившая в силу 15 марта 2008 года; с текстом на французском языке можно ознакомиться на веб-сайте Лиги арабских государств <http://www.arableagueonline.org>).

⁴⁰ В этой связи см. ниже пункт 4 проекта статьи 26.

⁴¹ См. в этой связи мнение Руководящего комитета по правам человека Совета Европы, который по поводу пункта 1 статьи 1 Протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека уточнил, что решение о высылке должно приниматься "компетентным органом на основании норм материального права и в соответствии с применяемыми процедурными нормами" (Council of Europe, Explanatory Report on Protocol № 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para. 11).

⁴² *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 663, para. 65.* Сославшись на процессуальные гарантии, предоставленные иностранцам по законодательству Конго и призванные защитить их от произвольных действий, Суд пришел к выводу о том, что решение о высылке г-на Диалло не было внесено "в соответствии с законом" (*Ibid.*, p. 666, para. 73).

просом о том, каков объем контрольных полномочий международного органа в отношении норм внутреннего права в таком контексте, как контекст высылки. Вероятно, международному органу придется в этой связи проявлять определенную осторожность. В качестве иллюстрации можно отметить позицию, занятую Комитетом по правам человека по поводу высылки в Швецию в 1977 году получившей политическое убежище гречанки, подозревавшейся в причастности к терроризму. В своем обращении в Комитет она заявила, что решение о высылке не было принято "в соответствии с законом", и в результате были нарушения положения статьи 13 Пакта. В связи с этим Комитет по правам человека постановил, что толкование внутреннего права прежде всего является делом судов и властей соответствующего государства-участника и что в полномочия и функции Комитета не входит "анализ того, правильно ли компетентные власти данного государства-участника истолковали и применили внутренний закон..., если только не установлено, что они истолковали и применили данный закон недобросовестно или что имело место злоупотребление властью"⁴³. Международный Суд и Европейский суд по правам человека заняли схожую позицию по поводу своих полномочий контроля в отношении соблюдения государством своего внутреннего права в контексте высылки⁴⁴.

Статья 5

Основания для высылки

1. В любом решении о высылке излагается основание, по которому оно принято.
2. Государство может высылать иностранца только на основании, которое предусмотрено законом.
3. Основание для высылки подлежит добросовестной и разумной оценке в свете всех обстоятельств с учетом, в частности, если это имеет отношение к делу, тяжести фактов, поведения соответствующего иностранца и текущего характера угрозы, порождаемой данными фактами.
4. Государство не вправе высылать иностранца на основании, которое противоречит его обязательствам по международному праву.

Комментарий

- 1) Вопрос об основаниях для высылки затрагивает несколько аспектов, связанных с указанием основания для высылки, наличием правомерного основания и с оценкой такого основания компетентными органами. Проект статьи 5 затрагивает эти различные аспекты.

⁴³ Комитет по правам человека, сообщение № 58/1979, *Анна Маруфиду против Швеции*, Соображения от 9 апреля 1981 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (A/36/40)*, стр. 206, пункт 10.1.

⁴⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 639; и дело *Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986, Application № 9990/82, para. 58: "Там, где Конвенция, как в своей статье 5, дает прямую ссылку на внутреннее право, его соблюдение составляет неотъемлемую часть "обязательств" договаривающихся государств, и Суд при необходимости компетентен удостовериться в этом (статья 19); тем не менее объем задачи, стоящей перед ним в этой области, ограничивается структурой европейской системы защиты, поскольку толкование и применение права в первую очередь составляет прерогативу национальных властей, в частности судов (см., например, *mutatis mutandis*, the *Winterwerp judgment* of 24 October 1979, Series A, No. 33, p. 10, § 46)".

2) В пункте 1 проекта статьи 5 установлено существенное условие по международному праву, а именно необходимость основания для решения о высылке. Обязанность высылающего государства изложить основания высылки утвердилась в международном праве. Хотя принято считать, что условия допуска иностранцев на территорию государства относятся к вопросам его суверенитета и, следовательно, находятся в его исключительной компетенции, государство не может по собственному усмотрению лишить их права на пребывание. Еще в 1892 году Институт международного права выразил мнение о том, что акт, предписывающий высылку, должен быть "мотивирован с фактической и с юридической стороны"⁴⁵. В своем решении по делу *Диалло* Международный Суд отметил несоблюдение Демократической Республикой Конго этой обязанности по мотивированию, а также неупоминание на протяжении всей процедуры мотивов, которые могли бы послужить "убедительным основанием" для высылки г-на Диалло, из чего он вывел произвольный характер ареста и заключения под стражу г-на Диалло в связи с его высылкой. По этому поводу Суд заявил, что он может лишь

"констатировать не только то, что само постановление о высылке не было достаточно точно мотивировано, ... но и то, что Демократическая Республика Конго ни разу на всем протяжении процесса не смогла представить доводы, которые могли бы служить убедительным обоснованием для высылки г-на Диалло. ...В этих условиях арест и задержание с целью осуществления высылки, не имеющей каких-либо законных оснований, не могут быть квалифицированы иначе, как произвольные, по смыслу пункта 1 статьи 9 Пакта и статьи 6 Африканской хартии"⁴⁶.

В деле "*Международная амнистия*" против *Замбии* Африканская комиссия по правам человека и народов постановила, что Замбия нарушила право заинтересованного лица на информацию, поскольку не сообщила ему основания для высылки. По мнению Комиссии, "тот факт, что ни г-н Банда, ни г-н Чинула не были проинформированы о причинах предпринятых в отношении них действий, является нарушением права на получение информации (статья 9.1)"⁴⁷.

3) Пункт 2 проекта статьи 5 устанавливает основополагающее требование о том, что мотивы высылки должны быть предусмотрены законом. Под "законом" здесь должно пониматься внутреннее право высылающего государства. Иными словами, международное право считает условием правомерности решения о высылке то, что это решение основывается на мотивах, предусмотренных в праве высылающего государства. Комиссия считает, что это требование выводится из общего принципа соблюдения закона, предусмотренного в проекте статьи 4⁴⁸. При этом было бы тщетно искать в международном праве перечень правомерных оснований высылки, применимых в отношении иностранцев в целом⁴⁹; определение оснований высылки составляет прерогативу внутреннего

⁴⁵ *Международные правила допуска и высылки иностранцев*, принятые 9 сентября 1892 года на женеvской сессии Института международного права, статья 30.

⁴⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 2010*, p. 639, at p. 669, para. 81.

⁴⁷ *African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication № 212/98, Amnesty International v. Zambia*, *Twelfth Annual Activity Report, 1998–1999*, paras. 32 and 33.

⁴⁸ См. выше пункт 5) комментария к проекту статьи 4.

⁴⁹ Тем не менее см. ниже пункт а) проекта статьи 6, а также проект статьи 7, которые ограничивают основания высылки беженцев и апатридов "соображениями национальной безопасности или публичного порядка", тем самым воспроизводя нормы, фигурирующие в соответствующих международных договорах.

права каждого государства с единственной оговоркой, указанной в пункте 4 проекта статьи, согласно которой эти основания не должны противоречить обязательствам государства по международному праву. В этой связи приходится констатировать, что законодательство государств предусматривает достаточно широкое разнообразие оснований для высылки. Нужно отметить, что наиболее распространенным мотивом для высылки является нарушение национального законодательства в области въезда и пребывания (иммиграционного права). Этот мотив, предусмотренный во внутреннем законодательстве многих стран, допустим с точки зрения международного права; иными словами, незаконный характер пребывания иностранца на территории государства может сам по себе являться достаточным основанием для высылки. Кроме того, часто в обоснование высылки приводятся соображения, связанные с национальной безопасностью и публичным порядком.

4) В пункте 3 предусмотрены общие критерии оценки высялающим государством оснований для высылки. Такая оценка должна быть добросовестной и разумной и производиться с учетом серьезности фактов и в свете всех обстоятельств. Поведение данного иностранца и текущий характер угрозы, порождаемой данными фактами, упоминаются в числе факторов, которые должно по мере необходимости учитывать выслающее государство. Критерий "текущего характера угрозы", упомянутый *in fine*, приобретает особое значение, когда основание высылки заключается в посягательстве на национальную безопасность или публичный порядок.

5) Пункт 4 проекта статьи 5 имеет единственную цель – напомнить о запрещении высылки иностранца по основаниям, противоречащим обязательствам выслающего государства по международному праву. Такой запрет, в частности, охватывал бы высылку по дискриминационным основаниям по смыслу проекта статьи 14 ниже⁵⁰. Следует уточнить, что выражение "его обязательства по международному праву" не означает, что государство может допускать ограничительное толкование этих обязательств, чтобы уклониться от выполнения других международно-правовых обязательств, действующих в отношении этого государства.

Часть вторая

Случаи запрещенной высылки

Статья 6

Правила, касающиеся высылки беженцев

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правилам международного права, касающимся беженцев, а также любым более благоприятным правилам или практике в области защиты беженцев, и в частности следующим правилам:

а) государство не вправе высылать беженца, законно находящегося на его территории, иначе как на основаниях национальной безопасности или публичного порядка;

⁵⁰ О правомерности оснований высылки по международному праву см. также ниже проект статьи 11 (Запрет высылки для цели конфискации имущества) и проект статьи 12 (Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции).

б) государство не вправе каким бы то ни было образом высылать или возвращать (*refouler*) беженца к границам территорий, где жизнь и свобода такого лица были бы поставлены под угрозу по причине его расы, религии, гражданства, принадлежности к какой-либо особой социальной группе или политических убеждений, за исключением случаев, когда имеются разумные основания считать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны, в которой оно находится, или такое лицо, осужденное по окончательному приговору суда за совершение особо тяжкого преступления, создает угрозу для общества в такой стране.

Комментарий

1) Проект статьи 6 касается высылки беженцев, в отношении которых предусмотрены ограничительные условия согласно соответствующим нормам международного права. В нем содержится оговорка "не наносят ущерба", цель которой – сохранить применение к беженцам правил, касающихся их высылки, а также всех остальных более благоприятных норм или видов практики в области их защиты. В частности, в пунктах а) и б) проекта статьи 6 приводятся две нормы, касающиеся высылки или возвращения беженцев, которые имеют особое значение.

2) Термин "беженец" должен пониматься не только в свете общего определения, содержащегося в статье 1 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года⁵¹, которое было дополнено статьей 1 Протокола о статусе беженцев от 31 января 1967 года⁵², отменившей географические и временные ограничения, предусмотренные в определении 1951 года, но и с учетом последовавших затем изменений в этой области, включая практику Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ)⁵³. В этой связи следует отметить, в частности, более общее определение термина "беженец", которое содержится в Конвенции ОАЕ по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке от 10 сентября 1969 года⁵⁴.

3) Термин "правила международного права, касающиеся беженцев" следует понимать как охватывающий все конвенционные нормы о беженцах на универсальном, региональном и субрегиональном уровнях, а также соответствующие обычно-правовые нормы, которым данный проект статей не наносит ущерба. Проект статьи 6 ссылается, в частности, на положение об исключении, содержащееся в пункте F статьи 1 Конвенции о статусе беженцев⁵⁵, или на нормы,

⁵¹ Конвенция о статусе беженцев, Женева, 28 июля 1951 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, p. 150, статья 1.

⁵² Протокол, касающийся статуса беженцев, Нью-Йорк, 31 января 1967 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, № 8791, p. 267, статья 1.

⁵³ См. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, UNHRC, 1979, пункт 28 которого гласит: "Таким образом, признание за лицом статуса беженца не превращает его в беженца, а объявляет его таковым. Лицо не становится беженцем потому, что им признается, а признается беженцем потому, что им является".

⁵⁴ Конвенция по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке, ОАЭ, Аддис-Абеба, 10 сентября 1969 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1001, № 14691, p. 45.

⁵⁵ Эта норма гласит: "Положения настоящей Конвенции не распространяются на лиц, в отношении которых имеются серьезные основания предполагать, что они:

а) совершили преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества в определении, данном этим деяниям в международных актах, составленных в целях принятия мер в отношении подобных преступлений;

касающиеся процедурных условий, применяемых к высылке беженца, такие как норма, содержащаяся, в частности, в пункте 2 статьи 32 упомянутой Конвенции⁵⁶. Он ориентирован также на положения пункта 3 статьи 32 Конвенции 1951 года⁵⁷, согласно которому высылающее государство должно предоставить беженцу или апатриду разумный срок для получения законного права на въезд в другую страну, а за государством сохраняется также право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые оно сочтет необходимыми.

4) В проекте статьи 6 далее указано, что настоящие проекты статей не наносят ущерба другим, более благоприятным правилам или практике в области защиты беженцев. Помимо норм международного права, особое значение приобретают виды национальной практики в этой области, поскольку они могут служить источником важных прав, предоставляемых беженцам. Речь идет, в частности, о соответствующих нормах внутреннего права высылающего государства в той мере, в которой они совместимы с возложенными на него международными обязательствами, а также о заявлениях высылающего государства в сфере применения своих конвенционных обязательств.

5) В пункте а) проекта статьи 6 воспроизводится содержание пункта 1 статьи 32 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года. Норма, закрепленная в этом пункте, которая применяется лишь в отношении беженцев, законно пребывающих на территории высылающего государства, ограничивает основания высылки этих беженцев теми, которые связаны с соображениями национальной безопасности или публичного порядка.

6) Запрещение высылки беженца, который находится на территории высылающего государства на законных основаниях, по причинам, не относящимся к сфере национальной безопасности или публичного порядка, распространяется также на любого беженца, который, находясь на территории высылающего государства без законных на то оснований, подал ходатайство о предоставлении ему статуса беженца, в течение срока рассмотрения этого ходатайства. Однако такого рода защита предоставляется лишь на период рассмотрения указанного ходатайства. Эта защита, которая отражает доктринальную тенденцию⁵⁸ и нахо-

- b) совершили тяжкое преступление неополитического характера вне страны, давшей им убежище, и до того, как они были допущены в эту страну;
- c) виновны в совершении деяний, противоречащих целям и принципам Организации Объединенных Наций".

⁵⁶ Это положение гласит: "Высылка таких беженцев [т.е. беженцев, законно проживающих на территории высылающего государства] будет производиться только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке. За исключением случаев, когда этому препятствуют уважительные соображения государственной безопасности, беженцам будет дано право представления в свое оправдание доказательств и обжалования в надлежащих инстанциях или перед лицом или лицами, особо назначенными надлежащими инстанциями, а также право иметь для этой цели своих представителей".

⁵⁷ Это положение гласит: "Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства сохраняют за собой право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые они сочтут необходимыми".

⁵⁸ См., в частности, Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, "Complementary forms of protection", *Global Consultations on International Protection*, UNHCR document EC/GC/01/18 of 4 September 2001, para. 11 g).

дит поддержку в практике некоторых государств⁵⁹ и УВКБ⁶⁰, представляет собой отход от принципа, согласно которому незаконный характер присутствия иностранца на территории государства может сам по себе стать основанием для высылки этого иностранца. Такая защита не может быть снята в случае, когда ходатайство о предоставлении статуса беженца явным образом имеет целью лишить последствий решение о высылке, которое может быть вынесено в отношении заинтересованного лица. Она распространяется лишь на тех лиц, которые, не имея статуса беженца в данном государстве, соответствуют определению термина "беженец" по смыслу Конвенции 1951 года или, в зависимости от случая, другим соответствующим договорам – таким, как Конвенция ОАЕ 1969 года по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке – и, таким образом, должны быть признаны таковыми по международному праву. Любое лицо, не отвечающее определению беженца по смыслу соответствующих правовых актов, не пользуется защитой, признанной в проекте статьи 6, и может быть выслано по другим основаниям, помимо тех, которые предусмотрены в пункте а), в частности только в силу незаконного характера его пребывания на территории высылающего государства. В любом случае статья 6 не наносит ущерба праву государства на высылку иностранца, подавшего явно необоснованное ходатайство о предоставлении ему статуса беженца, по другим основаниям, помимо тех, которые предусмотрены в пункте а).

7) Пункт б) проекта статьи 6, касающийся обязательства в отношении невозвращения, сочетает в себе пункты 1 и 2 статьи 33 Конвенции 1951 года. В отличие от других положений настоящих проектов статей, где не предусмотрен случай отказа в приеме иностранца на территории государства⁶¹, пункт б) проекта статьи 6 гарантирует отсутствие преюдициального воздействия проектов статей и на такого рода ситуацию, о чем свидетельствует вступительная фраза "Государство... не высылает и не возвращает...". Кроме того, в отличие от защиты, предусмотренной в пункте а), защита, упомянутая в пункте б), применяется в отношении всех беженцев независимо от того, законно или незаконно их присутствие на территории принимающего государства. Наряду с этим следует подчеркнуть, что введение такого конкретного обязательства о невозвращении беженцев не наносит ущерба применению к ним общих норм, запре-

⁵⁹ Большой интерес в этом плане представляет практика Франции. Так, например, в отличие от Женевской конвенции 1951 года, которая просто запрещает договаривающимся сторонам принудительное возвращение или высылку беженца "никоим образом ... на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность", пункт 4 преамбулы Конституции Франции от 27 октября 1946 года, на который ссылается действующая Конституция от 4 октября 1958 года, подразумевает, согласно Конституционному совету Франции, "что обычно иностранец, который ходатайствует о праве убежища, получает разрешение временно проживать на территории до тех пор, пока не будет принято решение по его ходатайству" (Constitutional Council, Decision No. 93-325 DC of 13 August 1993, *Journal officiel*, 18 August 1993, pp. 11722 *et seq.*). Основой этого решения непосредственно служит решение, закрепленное Ассамблеей Государственного совета Франции, который в двух случаях признал необходимость того, чтобы проситель убежища, претендующий на статус беженца, получил разрешение на временное проживание на французской территории до тех пор, пока французская Служба защиты беженцев и апатридов или, в соответствующих случаях, Комиссия по содействию беженцам не вынесут решение по его ходатайству (См. Council of State, Assembly of 13 December 1991, *M. Nkodia and Prefect of Hérault v. Dakoury*, *Revue française de droit administratif*, January–February 1992, pp. 90–103).

⁶⁰ См. сноску 53 выше.

⁶¹ См. выше проект статьи 2 а).

шающих высылку в некоторые государства и предусмотренных в проектах статей 23 и 24.

Статья 7

Правила, касающиеся высылки лиц без гражданства

Настоящие проекты статей не наносят ущерба правилам международного права, касающимся лиц без гражданства, и в частности правилу, согласно которому государство не высылает лиц без гражданства, законно находящихся на его территории, иначе как на основаниях национальной безопасности или публичного порядка.

Комментарий

1) Как и беженцы, апатриды пользуются в силу соответствующих норм международного права благоприятным режимом, устанавливающим применительно к их высылке ограничительные условия. Статья 1 Конвенции о статусе апатридов от 28 сентября 1954 года⁶² определяет апатрида как "лицо, которое ни одно государство не считает своим уроженцем на основании своего законодательства"⁶³.

2) Проект статьи 7 содержит "преюдициальную оговорку", призванную сохранить применение в отношении апатридов других норм, касающихся их высылки. Речь идет, в частности, о нормах в области процессуальных условий, применяемых к высылке апатрида, которые предусмотрены в пункте 2 статьи 31 Конвенции 1954 года⁶⁴. Этот проект статьи нацелен также на положения пунк-

⁶² Конвенция о статусе апатридов, Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 360, № 5158, p. 117.

⁶³ Эта норма гласит:

"Статья 1 – Определение понятия "апатрид"

1. В настоящей Конвенции под термином "апатрид" подразумевается лицо, которое не рассматривается гражданином каким-либо государством в силу его закона.

2. Положения настоящей Конвенции не распространяются:

i) на лиц, которые в настоящее время пользуются защитой или помощью других органов или учреждений Организации Объединенных Наций, кроме Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев;

ii) на лиц, за которыми компетентные власти страны, в которой они проживают, признают права и обязательства, связанные с гражданством этой страны;

iii) на лиц, в отношении которых имеются серьезные основания предполагать, что они:

a) совершили преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества в определении, данном этим деяниям в международных актах, составленных в целях принятия мер в отношении подобных преступлений;

b) совершили тяжкое преступление не политического характера вне страны, давшей им убежище, и до того, как они были допущены в эту страну;

c) виновны в совершении деяний, противоречащих целям и принципам Организации Объединенных Наций".

⁶⁴ Это положение гласит: "Высылка таких апатридов [т.е. апатридов, законно проживающих на территории высылающего государства] будет производиться только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке. За исключением случаев, когда этому препятствуют уважительные соображения государственной безопасности, апатридам будет дано право представления в свое оправдание доказательств и

та 3 статьи 31 Конвенции 1954 года⁶⁵, который требует от высылающего государства предоставить апатриду достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну и который при этом сохраняет за данным государством право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые оно сочтет необходимыми.

3) Как и пункт а) проекта статьи 6, касающийся беженцев, проект статьи 7 воспроизводит содержание пункта 1 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов. И в этом случае ограничение оснований для высылки затрагивает лишь апатридов, присутствие которых на территории высылающего государства является законным.

4) Проект статьи 7 не содержит положения, параллельного пункту b) проекта статьи 6 о беженцах, которое предусматривало бы обязательство невозвращения. Апатриды, как и любые другие иностранцы, подлежащие высылке, пользуются защитой, которая в целом признается за иностранцами в проектах статей 23 и 24 ниже.

Статья 8

Лишение гражданства для цели высылки

Государство не вправе превращать своего гражданина в иностранца путем лишения его гражданства для единственной цели его высылки.

Комментарий

1) Проект статьи 8 касается случая, когда государство лишает кого-либо из своих граждан его гражданства, превращая это лицо в иностранца исключительно с целью его высылки. Поскольку такое лишение гражданства не имеет другого обоснования, кроме желания государства выслать данное лицо, оно является неправомерным и даже произвольным по смыслу пункта 2 статьи 15 Всеобщей декларации прав человека⁶⁶. Именно поэтому в проекте статьи 8 предусмотрен запрет на лишение гражданства исключительно с целью высылки.

2) Разумеется, проще было бы указать, например, следующее: "Государство не может лишать своего гражданина его гражданства единственно для целей высылки". Комиссия предпочла нынешнюю формулировку, в которой выражение "не вправе превращать своего гражданина в иностранца путем лишения его гражданства" не только позволяет установить связь между рассмотренным здесь случаем и вопросом о высылке иностранцев, но и играет роль пояснения:

обжалования в надлежащих инстанциях или перед лицом или лицами, особо назначенными надлежащими инстанциями, а также право иметь для этой цели своих представителей".

⁶⁵ Это положение гласит: "Договаривающиеся государства будут предоставлять таким апатридам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства сохраняют за собой право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые они сочтут необходимыми".

⁶⁶ Резолюция 217 (III) А Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года. Статья 15 Всеобщей декларации гласит: "1. Каждый человек имеет право на гражданство. 2. Никто не может быть произвольно лишен своего гражданства или права изменить свое гражданство". См. также пункт 3 статьи 20 Американской конвенции о правах человека ("Никто не должен произвольно лишаться своего гражданства или права изменять его") и пункт 1 статьи 29 Арабской хартии прав человека ("Каждый человек имеет право на гражданство, и никто не может произвольно или незаконно лишаться своего гражданства").

оно показывает, каким образом гражданин государства может быть превращен в иностранца в этом государстве путем лишения его гражданства, когда единственной целью данного государства является высылка соответствующего лица.

3) Тем не менее следует уточнить, что в проекте статьи 8 не ставится задачи ограничить применение законодательства в сфере предоставления или утраты гражданства; поэтому он не должен толковаться как затрагивающий право государства лишать какое-либо лицо его гражданства по основаниям, предусмотренным в законодательстве этого государства. Аналогичным образом проект статьи 8 не охватывает ситуации, когда лицо добровольно отказывается от своего гражданства.

4) Кроме того, проект статьи 8 не касается вопроса о высылке государством своих собственных граждан, который выходит за рамки проектов статей, где рассматривается только высылка иностранцев.

Статья 9

Запрет коллективной высылки

1. Для целей настоящего проекта статьи коллективная высылка означает высылку иностранцев как группы.
2. Коллективная высылка иностранцев запрещается.
3. Государство может одновременно высылать членов группы иностранцев при условии, что высылка осуществляется после и исходя из оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы в соответствии с настоящими проектами статей.
4. Настоящий проект статьи не наносит ущерба правилам международного права, применимым к высылке иностранцев в случае вооруженного конфликта с участием высылающего государства.

Комментарий

1) В пункт 1 проекта статьи 9 включено определение коллективной высылки для целей настоящих проектов статей. Согласно этому определению коллективная высылка означает высылку иностранцев "как группы". Эта формулировка составлена на основе практики Европейского суда по правам человека⁶⁷. Специ-

⁶⁷ См. дело *Vedran Andric v. Sweden*, Decision as to the Admissibility of Application № 45917/99, 23 февраля 1999 года, пункт 1: "Суд считает, что под коллективной высылкой должна пониматься любая мера, обязывающая иностранцев в составе целой группы покинуть страну, если только такая мера не основывается на тщательном и объективном изучении дела каждого из иностранцев из этой группы. Кроме того, тот факт, что в отношении нескольких иностранцев принимается схожее решение, не дает оснований заключить, что имеет место коллективная высылка, если каждое из соответствующих лиц могло представить компетентным властям аргументы против высылки". См. также дело *Čonka v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Application № 51564/99, 5 февраля 2002 года, пункт 59: "Суд ссылается на свою практику, в соответствии с которой под коллективной высылкой по смыслу статьи 4 Протокола № 4 должны пониматься любые меры, принуждающие иностранцев в составе целой группы покинуть страну, за исключением случаев, когда данная мера принимается по окончании и на основании тщательного и объективного изучения персонального положения каждого из иностранцев, которые образуют данную группу (*Andric*, упомянутое выше решение)". См. также *Case of Georgia v. Russia (I)*, Judgment (Merits), 3 July 2014, Application No. 13255/07, para. 167: "Суд подтверждает свое прецедентное право, согласно которому коллективная высылка по смыслу статьи 4

альный докладчик Комиссии по правам человека по вопросу о правах неграждан г-н Дэвид Вайсбродт также использовал его в своем заключительном докладе за 2003 год⁶⁸. В этом определении затронут только элемент "коллективности", который должен толковаться в свете общего определения высылки, фигурирующего в пункте а) проекта статьи 2.

2) В пункте 2 вводится запрет коллективной высылки иностранцев. Этот запрет непосредственно включен в целый ряд международных договоров о правах человека. В общемировом масштабе Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей прямо запрещает коллективную высылку этих лиц, предусматривая в пункте 1 статьи 22 следующее: "На трудящихся-мигрантов и членов их семей не распространяются меры коллективной высылки. Каждый случай высылки рассматривается и решается в индивидуальном порядке". В региональном плане Американская конвенция о правах человека в пункте 9 статьи 22 гласит: "Коллективная высылка иностранцев запрещена". Статья 4 Протокола № 4 к Европейской конвенции о правах человека⁶⁹ предусматривает: "Коллективная высылка иностранцев запрещена". В этом же ключе пункт 5 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов гласит: "Запрещается массовая высылка иностранцев"; далее в том же пункте дается определение такой формы высылки: "Под коллективной высылкой понимается в целом высылка национальных, расовых, этнических или религиозных групп". Наконец, в пункте 2 *in fine* статьи 26 Арабской хартии прав человека говорится, что "коллективная высылка запрещается во всех случаях".

Протокола № 4 понимается как любая мера, принуждающая иностранцев как группу покинуть страну, если только подобная мера не принимается на основе и по итогам разумного и объективного рассмотрения индивидуального дела каждого иностранца в составе группы" (см. *Čonka*, cited above, § 59). Впоследствии Суд уточнил, что "сам факт применения к иностранцам сходных решений не может служить основанием для заключения о том, что речь идет о коллективной высылке, если каждому такому лицу была предоставлена возможность привести аргументы против своей высылки компетентным властям на индивидуальной основе" (см., в числе других источников, *Sultani* [v. *France*, Judgment, 20 September 2007, Application No. 45223/05] § 81, and *Hirsi Jamaa and Others* [v. *Italy*, Judgment, 23 February 2012, Application No. 27765/09], §184). Однако в случае проведения разумного и объективного рассмотрения дела каждого лица это не означает, что "обстоятельства приведения в исполнение решений о высылке более не играют никакой роли в установлении факта соблюдения статьи 4 Протокола № 4" (см. *Čonka*, cited above, *ibid.*).

⁶⁸ Специальный докладчик высказался следующим образом: "Принятие любых мер, вынуждающих неграждан как группу покинуть страну, запрещено, за исключением тех случаев, когда такие меры принимаются на основе взвешенного и объективного рассмотрения случая каждого негражданина, входящего в состав группы". Права неграждан: окончательный доклад Специального докладчика г-на Дэвида Вайсбродта, представленный в соответствии с решением 2000/103 Подкомиссии, с резолюцией 2000/104 Комиссии и с решением 2000/283 Экономического и Социального Совета (E/CN.4/Sub.2/2003/23), 26 мая 2003 года, пункт 11 (цитируя Европейский суд по правам человека, дело *Čonka v. Belgium*, *op.cit.*). В практике Европейского суда по правам человека говорится о "взвешенном и объективном рассмотрении". Это выражение было включено в окончательный вариант проекта статьи 9, чтобы охватить одновременную высылку более чем одного иностранца режимом общего права, который установлен настоящими проектами статей.

⁶⁹ Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, *European Treaty Series*, № 46.

3) Статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах не содержит прямого запрета коллективной высылки. Однако Комитет по правам человека выразил мнение, что такая высылка противоречит процедурным гарантиям, которыми должен пользоваться иностранец, подлежащий высылке. В своем замечании общего порядка № 15 "Положение иностранцев в соответствии с Пактом" Комитет указал следующее:

"Статья 13 непосредственно регулирует лишь процедуру, а не основания для высылки из страны. Однако, поскольку она допускает высылку из страны только "во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом", ее цель, безусловно, заключается в предотвращении произвольной высылки. *В то же время она предоставляет каждому иностранцу право на решение его дела в индивидуальном порядке, и поэтому принятие законов или решений о коллективной или массовой высылке противоречило бы положениям статьи 13.* По мнению Комитета, такое понимание подтверждается другими положениями, касающимися права на представление доводов против высылки, на пересмотр решения компетентной властью или каким-либо назначенным ею лицом и права быть представленным перед этой властью или лицом. Иностранцу должны быть предоставлены все возможности использовать имеющиеся у него средства судебной защиты с целью воспрепятствовать его высылке, с тем чтобы он во всех случаях мог эффективно осуществлять это право. Принципы статьи 13, касающиеся предоставления доводов против высылки и права на пересмотр дела компетентной властью, могут не соблюдаться лишь в случае, если этого требует "императивные соображения государственной безопасности". Дискриминация различных категорий иностранцев в применении статьи 13 не допускается"⁷⁰ (курсив наш).

4) Запрет коллективной высылки иностранцев, предусмотренный в пункте 2 проекта статьи 9, следует рассматривать в свете пункта 3, который разъясняет и уточняет условия, при которых могут быть одновременно высланы члены группы иностранцев, чтобы такая мера не считалась коллективной высылкой по смыслу проекта статей. В пункте 3 указано, что такая высылка допустима при условии, что она осуществляется после и исходя из оценки конкретного дела каждого отдельного члена такой группы *в соответствии с настоящими проектами статей*. Это последнее уточнение перекликается, в частности, с пунктом 3 проекта статьи 5, который гласит, что основание для высылки подлежит добросовестной и разумной оценке в свете всех обстоятельств с учетом, в частности, если это имеет отношение к делу, тяжести фактов, поведения соответствующего иностранца и текущего характера угрозы, порождаемой данными фактами⁷¹.

5) Пункт 4 проекта статьи 9 содержит "преюдициальную оговорку", касающуюся случая вооруженного конфликта. Эта оговорка, подразумевающая в целом нормы международного права, применимые к высылке иностранцев в случае вооруженного конфликта с участием высылающего государства, имеет целью недопущение любой несовместимости между правами и обязательствами государства, предусмотренными в настоящих проектах статей, и правами и обязательствами по международному гуманитарному праву.

⁷⁰ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 15 "Положение иностранцев в соответствии с Пактом", 11 апреля 1986 года, пункт 10.

⁷¹ См. выше пункт 4) комментария к проекту статьи 5.

Статья 10

Запрет замаскированной высылки

1. Замаскированная высылка в любой форме запрещается.
2. Для целей настоящего проекта статьи замаскированная высылка означает принуждение иностранца к отъезду из государства, являющееся непрямым результатом действий или бездействия, которые могут быть присвоены государству, включая ситуации, при которых государство попустительствует или терпимо относится к деяниям своих граждан или других лиц, направленным на то, чтобы спровоцировать отъезд иностранцев с его территории иначе, чем в соответствии с законом.

Комментарий

- 1) Проект статьи 10 призван указать, что государство не имеет права использовать замаскированные или опосредованные средства или способы для того, чтобы получить тот же результат, который оно могло бы получить с помощью принятия решения о высылке, т.е. принудить иностранца покинуть свою территорию. В англоязычной доктрине⁷² для обозначения форм высылки, помимо принятия решения такого рода, обычно используется термин "constructive expulsion". Тем не менее Комиссия сочла, что в других языках, в частности во французском языке, трудно найти подходящий эквивалент термину "конструктивная высылка"; к тому же этот термин мог бы иметь нежелательную позитивную коннотацию. Поэтому Комиссия в данном контексте предпочла термин "замаскированная высылка".
- 2) В пункте 1 проекта статьи 10 предусмотрен запрет замаскированной высылки в любой форме, тем самым отражающий позицию, согласно которой подобный образ действий запрещен международным правом вне зависимости от форм и способов, которые при этом применяются. Это, по сути, вызвано тем, что замаскированная высылка является посягательством на права соответствующего иностранца, включая процедурные права, изложенные в четвертой части проектов статей.
- 3) В пункте 2 проекта статьи 10 содержится определение замаскированной высылки, в котором выделено ее существенное содержание. Оно заключается в том, что высылающее государство, не приняв официального решения о высылке, предпринимает действия, призванные произвести и на деле производящие тот же результат, а именно вынужденный выезд иностранца с его территории. Обходной характер этого маневра отражен прилагательным "непрямой", которое определяет результат отъезда иностранца как следствие поведения государства. Концовка пункта 2 призвана показать, что понятие "замаскированная высылка" охватывает только те ситуации, в которых принудительный отъезд иностранца является желаемым результатом действия или бездействия, присваиваемых государству. Таким образом, намерение высылающего государства спровоцировать отъезд иностранца со своей территории, которое отражено в определении высылки в целом, остается определяющим элементом того, что высылка производится в замаскированной форме. Кроме того, пункт 2 данного проекта статьи охватывает только те действия или бездействие государства, цель которых – спровоцировать отъезд иностранца, не прибегая к предусмотренным законом формам. Вводимый запрет не распространяется, в частности,

⁷² См., в частности, Ruth L. Cove, "State Responsibility for Constructive Wrongful Expulsion of Foreign Nationals", *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987–1988, pp. 802–838.

на ситуации, когда высылка производится по решению, которое принято в соответствии с законом и является обоснованным по международному праву⁷³.

4) Это определение "замаскированной высылки", основанное на элементах "принуждения" и "намерения", по-видимому, согласуется с критериями, применявшимися в этой области Комиссией по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, которая неоднократно рассматривала претензии, касавшиеся ситуаций такого же характера, что и те, которые предусматриваются в проекте статьи 10. Оба существенных элемента концепции "замаскированной высылки", вытекающие из соответствующих решений этой комиссии, были резюмированы следующим образом:

"Такие дела, по всей видимости, предполагают по меньшей мере: 1) что условия в стране проживания таковы, что не позволяют разумно считать, что иностранец имеет реальный выбор, и 2) что за событиями или действиями, повлекшими отъезд, стоит намерение выдворить иностранца и что эти действия к тому же могут быть присвоены государству в соответствии с принципами ответственности государств"⁷⁴.

5) Подход, принятый Комиссией по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии, по-видимому, имеет аналогичную направленность. Эта комиссия рассмотрела претензию Эфиопии, в которой требовалось, чтобы Эритрея была признана ответственной за "косвенные" или "непрямые" высылки эфиопов в нарушение международного права. Претензионная комиссия отклонила некоторые претензии, констатируя, что упомянутые эфиопы не были высланы эритрейским правительством и не были принуждены к выезду в силу политики правительства, а выехали из страны по другим причинам, таким как экономические факторы или разрушения, вызванные войной, что не может считаться основанием для ответственности Эритреи. Указанная комиссия отметила, что в этих ситуациях, по-видимому, чаще всего имело место добровольное решение⁷⁵.

В ходе изучения дел о последующих высылках Комиссия по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии, основываясь на практике Комиссии по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, под-

⁷³ См., в частности, проекты статей 4 и 5 выше, касающиеся соответственно требований о соблюдении закона и оснований для высылки.

⁷⁴ D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th ed. (London, Sweet & Maxwell, 2010), p. 470 (комментируя дела, рассмотренные Комиссией по рассмотрению ирано-американских претензий, связанных с замаскированной высылкой). По поводу этой юриспруденции см. также Giorgio Gaja "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, pp. 283–314, particularly pp. 289–290, где содержатся ссылки на следующее решение комиссии: *Short v. Islamic Republic of Iran*, Award of 14 July 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), pp. 85–86; *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Award of 19 August 1985, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985-II), p. 18; и *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, Award of 3 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), pp. 147–148. См. также Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed. (London/New York, Routledge, 1997), p. 262; John R. Crook, "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience", *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 278–311 at pp. 308 and 309; и R. Cove, *op. cit.*, pp. 802–838.

⁷⁵ *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, The Hague, 17 December 2004, paras. 91–95, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, pp. 277–278.

черкнула, что в случае "косвенной высылки" юридический порог ответственности является более высоким. Она пришла к выводу, что Эфиопия не представила доказательств достижения такого порога, констатируя следующее:

"126. Эфиопия также утверждала, что те лица, которые покинули страну в период с мая по декабрь 2000 года, стали жертвами незаконной косвенной или конструктивной высылки. Стороны продемонстрировали во многом одинаковое понимание правовых соображений в отношении этих претензий. Обе стороны сослались на практику Комиссии по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, которая устанавливает высокий пороговый уровень для возникновения ответственности за конструктивную высылку. Для присуждения той комиссией компенсации за конструктивную высылку необходимо, чтобы лица, покидающие страну, находились в нестерпимых или угрожающих жизни условиях, носящих настолько экстремальный характер, что никакой другой альтернативы, кроме отъезда, у этих лиц не было. Эти условия должны быть результатом действий или политики принимающего правительства или должны быть однозначно присваиваемы этому правительству. И наконец, действия правительства должны совершаться с намерением заставить иностранцев покинуть страну.

127. Полученные сведения не соответствуют этим критериям. В послевоенной Эритрее были сложные экономические условия как для эфиопов, так и для эритрейцев, однако правительство Эритреи не занималось продуманным созданием экономических трудностей общего характера, чтобы заставить эфиопов покинуть страну. Комиссия отмечает, что летом 2000 года правительство Эритреи приняло меры, которые причинили ущерб многим экономическим интересам эфиопов, и общественное мнение было настроено против эфиопов, которые подвергались притеснениям. Тем не менее многие эфиопы в Эритрее явно видели альтернативы отъезду и решили остаться или отложить свой отъезд. С учетом всех событий Комиссия делает вывод о том, что претензия в отношении широкомасштабной конструктивной высылки не соответствует критерию высокого юридического порогового уровня, установленного для доказывания такой претензии"⁷⁶.

6) Кроме того, в число видов поведения государства, которые могут представлять собой замаскированную высылку по смыслу проекта статьи 10, следует включить поддержку или терпимое отношение со стороны этого государства к незаконным актам, совершенным индивидуально или коллективно частными лицами⁷⁷. При этом понимается, что такие акты незаконны как по международ-

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 285–286 [citing Charles N. Brower & Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, pp. 343–365 (1998); George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, pp. 464–471 (1996)].

⁷⁷ См. в этой связи "Декларацию о принципах международного права, касающихся массовой высылки", подготовленную Ассоциацией международного права. Определение термина "высылка", фигурирующее в Декларации, охватывает также ситуации, когда принудительный отъезд лиц достигается не официальным решением или приказом властей государства, а с помощью иных средств. Оно охватывает ситуации, когда государство оказывает помощь или содействие или проявляет терпимость в отношении актов, совершаемых его гражданами с целью спровоцировать отъезд лиц с территории этого государства. Декларация гласит:

«"высылка" в контексте настоящей Декларации может быть определена как действие или бездействие со стороны государства с целью заставить лиц совершить отъезд с его территории против их воли по признаку расы,

ному праву, так и по внутреннему праву высылającego государства. Выражение поддержки или терпимости со стороны государства в отношении незаконных актов, совершаемых частными лицами, может подпадать под запрет замаскированной высылки, если такая поддержка или терпимость заключаются в "действиях или бездействии указанного государства... с намерением спровоцировать отъезд иностранцев с его территории". Иными словами, такая поддержка или терпимость со стороны высылającego государства должны оцениваться по критерию "конкретного намерения", упомянутого в концовке пункта 2. Подразумевается, что для этого должен быть установлен особо высокий пороговый уровень, поскольку речь идет о простой терпимости, не сопровождающейся положительными действиями по поддержке действий частных лиц со стороны государства. Критерии присвоения государству какого-либо поведения аналогичны тем, которые определены в главе II статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятых в 2001 году⁷⁸.

7) Выражение поддержки или терпимости в отношении действий частных лиц может также затрагивать как действия, совершаемые гражданами данного государства, так и действия, совершаемые иностранцами, находящимися на территории данного государства. Именно таков смысл формулировки "своих граждан или других лиц", которая, кстати, охватывает как физических, так и юридических лиц.

Статья 11

Запрет высылки для цели конфискации имущества

Высылка иностранца для цели конфискации его имущества запрещается.

Комментарий

1) В проекте статьи 11 предусмотрен запрет высылки в целях конфискации, цель которой заключается в незаконном лишении иностранца его имущества. Действительно, незаконное лишение имущества может составлять скрытую цель высылки. "Например, "право" на высылку может осуществляться ... с тем, чтобы экспроприировать имущество иностранца... В таком случае осуществление властных полномочий будет неизбежно опорочено незаконной конечной целью"⁷⁹. Такого рода высылки, к которым определенные государства прибегали

национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений;
"бездействие" может включать ситуации, в которых власти государства проявляют терпимость или даже оказывают помощь или содействие в отношении действий их граждан с целью заставить группы или отдельные категории лиц покинуть территорию этого государства или когда власти создают обстановку страха, приводящую к паническому бегству, не обеспечивают защиту этих лиц или препятствуют их последующему возвращению».
International Law Association, Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion, 62nd Conference of the International Law Association, Seoul, 24–30 August 1986, *Conference Report 1986*, p. 13.

⁷⁸ *Yearbook... 2001*, vol. II (Part Two), статьи в приложении к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 12 декабря 2001 года с исправлениями, внесенными документом A/56/49 (Vol. I)/Corr.4.

⁷⁹ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States* (Oxford, Clarendon Press, 1978), p. 209.

в прошлом⁸⁰, противоправны с точки зрения современного международного права. Помимо того, что такого рода высылки, по-видимому, имеют дефект, связанный с их основаниями⁸¹, нужно констатировать, что они несовместимы с основополагающим принципом, закрепленным в Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятой Генеральной Ассамблеей в 1985 году, согласно которой "ни один иностранец не должен быть произвольно лишен своих законно приобретенных активов"⁸².

2) Кроме того, высылка с единственной целью конфискации имущества данного иностранца вступает в противоречие с правом владеть имуществом, закрепленным в ряде договоров о защите прав человека⁸³. Следует отметить, что запрет, предусмотренный в проекте статьи 11, не может распространяться на ситуации, когда конфискация имущества назначается в качестве предусмотренной законом меры наказания за совершение иностранцем какого-либо противоправного деяния, наказуемого конфискацией имущества.

Статья 12

Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции

Государство не прибегает к высылке иностранца, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции.

Комментарий

1) В проекте статьи 12 в общем виде вводится запрет прибегать к высылке для того, чтобы обойти задействованную процедуру экстрадиции. В этой связи можно было вести речь о "замаскированной экстрадиции"⁸⁴. Как прямо указано

⁸⁰ См., в частности, примеры, приведенные в изданиях: Franck Paul Weber, *"Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne"*, *Cultures et Conflits*, № 23 (1996), pp. 107–153; Anne Bazin, *"Les décrets Beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne"*, *Questions d'Europe*, № 59, 22 September 2002; and Louis B. Sohn and Richard R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, p. 566.

⁸¹ См. Goodwin-Gill, G., *op. cit.*, сноска 79 выше, pp. 216–217 and 307–308.

⁸² Резолюция 40/144, Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, 13 декабря 1985 года, приложение, статья 9.

⁸³ См. также проект статьи 20 ниже о защите имущества подлежащего высылке иностранца.

⁸⁴ См. European Court of Human Rights, *Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986, Application № 9990/82, paras. 52–60, в особенности вывод Суда в пункте 60 его постановления: "Таким образом, Суд приходит к выводу, придерживаясь целостного подхода и основываясь на балансе подтверждающих доказательств, что лишение свободы, которому заявитель был подвергнут в ночь с 26 на 27 октября 1975 года, не было ни "обычным" по смыслу пункта 1 f) статьи 5, ни совместимым с "правом на безопасность". В действительности речь шла о мере замаскированной высылки, призванной обойти отрицательное мнение, которое обвинительная палата апелляционного суда Лиможа выразила 15 мая 1979 года, а не о "задержании", необходимом в рамках обычной "процедуры высылки". В этой связи вывод председателя Парижского суда большой инстанции, даже не имеющий силы судебного решения, и административного суда Лиможа, даже если тому надлежало принять решение лишь в отношении законности решения от 17 сентября 1979 года, имеют для Суда решающее значение: они демонстрируют бдительность, проявленную

в проекте статьи 12, данный запрет применяется только в течение процедуры выдачи, а именно начиная с момента, когда государство, на территории которого находится иностранец, получает от другого государства просьбу о выдаче этого иностранца, и вплоть до момента, когда компетентными органами первого государства выносятся и исполняется окончательное решение по просьбе о выдаче. Этот запрет не распространяется на ситуации, когда просьба о выдаче не направлялась, а также на ситуации, когда просьба о выдаче была отклонена или урегулирована иным образом. Мысль о том, что процедура экстрадиции должна быть "задействованной", логически вытекает из того, что, пока эта процедура не будет начата, нельзя предвосхищать ее и упрекать государство в попытке обойти процедуру экстрадиции, которой еще не существует. Аналогичный подход предусмотрен и к уже завершенной процедуре экстрадиции.

2) Кроме того, запрет, предусмотренный в проекте статьи 12, распространяется только на ситуации, когда единственная цель высылки состоит в том, чтобы обойти процедуру экстрадиции. Термин "обойти" предполагает наличие у высылающего государства намерения воспользоваться процедурой высылки с единственной целью – уклониться от выполнения обязательств по процедуре экстрадиции. Если единственная цель не состоит в том, чтобы действовать в обход процедуры экстрадиции, то высылающее государство сохраняет за собой право выслать иностранца при соблюдении соответствующих условий.

Часть третья

Защита прав подлежащих высылке иностранцев

Глава I

Общие положения

Статья 13

Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека подлежащих высылке иностранцев

1. Все подлежащие высылке иностранцы на всех стадиях процесса высылки имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности.
2. Они имеют право на уважение их прав человека, включая права, изложенные в настоящих проектах статей.

Комментарий

1) Пункт 1 проекта статьи 13 устанавливает обязательство высылающего государства обращаться с любыми высылаемыми иностранцами на всех стадиях процесса высылки гуманно и с уважением достоинства, присущего человеческой личности. Формулировка этого пункта с точностью воспроизводит формулировку статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая касается положения лиц, лишенных свободы. Добавление *in fine* формулировки "на всех стадиях процесса высылки" призвано обозначить общий характер данного обязательства, охватывающего все стадии процесса, который может привести к принятию решения о высылке и к его исполнению,

французскими судьями. Таким образом, имело место нарушение пункта 1 статьи 5 Конвенции".

включая в соответствующих случаях применение к иностранцу мер ограничения или лишения свободы.

2) Общий принцип уважения достоинства любого высылаемого иностранца имеет особое значение ввиду того, что нередко такие иностранцы в процессе высылки подвергаются грубому обращению, которое, даже не являясь непременно жестоким, бесчеловечным или унижительным, представляет собой посягательство на человеческое достоинство. Выражение "достоинство, присущее человеческой личности", взятое из статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах, призвано указать, что достоинство, о котором здесь идет речь, должно пониматься как неотъемлемое свойство каждого человека.

3) Пункт 2 проекта статьи 13 представляет собой простое напоминание о праве каждого иностранца, подлежащего высылке, на уважение своих прав человека. Слово "включая", которое предшествует упоминанию о правах человека, изложенных в данных проектах статей, призвано показать, что особое упоминание ряда прав в проектах статей обосновано исключительно тем, что они имеют самое непосредственное отношение к контексту высылки; такое упоминание не следует понимать как в той или иной степени подразумевающее, что уважение этих прав является более важным, чем уважение других прав человека, не упомянутых в проектах статей. Разумеется, высылающее государство обязано соблюдать по отношению к подлежащему высылке иностранцу все обязательства в области защиты прав человека, которые возложены на него как по международным договорам, участником которых оно является, так и по общему международному праву. Наряду с этим уточнением в данном контексте следует особо отметить Декларацию о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятую Генеральной Ассамблеей 13 декабря 1985 года⁸⁵.

Статья 14 **Запрет дискриминации**

Высылающее государство уважает права иностранца, подлежащего высылке, без какой бы то ни было дискриминации, в частности на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом.

Комментарий

1) Проект статьи 14 касается обязательства обеспечивать в контексте высылки иностранцев соблюдение прав без какой бы то ни было дискриминации. Обязательство по недискриминации предусмотрено в разных формулировках в основных международных договорах о защите прав человека как на универсальном, так и на региональном уровнях⁸⁶. Это обязательство также закреплено

⁸⁵ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи, "Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают", 13 декабря 1985 года, приложение.

⁸⁶ См., например, статью 7 Всеобщей декларации прав человека, статью 2 Международного пакта о гражданских и политических правах, статью 2 Конвенции о правах ребенка, статью 14 Европейской конвенции о правах человека, а также

в судебной практике по делам, связанным с высылкой. Оно, в частности, было подтверждено в общем виде Комиссией по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов в деле *Ранкин*:

"Истец, оспаривающий высылку, несет бремя доказывания противоправности действия высылающего государства, иными словами доказывания того, что оно было произвольным, дискриминационным или нарушающим договорные обязательства высылающего государства"⁸⁷.

Кроме того, можно отметить так называемое дело *Маврикийских женщин*, в котором Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций констатировал факт нарушения Международного пакта о гражданских и политических правах, мотивируя это тем, что в соответствующем законодательстве содержалось положение о дискриминации по признаку пола, которое запрещало высылку жен-маврикийек, но не высылку мужей с тем же гражданством⁸⁸.

Европейский суд по правам человека развил позицию Комитета по правам человека в вышеупомянутом деле *Маврикийских женщин* в своем постановлении, вынесенном 28 мая 1985 года по делу *Абдулазиз, Кабалес и Балканди*⁸⁹. Так, Суд единодушно отметил, что каждая из истец подверглась дискриминации по признаку пола, что противоречит статье 14 Европейской конвенции о правах человека: в отличие от мужчин-иммигрантов, обосновавшихся в Соединенном Королевстве, истицы не имели права, будучи в том же положении, получить для своих супругов-неграждан разрешение на въезд в страну пребывания или на то, чтобы остаться в ней. Отметив, что "продвижение к равенству между полами является сегодня важной задачей государств – членов Совета Европы", Суд постановил, что "только очень веские причины могли бы заставить сделать вывод о том, что различия по признаку пола совместимы с Конвенцией"⁹⁰. При этом Суд подчеркнул, что статья 14 направлена на то, чтобы "не допустить дискриминации в пользовании правами и свободами, гарантированными Конвенцией, там, где существуют различные способы следовать обязательствам, вытекающим из нее"⁹¹. С другой стороны, по мнению Суда, тот факт, что в данном случае применяемые нормы затрагивали "меньше белых, чем других людей", не дает достаточных оснований приписывать им расистский характер, поскольку они не содержали какого-либо "положения, которое проводило бы различие между отдельными лицами или группами лиц на основе их расовой или этнической принадлежности"⁹².

дополнительный Протокол № 12 к этой конвенции или статью 28 Африканской хартии прав человека и народов.

⁸⁷ *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Award of 3 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 142, para. 22.

⁸⁸ Сообщение № R 9/35, *Ширин Аумерудди Чиффра и еще 19 маврикийских женщин против Маврикия*, Соображения от 9 апреля 1981 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (A/36/40)*, стр. 175, пункт 9.2.

⁸⁹ European Court of Human Rights, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, Judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94; постановление, на которое ссылался в своих рассуждениях Марк Боссайт в комментарии к статье 14 в издании L.-E. Pettiti, E. Decaux and P.-H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (Paris, Economica, 1999), pp. 482–483.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 78.

⁹¹ *Ibid.*, para. 82.

⁹² *Ibid.*, para. 85.

2) В статье 14 предусмотрено обязательство высылающего государства уважать права человека иностранца, подлежащего высылке, без какой бы то ни было дискриминации. Поскольку это обязательство касается осуществления права на высылку, оно охватывает как решение о высылке или невысылке, так и процедуры, связанные с принятием решения о высылке и его возможным исполнением.

3) Перечень запрещенных оснований для дискриминации, содержащийся в проекте статьи 14, основан на перечне в пункте 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах, который лишь дополнен основанием "этнического происхождения", а также ссылкой на "любое другое основание, не допускаемое международным правом". Непосредственное упоминание "этнического происхождения" в этом проекте статьи обосновано как бесспорным характером запрещения в современном международном праве дискриминации по этому признаку, так и тем, что вопросы этнического происхождения имеют непосредственное отношение к контексту высылки иностранцев. Формулировка "любое другое основание, не допускаемое международным правом" явственно указывает на неисчерпывающий характер перечня запрещенных оснований дискриминации, включенного в проект статьи 14.

4) Что касается запрета любых проявлений дискриминации по признаку сексуальной ориентации, то расхождения сохраняются и в некоторых регионах практика различается. В любом случае какая-либо практика и прецедентное право на международном уровне по данному вопросу отсутствуют. Следует отметить, что, согласно толкованию Комитетом по правам человека понятия "пол" в пункте 1 статьи 2 и в статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, это понятие включает сексуальную ориентацию⁹³.

5) Упоминание в данном проекте статьи "любого другого основания, не допускаемого международным правом" позволяет охватить любую нормативную эволюцию в сфере запрещенных оснований для дискриминации, которая могла произойти после принятия Пакта. С другой стороны, благодаря этой формулировке также допускаются возможные изъятия из обязательства по недискриминации, которые основаны на гражданстве. В частности, она позволяет сохранить возможность установления государствами между собой особых юридических режимов, основанных на принципе свободного передвижения их граждан, как в Европейском союзе⁹⁴.

⁹³ Сообщение № 488/1992, *Николас Тоонен против Австралии*, Соображения от 31 марта 1994 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (A/49/40)*, том II, стр. 252, пункт 8.7. В связи с практикой Европейского суда по правам человека см., в частности, дело *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, Judgment of 21 December 1999, Application № 33290/96, para. 28, а также дело *E.B. v. France*, Judgment of 22 February 2008, Application № 43546/02, para. 50.

⁹⁴ Европейский суд по правам человека рассмотрел данный вопрос в рамках дела о высланном из Бельгии гражданине Марокко. Суд заявил: "[ч]то касается преференциального режима для граждан других государств – членов Сообществ, то для такого режима имеются объективные и разумные основания, так как вместе с такими другими государствами Бельгия сформировала особый правовой порядок" (*Moustaquim v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 February 1991, Application No. 12313/86, para. 49).

Статья 15

Уязвимые лица

1. Дети, пожилые люди, инвалиды, беременные женщины и другие уязвимые лица рассматриваются как таковые и подлежат обращению и защите с должным учетом их уязвимого положения.
2. В частности, во всех действиях в отношении подвергаемых высылке детей первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка.

Комментарий

- 1) В проекте статьи 15 предусмотрены особые требования, касающиеся высылки уязвимых лиц, таких как дети, пожилые люди, инвалиды или беременные женщины.
- 2) Пункт 1 проекта статьи 15 имеет общий характер. В нем установлено обязательство высылающего государства обеспечивать уязвимым лицам, подлежащим высылке, обращение и защиту, которые необходимы в силу их уязвимости и особых потребностей. Введение требования о том, чтобы лица этой категории "рассматривались как таковые", подчеркивает важность предварительного признания высылающим государством их уязвимости, поскольку именно это признание послужит основанием для особого обращения с этими лицами и предоставления им особой защиты.
- 3) Вряд ли можно перечислить в проекте статьи все категории уязвимых лиц, которые могли бы заслуживать особой защиты в рамках процедуры высылки. Наряду с непосредственно упомянутыми категориями лиц можно было бы упомянуть и других лиц, таких как лица, страдающие неизлечимой болезнью или болезнью, требующей особого ухода, который предположительно не может быть обеспечен или может быть существенно затруднен в вероятном государстве или государствах назначения. Включенная в него формулировка "и другие уязвимые лица" ясно указывает, что перечень, приведенный в пункте 1, не является исчерпывающим.
- 4) Пункт 2 проекта статьи 15 связан с конкретным случаем детей, и его формулировка воспроизводит формулировку пункта 1 статьи 3 Конвенции о правах ребенка⁹⁵. Не исключая учет других актуальных факторов, пункт 2 вводит требование наилучшего обеспечения интересов ребенка как высшее соображение при принятии любых решений, которые касаются детей, подвергаемых высылке⁹⁶.

⁹⁵ Конвенция о правах ребенка, Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, № 27531, р. 3. Ее статья 3 гласит: "Во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка".

⁹⁶ См., в частности, European Court of Human Rights, *Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Judgement of 12 October 2006, application № 13178/03, para. 55.

Глава II

Защита, требуемая в высылающем государстве

Статья 16

Обязательство защищать право на жизнь иностранца, подлежащего высылке

Высылающее государство защищает право на жизнь иностранца, подлежащего высылке.

Комментарий

Проект статьи 16 напоминает об обязательстве высылающего государства защищать право на жизнь подлежащих высылке иностранцев. Это право, которое в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах "есть неотъемлемое право человека", провозглашается, пусть и в разных формулировках, в основных международно-правовых актах о защите прав человека как универсального⁹⁷, так и регионального⁹⁸ характера.

Статья 17

Запрет пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

Высылающее государство не подвергает подлежащего высылке иностранца пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания.

Комментарий

1) Проект статьи 17 напоминает об общем запрете пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания применительно к сфере высылки. Речь идет об обязательстве, зафиксированном в различных договорных актах о защите прав человека как универсального, так и регионального характера⁹⁹. Обязательство не подвергать иностранцев пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения изложено в уже упоминавшейся резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи¹⁰⁰. В своем решении от 20 ноября 2010 года по делу *Амаду Садио Диалло* Международный Суд напомнил в связи с делом о высылке, что запрет бесчеловечного

⁹⁷ См., в частности, статью 3 Всеобщей декларации прав человека 1948 года и статью 6 Международного пакта о гражданских и политических правах.

⁹⁸ См. статью 2 Европейской конвенции о правах человека, статью 2 Хартии Европейского союза об основных правах, статью 3 Американской конвенции о правах человека, статью 4 Африканской хартии прав человека и народов и статью 5 Арабской хартии прав человека.

⁹⁹ См., в частности, статью 5 Всеобщей декларации прав человека, статью 7 Международного пакта о гражданских и политических правах, пункт 4 преамбулы Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статью 5 Африканской хартии прав человека и народов, пункт 2 статьи 5 Американской конвенции о правах человека и статью 3 Европейской конвенции о правах человека.

¹⁰⁰ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года, приложение, пункт 6.

и унижающего достоинство обращения является частью общего международного права¹⁰¹.

2) Проект статьи 17 касается только обязанности высылającego государства в отношении того, чтобы оно само не подвергало иностранца пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. При этом обязательство не высылать иностранца в государство, где он рискует подвергнуться такому обращению или наказанию, предусмотрено в проекте статьи 24 ниже.

3) В проекте статьи 17 не рассматривается вопрос о том, в какой мере запрет пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания затрагивает также случай, когда такое обращение применяется не органами государства де-юре или де-факто, а лицами или группами лиц, действующими в частном порядке. Этот вопрос оставлен на усмотрение международных контрольных органов или в соответствующих случаях – на усмотрение судов, которым потребуются изложить свою позицию относительно точного объема обязательств, вытекающих из того или иного договора о защите прав человека¹⁰².

Статья 18

Обязательство уважать право на семейную жизнь

Высылающее государство уважает право на семейную жизнь подлежащего высылке иностранца. Оно не вправе произвольно или незаконно вмешиваться в осуществление такого права.

Комментарий

1) Проект статьи 18 посвящен обязательству высылającego государства уважать право подлежащего высылке иностранца на семейную жизнь. Это право приобретает особую актуальность в контексте высылки иностранцев. Действительно, в силу самого факта принуждения иностранца покинуть территорию государства высылка может нарушить единство семьи этого иностранца, если по тем или иным причинам члены его семьи не могут следовать за ним в государство назначения. Поэтому неудивителен тот факт, что в законодательстве и судебной практике различных государств признается необходимость принятия во внимание семейных обстоятельств как фактора возможного ограничения высылки иностранцев¹⁰³.

¹⁰¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 671, para. 87; см. также пункт 1) комментария к статье 24 ниже.

¹⁰² См. в этой связи элементы, упомянутые в пункте 4) комментария к проекту статьи 24 ниже.

¹⁰³ См., например, Чешская Республика, Act No. 326 of 30 November 1999 on Residence of Aliens in the Territory of the Czech Republic and Amendment to Some Acts (as amended through Act No. 140 Sb. of 3 April 2001 and Act. No. 427 of 21 December 2010), art. 9(3); Испания, Organic Law 4/2000 (11 January 2000) concerning the rights and liberties of foreigners in Spain and their social integration, modified by the Organic Law 2/2009 (11 December 2009), arts. 57.5. b) and 64.2 a); Швеция, Aliens Act (SFS 2005:716), arts. 8:15, 8:13 and 8a:2; и Швейцария, Federal Act on Foreign Nationals (No. 142.20) of 16 December 2005, Art. 3 (2), and Chapter 7: Family Reunification (Art 42-52); см. также: *Re Ratzlaff*, Belgian State, Cour de Cassation, 21 September 1959, *International Law Reports*, volume 47, 1974, E. Lauterpacht (ed.), pp. 263–264; *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Conseil d'État, 13 July 1953, *International Law Reports*, 1953,

2) Право на семейную жизнь закреплено в как универсальных международных договорах, так и в региональных конвенциях о защите прав человека. Если рассматривать универсальный уровень, то статья 17 Международного пакта о гражданских и политических правах гласит:

"1. Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и *семейную* жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию.

2. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств" (курсив наш).

Аналогичным образом, в соответствии с положениями подпункта b) пункта 1 статьи 5 "Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают", иностранцы пользуются правом на "защиту от произвольного или незаконного вмешательства в личную и семейную жизнь и в отношении жилища или переписки"¹⁰⁴.

3) На региональном уровне в пункте 1 статьи 8 Европейской конвенции о правах человека предусматривается, что "каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни...". Статья 7 Хартии Европейского союза полностью повторяет это положение. Согласно пункту c) раздела III Протокола к Европейской конвенции об обосновании на жительство¹⁰⁵ договаривающиеся государства, принимая решение о высылке, должны, в частности, надлежащим образом учитывать семейные узы и продолжительность проживания соответствующих лиц на их территории. И хотя Африканская хартия прав человека и на-

H. Lauterpacht (ed.), pp. 335–336; *K.A. v. State of the Netherlands*, District Court of the Hague, 12 July 1979, *International Law Reports*, volume 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), pp. 444–448; *Deportation to U. Case*, *ibid.*, pp. 613–617; *In Re Paul B*, Federal Republic of Germany, Federal Constitutional Court (Supreme Senate), 1 March 1966, *International Law Reports*, volume 45, E. Lauterpacht (ed.), pp. 371–376; *Expulsion Order Case*, *ibid.*, pp. 436–443; *Expulsion of Alien Case*, Federal Republic of Germany, Administrative Court of Appeals of Bavaria, 12 January 1966, *International Law Reports*, volume 57, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (eds.), pp. 313–315; *Residence Prohibition Order Case (1)*, *ibid.*, pp. 431–433; *Expulsion of Alien (Germany) Case*, German Federal Republic, Federal Administrative Supreme Court, 25 October 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), pp. 393–395; *Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, Federal Republic of Germany, Administrative Court of Appeal of the Land of North Rhine-Westphalia, 16 May 1961, *International Law Reports*, volume 32, E. Lauterpacht (ed.), pp. 255–257; *In re Barahona*, Supreme Court of Costa Rica, 10 August 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938–1940, H. Lauterpacht (ed.), Case No. 138, pp. 386–388; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, Ontario High Court of Justice, 22 March 1960, Supreme Court, 28 November 1960, *International Law Reports*, volume 32, E. Lauterpacht (ed.), pp. 252–255; *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, *ibid.*; *Fernandes v. Secretary of State for the Home Department*, Court of Appeal of England, 20 November 1980, *International Law Reports*, volume 78, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (eds.), pp. 371–378; *Harisiades v. Shaughnessy*, *ibid.*, pp. 345–350 (заявитель был выслан, хотя его жена и дети являлись гражданами страны). См. также меморандум секретариата по вопросу о высылке иностранцев (A/CN.4/565), пункты 466–467.

¹⁰⁴ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года, приложение.

¹⁰⁵ European Convention on Establishment (with Protocol), Paris, 13 December 1955, United Nations, *Treaty Series*, vol. 529, № 7660, p. 141.

родов, в которой, кстати, придается большое значение защите семьи (см. статью 18), не предусматривает такого права, в Американской конвенции о правах человека оно закреплено в пункте 2 статьи 11 в той же формулировке, что и в указанной выше статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах, а Арабская хартия прав человека также закрепляет его в своей статье 21.

4) Обязательство по уважению права иностранца, подлежащего высылке, на семейную жизнь, закрепленного в первом предложении проекта статьи 18, не дает, однако, такому иностранцу абсолютной защиты от высылки. Так, во втором предложении проекта статьи 18 говорится, что высылающее государство не может произвольно или незаконно вмешиваться в осуществление этого права. Такое ограничение непосредственно предусмотрено в пункте 1 статьи 17 Международного пакта о гражданских и политических правах и в пункте 1 статьи 21 Арабской хартии прав человека, а также явствует из пункта 2 статьи 8 Европейской конвенции о правах человека¹⁰⁶.

5) Положения проекта статьи 18 не наносят ущерба режиму защиты семейной жизни, установленному практикой Европейского суда по правам человека. Согласно этой практике высылающее государство может вмешиваться в осуществление права на семейную жизнь только в предусмотренных законом случаях и с соблюдением "справедливого баланса" между интересами государства и интересами соответствующего иностранца. Это понятие "справедливого баланса" заимствовано из практики Европейского суда в связи со статьей 8 Европейской конвенции о правах человека, а точнее – с условием, в соответствии с которым "вмешательство" в семейную жизнь должно быть *необходимым в демократическом обществе* по смыслу пункта 2 этого положения. В деле *Мустахим против Бельгии* Суд постановил, что высылка г-на Мустахима не отвечала этому условию¹⁰⁷. В свете обстоятельств дела, в частности длительного срока проживания г-на Мустахима в Бельгии, связей его близких с этой страной, а также относительно большого промежутка времени, истекшего между последним нарушением, совершенным г-ном Мустахимом, и постановлением о высылке, Суд пришел к выводу, что эта мера не была "необходимой в демократическом обществе", поскольку "не было обеспечено справедливое равновесие между соответствующими интересами, и поэтому имеется несоответствие между использованным средством и поставленной законной целью"¹⁰⁸. Соответствие меры высылки статье 8 Европейской конвенции о правах человека было рассмотрено Судом и в ряде других случаев, в частности в делах *Насри против Франции*¹⁰⁹, *Крус Варас и другие против Швеции*¹¹⁰ и *Бултиф против Швейцарии*¹¹¹. В этом последнем деле Суд принял перечень критериев, которые должны применяться

¹⁰⁶ Это требование также в общем плане выражено в проекте статьи 4 выше.

¹⁰⁷ *Moustaquim v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), European Court of Human Rights, 18 February 1991, Application № 12313/86, paras. 41–46.

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 46.

¹⁰⁹ Дело *Nasri v. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 13 July 1995, Application № 19465/92, особенно пункт 46.

¹¹⁰ Дело *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Judgment (Merits), 20 March 1991, Application № 15576/89, особенно пункт 88.

¹¹¹ Дело *Boultif v. Switzerland*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 2 August 2001, Application № 54273/00.

при определении того, является ли вмешательство в семейную жизнь в результате высылки "необходимым в демократическом обществе"¹¹².

6) Критерий "справедливого баланса", по-видимому, также совместим с подходом, принятым Комитетом по правам человека Организации Объединенных Наций при рассмотрении соответствия данной меры высылки статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах¹¹³.

Статья 19

Заключение под стражу иностранца для цели высылки

1. а) Заключение под стражу подлежащего высылке иностранца не может быть произвольным или носить характер наказания.

¹¹² В деле *Boultif v. Switzerland* Суд в более общих формулировках установил перечень критериев, которые должны применяться, с тем чтобы определить, "необходимо ли в демократическом обществе" вмешательство в семейную жизнь, являющееся результатом высылки. Эти критерии включают характер и серьезность правонарушения, совершенного заявителем, продолжительность пребывания заявителя на территории государства, время, в которое было совершено правонарушение, а также целый ряд различных факторов, связанных с семейными узами заявителя, в том числе с детьми:

"В Суде имеется лишь ограниченное число решенных дел, в которых главным препятствием для высылки было то, что она повлечет за собой трудности в отношении совместного пребывания супругов и, в частности, трудности – для одного из них и/или для детей – проживания в стране происхождения другого. Поэтому Суду необходимо установить руководящие принципы, чтобы определить, является ли рассматриваемая мера необходимой в демократическом обществе. При оценке релевантных критериев в таком деле Суд должен учитывать характер и серьезность правонарушения, совершенного заявителем; продолжительность пребывания заявителя в стране, из которой его собираются выслать; время, истекшее после совершения правонарушения, и поведение заявителя в течение этого периода; гражданство различных заинтересованных лиц; семейное положение заявителя: такое, как продолжительность состояния в браке; другие факторы, позволяющие выяснить, вела ли эта супружеская пара реальную и настоящую семейную жизнь; знал ли супруг о правонарушении в то время, когда он или она вступили в семейные отношения; имеются ли от этого брака дети, и если да – их возраст. Не в последнюю очередь Суд должен учесть и серьезность трудностей, с которыми, возможно, столкнется супруга в стране происхождения заявителя, хотя один лишь факт, что какое-либо лицо может столкнуться с определенными трудностями при сопровождении своего супруга/супруги, не может сам по себе препятствовать высылке" (Европейский суд по правам человека, дело *Boultif v. Switzerland*, *op. cit.* para. 48).

¹¹³ Так, Комитет отметил: "Разлучение лица с его семьей посредством высылки может рассматриваться как произвольное вмешательство в дела семьи и нарушение статьи 17, если по обстоятельствам дела разлучение автора с его семьей и последствия такого решения были непропорциональны целям выдворения"; Соображения, принятые 3 апреля 1997 года, сообщение № 558/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 5 (1998), p. 76, para. 11.4. По одному из предыдущих дел Комитет заявил, что "вмешательство в семейные отношения г-на Стюарта, которое будет неизбежным следствием его высылки, не может рассматриваться как незаконное или противоправное, поскольку приказ о высылке был вынесен в соответствии с законом в целях обеспечения законных государственных интересов, и семейные дела высылаемого лица во время разбирательства по вопросу депортации были надлежащим образом приняты во внимание"; Соображения, принятые 1 ноября 1996 года (сообщение № 538/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 4 (1997), p. 429, para. 12.10).

б) Иностранец, заключенный под стражу для целей высылки, при отсутствии исключительных обстоятельств, содержится отдельно от лиц, приговоренных к мерам наказания, связанным с лишением свободы.

2. а) Продолжительность содержания под стражей ограничивается временем, разумно необходимым для осуществления высылки. Любое содержание под стражей в течение чрезмерно продолжительного срока запрещается.

б) Срок содержания под стражей может продлеваться только по решению суда или, при наличии судебного надзора, другого компетентного органа.

3. а) Содержание под стражей подлежащего высылке иностранца рассматривается через регулярные промежутки времени исходя из конкретных критериев, установленных законом.

б) С соблюдением пункта 2 содержание под стражей для целей высылки прекращается при невозможности осуществить высылку, если только причины этого не вызваны самим таким иностранцем.

Комментарий

1) В проекте статьи 19 предусмотрены обязательства вышеляющего государства в отношении заключения иностранцев под стражу для цели высылки. Эти обязательства охватывают только те ситуации, когда распоряжение о лишении свободы вынесено в рамках процедуры высылки и когда единственной целью такой меры является высылка соответствующего иностранца. Правила, которые изложены в проекте статьи 19, не охватывают заключение иностранца под стражу по иной причине, кроме высылки, в том числе в связи с совершением преступления, которое одновременно является мотивом для задержания и причиной для высылки.

2) В пункте 1 проекта статьи 19 закрепляется произвольный и некарательный характер содержания под стражей, которому подвергается вышеляемый иностранец¹¹⁴. Подпункт а) предусматривает общий принцип, согласно которому задержание не должно носить противоправный или репрессивный характер, в то время как подпункт б) закрепляет одно из следствий указанного принципа. В подпункте б) устанавливается требование о том, что при отсутствии исключительных обстоятельств иностранец, содержащийся под стражей с целью высылки, должен содержаться отдельно от лиц, осужденных к лишению свободы. Такая гарантия признается за подозреваемыми и обвиняемыми как неосужденными лицами в подпункте а) пункта 2 статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах. С учетом нерепрессивного характера задержания для целей высылки гарантия, закрепленная в пункте 2 статьи 10 Пакта, тем более должна предоставляться иностранцам, подвергаемым содержанию под стражей, что вытекает из позиции, выраженной Комитетом по правам человека в своем замечании по статье 13 Пакта, касающемся высылки. В нем Комитет отметил, что если процедура высылки сопряжена с арестом, то и гарантии, пре-

¹¹⁴ В этой связи см.: Комиссия по правам человека, Трудящиеся-мигранты, доклад, представленный Специальным докладчиком г-жой Габриэлой Родригес Писарро в соответствии с резолюцией 2002/62 Комиссии по правам человека (E/CN.4/2003/85), 30 декабря 2002 года, пункт 43: "Административное задержание ни в коем случае не должно носить репрессивный характер".

дусмотренные в Пакте применительно к лишению свободы (статьи 9¹¹⁵ и 10¹¹⁶), также могут быть применимы¹¹⁷. Аналогичное требование предусмотрено в Принципе № 8 "Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме", содержащегося в приложении к резолюции 43/173 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1988 года. Этот принцип, который также охватывает задержание для целей высылки, гласит: "К задержанным лицам применяется режим, соответствующий их статусу неосужденных лиц. В этой связи они всегда, когда это возможно, помещаются отдельно от лиц, находящихся в заключении". Международный Суд также признал, что сфера применения положений пунктов 1 и 2 статьи 9 Пакта не ограничивается уголовными процедурами и что эти положения "применяются также, в принципе, к мерам лишения свободы, принимаемым в рамках какой-либо административной процедуры, таким, которые могут быть необходимы для осуществления меры по принудительному удалению иностранца с национальной территории"¹¹⁸.

3) Упоминание "исключительных обстоятельств", которые могли бы обосновывать несоблюдение нормы, предусмотренной в подпункте b) пункта 1, заимствовано из подпункта а) пункта 2 статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах.

¹¹⁵ Статья 9 Пакта гласит: "1. Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом. 2. Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и в срочном порядке сообщается любое предъявляемое ему обвинение. 3. Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора. 4. Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно. 5. Каждый, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей, имеет право на компенсацию, обладающую исковой силой".

¹¹⁶ Статья 10 Пакта предусматривает: "1. Все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности. 2. а) Обвиняемые, в случаях, когда отсутствуют исключительные обстоятельства, помещаются отдельно от осужденных и им предоставляется отдельный режим, отвечающий их статусу неосужденных лиц; б) обвиняемые несовершеннолетние отделяются от совершеннолетних и в кратчайший срок доставляются в суд для вынесения решения. 3. Пенитенциарной системой предусматривается режим для заключенных, существенной целью которого является их исправление и социальное перевоспитание. Несовершеннолетние правонарушители отделяются от совершеннолетних, и им предоставляется режим, отвечающий их возрасту и правовому статусу".

¹¹⁷ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 15: "Положение иностранцев в соответствии с Пактом", 11 апреля 1986 года, пункт 9.

¹¹⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 668, para. 77.*

4) Норма, предусмотренная в подпункте b) пункта 1, не требует обязательного создания высылающим государством учреждений, специально предназначенных для содержания иностранцев в целях их высылки: такие иностранцы могли бы содержаться в учреждении, где содержатся также лица, осужденные к лишению свободы, но при условии, что иностранцы будут помещаться в отдельный корпус этого учреждения.

5) Следует уточнить, что указанная выше гарантия применяется исключительно в случае заключения под стражу как обеспечительная мера для осуществления решения о высылке; поэтому она не затрагивает случаи, когда иностранец, подлежащий высылке, осужден уголовным судом, включая случаи, когда высылка предписана как мера, альтернативная заключению под стражу, или как мера, следующая за таким заключением.

6) Пункт 2 проекта статьи 19, состоящий из двух подпунктов, посвящен ключевому вопросу о продолжительности задержания, который на практике приводит к проблемам деликатного характера. Подпункт a) имеет общий охват и устанавливает принцип, в соответствии с которым задержание иностранца в целях его высылки ограничивается по срокам. С одной стороны, оно должно ограничиваться разумно необходимым временем для исполнения решения о высылке, а с другой – не должно быть чрезмерно продолжительным¹¹⁹. Эти требования находят подтверждение в международной судебной практике, а также в законодательстве различных государств и во многих решениях национальных судов¹²⁰. Выражение "разумно необходимым", которое употреблено во втором

¹¹⁹ Запрещение чрезмерно продолжительного заключения было подтверждено Европейским судом по правам человека в связи со статьей 5 Европейской конвенции о правах человека; см., в частности, дело *Chahal v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application № 22414/93, para. 113: "Однако Суд напоминает, что любое лишение свободы согласно пункту 1 f) статьи 5 оправдано, только пока рассматривается вопрос о высылке. Если эта процедура не осуществляется с должной тщательностью, задержание перестает быть допустимым по смыслу пункта 1 f) статьи 5. Поэтому надлежит определить, не продолжалось ли разбирательство по вопросу о высылке чрезмерно долго".

См. также: Комиссия по правам человека, Трудящиеся-мигранты, доклад, представленный Специальным докладчиком г-жой Габриэлой Родригес Писарро в соответствии с резолюцией 2002/62 Комиссии по правам человека (E/CN.4/2003/85), 30 декабря 2002 года, пункт 35 ("Административное лишение свободы должно продолжаться не дольше, чем необходимо для того, чтобы приобрела действительный характер депортация или высылка. Лишение свободы не должно быть бессрочным") и пункт 75 g) ([рекомендация] "Обеспечить, чтобы закон устанавливал лимит на содержание под стражей в ожидании депортации и чтобы задержание ни при каких обстоятельствах не было бессрочным").

¹²⁰ См., например: Бразилия, Федеральный Верховный суд Бразилии, 29 October 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933–1934, H. Lauterpacht (ed.), Case № 139, pp. 333–334; *Kestutis Zadvydus, Petitioner, v. Christine G. Davis*, United States Supreme Court, 533 U.S. 678, 28 June 2001; *In re Flaumembaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 June 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, H. Lauterpacht (ed.), Case № 94, pp. 313–315; Конституционный суд Российской Федерации, *Постановление № 6, дело о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июля 1981 года "О правовом положении иностранных граждан в СССР" в связи с жалобой Яхья Даути Гафура*, 17 февраля 1998 года; *In re Cantor*, Federal Supreme Court (Argentina), 6 April 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938–1940, H. Lauterpacht (ed.), Case № 143, pp. 392–393; *In re Hely*, Venezuelan Federal Court of Cassation, April 16, 1941 (Per ILR, 1941–42, p. 313); *Re Janoczka*, Manitoba Court of Appeal (Canada), 4 August 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931–1932,

предложении подпункта а) пункта 2, призвано дать административным органам и, в соответствующих случаях, судебному органу стандарт для проведения оценки необходимости и продолжительности содержания иностранца под стражей для целей высылки.

7) Подпункт б) пункта 2 предусматривает, что продление срока содержания под стражей возможно только по решению суда или иного компетентного органа, действующего под судебным контролем. Требование в отношении судебного контроля над другими компетентными органами имеет целью не допускать возможных злоупотреблений со стороны административных властей, связанных с продолжительностью заключения иностранца под стражу для цели высылки. В основу подпункта б) пункта 2 заложена практика Европейского суда по правам человека¹²¹.

8) Пункт 3 проекта статьи 19 основан на рекомендации, изложенной Специальным докладчиком по вопросу о правах трудящихся-мигрантов¹²². В подпункте а) пункта 3 устанавливаются условия регулярного рассмотрения вопроса о содержании иностранца под стражей для целей высылки на основе четких критериев, определенных законом. В соответствии с положениями того же подпункта а) пункта 3 предметом такого регулярного рассмотрения является содержание под стражей как таковое, а не изначальное решение о заключении под стражу. Эта гарантия продиктована нерепрессивным характером содержания иностранца под стражей для целей высылки.

9) В подпункте б) пункта 3 изложен принцип, согласно которому содержание под стражей в связи с высылкой должно быть прекращено, если решение о высылке не может быть приведено в исполнение по причинам, не зависящим от данного иностранца. Применение этого принципа не наносит ущерба праву высылающего государства применять в отношении высылаемого иностранца свое уголовное законодательство за совершенные им правонарушения. Все содержание этого пункта следует понимать в свете пункта 2. Это означает, в частности в силу подпункта а) пункта 2, что даже в случае, когда невозможность исполнения решения о высылке объясняется поведением данного иностранца, последний не должен содержаться под стражей чрезмерно длительное время.

H. Lauterpacht (ed.), Case № 154, pp. 291–292; *United States Ex Re. Janivaris v. Nicolls*, United States, District Court, District of Massachusetts, 20 October 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, H. Lauterpacht (ed.), Case № 95, pp. 316–318.

¹²¹ См., в частности, решение *Shamsa v. Poland*, Judgment of 27 November 2003, Applications Nos. 45355/99 and 45357/99, para. 59. Суд сослался на "гарантию хабеас корпус", предусмотренную в пункте 4 статьи 5 Конвенции, чтобы "поддержать идею о том, что продление срока содержания под стражей сверх периода, первоначально предусмотренного в пункте 3, требует вмешательства "суда" в качестве гарантии от произвола".

¹²² Комиссия по правам человека, Трудящиеся-мигранты, доклад, представленный Специальным докладчиком г-жой Габриэлой Родригес Писарро в соответствии с резолюцией 2002/62 Комиссии по правам человека, E/CN.4/2003/85, 30 декабря 2002 года, пункт 75 g). Эта рекомендация гласит:

"g) [...] Решение о задержании следует автоматически подвергать периодическому пересмотру исходя из четких законодательных критериев. Содержание под стражей должно быть прекращено, когда распоряжение о депортации не может быть реализовано по причинам, не зависящим от мигранта".

Статья 20

Защита имущества подлежащего высылке иностранца

Высылающее государство принимает необходимые меры для защиты имущества подлежащего высылке иностранца и в соответствии с законом разрешает иностранцу свободно распоряжаться своим имуществом даже из-за границы.

Комментарий

1) Проект статьи 20, который касается защиты имущества иностранца, подлежащего высылке, вводит два обязательства, возлагаемые на высылающее государство. Первое из них связано с принятием мер, направленных на защиту имущества данного иностранца, а второе касается свободного распоряжения своим имуществом со стороны иностранца.

2) Формулировка проекта статьи 20 носит достаточно общий характер, чтобы охватывать всю совокупность гарантий, связанных с защитой имущества иностранца, подлежащего высылке, в силу правовых актов, которые применимы к данному случаю. Следует напомнить, что пункт 2 статьи 17 Всеобщей декларации прав человека предусматривает: "Никто не должен быть произвольно лишен своего имущества". Что касается непосредственно высылки, то статья 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей гласит:

"6. В случае высылки соответствующим лицам перед выездом или после выезда предоставляется разумная возможность урегулировать любые претензии, связанные с заработной платой или другими причитающимися им выплатами, и любые неисполненные обязательства.

...

9. Сама высылка из государства работы по найму не наносит ущерба каким-либо приобретенным в соответствии с законами этого государства правам трудящегося-мигранта или члена его или ее семьи, включая право на получение заработной платы и других причитающихся ему или ей выплат".

На региональном уровне статья 14 Африканской хартии прав человека и народов предусматривает:

"Гарантируется право на собственность, которое может быть отменено только в случае общественной необходимости или в интересах всего общества и согласно положениям соответствующих законов".

Американская конвенция о правах человека (Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика) в статье 21, касающейся права собственности, предусматривает следующее:

"1. Каждый имеет право пользования и владения своей собственностью. Закон может подчинять такое пользование и владение интересам общества.

2. Никто не может быть лишен своей собственности иначе, как с выплатой справедливой компенсации, в целях публичного использования или общественного интереса и в случаях и формах, установленных законом.

[...]".

В этом же ключе статья 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о правах человека¹²³ гласит:

"Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе, как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов".

Наконец, статья 31 Арабской хартии прав человека гласит:

"Каждому гарантируется право частной собственности; во всех случаях запрещается произвольная или незаконная конфискация всего личного имущества или его части".

3) Можно считать, что обязательство защищать имущество иностранца, подлежащего высылке, в обычных обстоятельствах означает, что последнему предоставляется разумная возможность защищать свои имущественные права и другие интересы, которые он может иметь в высылающем государстве. Отказ в предоставлении иностранцу такой возможности дает повод для предъявления международных претензий¹²⁴. Еще в 1892 году Институт международного права принял резолюцию, содержащую положение, согласно которому иностранцы, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческое предприятие в высылающем государстве, должны иметь возможность урегулировать

¹²³ Protocol № 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, Paris, 20 March 1952, United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, № 2889, art. 1, p. 262.

¹²⁴ В деле *Холландера* Соединенные Штаты Америки потребовали от Гватемалы компенсацию за поспешную высылку одного из своих граждан, указав, что г-н Холландер "...был буквально вышвырнут из страны, оставил там жену и детей, бизнес, имущество – одним словом, все, что было ему дорого и зависело от него, [и утверждали, что] правительство Гватемалы, каковы бы ни были ее законы и их положения, не имело права в мирное время и в период внутреннего спокойствия высылать Холландера без уведомления, не предоставив ему возможности сделать распоряжения для своей семьи и бизнеса, из-за... якобы совершенного им более трех лет назад правонарушения..." (John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 107). См. также D.J Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th ed. (London, Sweet & Maxwell, 2010), p. 470, письмо Государственного департамента Соединенных Штатов Америки депутату от 15 декабря 1961 года (Дело *Бригера*): "Что касается высылки д-ра Бригера с Родоса в 1938 году, то необходимо отметить, что в силу общепринятых принципов международного права государство может выслать иностранца по своему желанию при условии, что высылка не производится произвольным образом, в частности с применением силы, когда это не является необходимым для исполнения приказа о высылке или допускает какое-либо иное дурное обращение с иностранцем или отказывая тому в разумной возможности защитить свое имущество. С учетом заявления д-ра Бригера, что итальянские власти приказали ему покинуть Родос в шестимесячный срок, сомнительно, что международная ответственность итальянского правительства может быть задействована на том основании, что ему не было предоставлено достаточно времени для того, чтобы обеспечить сохранность своей собственности".

ровать свои дела и интересы, прежде чем они покинут территорию соответствующего государства:

"Высылка иностранцев, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческие предприятия на данной территории, должна осуществляться таким образом, чтобы это не подрывало доверие, которое они испытывали к законам данного государства. Оно должно предоставить им свободу использовать, по возможности непосредственно или при посредничестве выбранной ими третьей стороны, все возможные правовые процедуры, чтобы урегулировать свои дела и интересы, в том числе активы и обязательства на данной территории"¹²⁵.

Более века спустя Комиссия по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов в своем решении по делу *Rankin v. The Islamic Republic of Iran* постановила, что высылка является незаконной, если иностранца лишают разумной возможности защитить свои имущественные интересы:

"Осуществление этой политики могло бы, вообще говоря, нарушить как процессуальные, так и материально-правовые ограничения в отношении права государства высылать иностранцев со своей территории, которые установлены в положениях Договора о дружбе и в международном обычном праве. ...Например, лишая иностранца разумной возможности защитить свои имущественные интересы до его высылки"¹²⁶.

Аналогичным образом непосредственно в отношении трудящихся-мигрантов пункт 18 (раздел VI) Рекомендации о трудящихся-мигрантах (пересмотренной), принятой 1 июля 1949 года Генеральной конференцией Международной организации труда, предусматривает:

"1) Когда трудящийся-мигрант законно допущен на территорию какого-либо члена Организации, этот член Организации должен по мере возможности воздерживаться от выселения данного лица и в соответствующих случаях членов его семьи на основании недостаточности ресурсов трудящегося или положения рынка занятости, за исключением случаев, когда на то существует соглашение между соответствующими органами власти заинтересованных территорий эмиграции и иммиграции.

2) Такое соглашение должно предусматривать:

...

с) что мигрант будет предупрежден о своем выселении достаточно заблаговременно, чтобы позволить ему, в частности, ликвидировать свое имущество".

Такие соображения принимаются во внимание в законах государств, которые, в частности, могут признавать за иностранцем разумную возможность урегулировать любые претензии, касающиеся заработной платы и других выплат, до его отъезда или распорядиться, в необходимых случаях, о конкретных мерах по обеспечению сохранности имущества иностранца на срок его содержания под стражей в ожидании высылки¹²⁷. В более общем плане необходимость защиты

¹²⁵ "Международные правила допуска и высылки иностранцев", женеvская сессия, 1892 год, постановление от 9 сентября 1892 года, статья 41.

¹²⁶ *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, Award of 3 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 147, para. 30 e).

¹²⁷ См. вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 714.

имущества иностранца, подлежащего высылке, также учитывается в разной степени и в разных формах законодательством нескольких государств¹²⁸.

4) В соответствии с проектом статьи 20 свободное распоряжение имуществом должно быть гарантировано иностранцу "в соответствии с законом". Это уточнение не следует толковать как разрешение применять законы высылающего государства, которые будут иметь своим следствием произвольное отрицание или ограничение такого свободного распоряжения. Тем не менее оно позволяет в достаточной степени учитывать тот интерес, который высылающее государство может проявлять к ограничению или запрещению в соответствии со своим законодательством свободного распоряжения определенным имуществом, в частности тем, которое было приобретено данным иностранцем незаконно или могло быть получено преступным путем либо в результате других противоправных действий. Кроме того, уточнение, в соответствии с которым иностранцу должно быть разрешено свободное распоряжение имуществом "даже из-за границы", призвано учесть конкретные нужды иностранца, который в соответствующем случае уже покинул территорию высылающего государства согласно принятому решению о его высылке. Последний элемент был принят во внимание Международным Судом в его решении 2010 года по делу *Диалло*, хотя в итоге Суд счел, что в данном случае права, непосредственно принадлежащие г-ну Диалло как акционеру, не были нарушены Демократической Республикой Конго, поскольку "[не было] доказано, что г-н Диалло в качестве управляющего или акционера был лишен возможности принимать меры к созыву общих собраний из-за рубежа"¹²⁹.

5) Подразумевается, что нормы, изложенные в проекте статьи 20, не затрагивают признанное за каждым государством право на экспроприацию или национализацию имущества иностранца при соблюдении применимых норм международного права.

6) В проекте статьи 20 непосредственно не затронут вопрос об имущественных правах враждебных иностранцев во время вооруженного конфликта; как было отмечено в комментарии к проекту статьи 9, Комиссия предпочла не затрагивать аспекты высылки иностранцев в период вооруженного конфликта. Тем не менее следует отметить, что вопрос об имущественных правах в случае вооруженного конфликта тщательно разрабатывается Комиссией по рассмотрению претензий между Эритреей и Эфиопией¹³⁰.

Глава III

Защита в отношении государства назначения

Статья 21

Отъезд в государство назначения

1. Высылающее государство принимает необходимые меры для содействия добровольному отъезду подлежащего высылке иностранца.

¹²⁸ Обзор см. там же, пункт 481.

¹²⁹ См. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 681, para. 121.*

¹³⁰ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, decision of 17 December 2004, paras. 124-129, 133, 135-136, 140, 142, 144-146 and 151-152, and *ibid.*, *Ethiopia's Claim 5*, decision of 17 December 2004, paras. 132-135; United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, pp. 195-247 and 249-290.

2. В случаях принудительного осуществления решения о высылке высылающее государство принимает необходимые меры к обеспечению, насколько это возможно, безопасной доставки подлежащего высылке иностранца в государство назначения в соответствии с правилами международного права.

3. Высылающее государство предоставляет подлежащему высылке иностранцу разумный период времени, чтобы подготовиться к своему отъезду с учетом всех обстоятельств.

Комментарий

1) Проект статьи 21 охватывает ту защиту, которую высылающее государство должно предоставить иностранцу, подлежащему высылке, в связи с его отъездом в государство назначения. Этот проект статьи охватывает как случай добровольного отъезда, так и случай принудительного исполнения решения о высылке.

2) Согласно пункту 1 проекта статьи 21 высылающее государство принимает соответствующие меры для содействия добровольному отъезду подлежащего высылке иностранца¹³¹. Хотя в этом положении отчасти отдается предпочтение решению о добровольном отъезде иностранца, его не следует толковать как разрешающее высылающему государству оказывать на соответствующего иностранца неоправданное давление, чтобы он согласился на добровольный отъезд вместо принудительного исполнения решения о высылке. Данное положение призвано способствовать добровольному отъезду, когда это целесообразно.

3) Пункт 2 касается случая принудительного исполнения решения о высылке. Он предусматривает, что в таком случае высылающее государство принимает необходимые меры к обеспечению, насколько это возможно, безопасной доставки подлежащего высылке иностранца в государство назначения в соответствии с нормами международного права. В этой связи следует уточнить, что выражение "безопасной доставки... в соответствии с нормами международного права" касается как требования обеспечить защиту прав человека иностранца, подлежащего высылке, и избежать любого неоправданного применения силы в отношении него, так и необходимости обеспечить в соответствующих случаях

¹³¹ Добровольное возвращение высылаемого иностранца позволяет оптимальным образом обеспечить уважение его человеческого достоинства, а в административном плане является более простой процедурой. Речь идет о процессе высылки, когда ее осуществление обсуждается между высылающим государством и иностранцем, на которого распространяется эта мера. В 2005 году Комитет министров Совета Европы подчеркнул желательность такого добровольного возвращения, указав, что "принимающее государство должно осуществлять меры, стимулирующие добровольное возвращение, что предпочтительнее, чем возвращение силой". (Twenty guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on forced return, 925th meeting, 4 May 2005, documents of the Committee of Ministers CM(2005) 40 final, 9 May 2005). В этой же связи Комиссия европейских сообществ в своем предложении по поводу директивы о возвращении от 1 сентября 2005 года отметила, что решение о возвращении должно предусматривать "надлежащий срок для добровольного отъезда продолжительностью до четырех недель, если только нет оснований полагать, что в течение установленного срока лицо может скрыться" (Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council, 1 September 2005, on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, COM(2005) 391 final).

безопасность других лиц, помимо данного иностранца, – например, пассажиров самолета, в котором этот иностранец следует в государство назначения.

4) Это требование о соблюдении прав высылаемого лица косвенно вытекает из арбитражного решения, принятого по делу *Лакоста*, хотя было установлено, что истец не подвергался грубому обращению:

"*Лакост* также требует компенсации за свой арест, лишение свободы, грубое и жестокое обращение и высылку из страны... Однако высылка, по всей видимости, не сопровождалась грубым обращением, и по просьбе истца ему было разрешено продлить срок, назначенный для его выезда из страны"¹³².

Аналогичным образом в деле *Боффоло* арбитр в общем плане указал:

"Высылка [...] должна производиться способом, наименее оскорбительным для затронутого лица..."¹³³.

В деле *Маала* арбитр подчеркнул неприкосновенность человеческой личности и обязательство проведения высылки без ненужного унижения или вреда:

"[Если бы] высылка истца была осуществлена без ненужного унижения или создания для него трудностей, то арбитр посчитал бы себя обязанным отклонить жалобу.

...

Согласно всем свидетельствам, истец прибыл сюда как добропорядочный человек и в течение всего допроса и депортации имел право на то, чтобы к нему относились как к добропорядочному человеку, и независимо от того, должны ли мы рассматривать его как добропорядочного человека или просто как человека, его права на уважение своей собственной личности и на свой собственный душевный покой являются одними из важнейших прав независимости и бесценных привилегий свободы. Арбитра учили рассматривать личность другого как нечто такое, что должно считаться священным, на что нельзя посягать даже в малейшей степени, в гневе или без причины, против его согласия, а если это происходит, то считается насилием, подлежащим возмещению причиненного ущерба, соизмеримому с духом и характером насилия и мужественным достоинством, проявленным индивидом, подвергшимся такому насилию"¹³⁴.

5) При перевозке иностранца в государство назначения, например самолетом, ссылка на нормы международного права затрагивает равным образом нормы в области воздушного транспорта, в частности регламенты, принятые в рамках Международной организации гражданской авиации (ИКАО). В этой связи следует отметить, в частности, Конвенцию о международной гражданской авиации, а также ее приложение 9¹³⁵. Оно, в частности, гласит:

¹³² *Lacoste v. Mexico* (Mexican Commission), Award of 4 September 1875, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, pp. 3347–3348.

¹³³ Дело *Boffolo*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 528 (Ralston, Umpire).

¹³⁴ Дело *Maal*, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, 1 June 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 732.

¹³⁵ Конвенция о международной гражданской авиации, Чикаго, 7 декабря 1944 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, № 102, p. 295, и приложение 9, Упрощение

"5.2.1 В течение всего времени, когда [...] лицо, подлежащее депортации, находится под их надзором, соответствующие государственные должностные лица обязаны уважать достоинство таких лиц и не предпринимать никаких действий, которые могут нарушить их достоинство".

6) В обоих случаях, предусмотренных в проекте статьи 21, – добровольный отъезд иностранца и принудительное исполнение решения о высылке, – пункт 3 требует от высылающего государства предоставить иностранцу разумный период времени, чтобы подготовиться к своему отъезду с учетом всех обстоятельств. Обстоятельства, которые должны учитываться для определения того, что в данном случае представляется разумным сроком, имеют разный характер. Например, они могут касаться связей (социальных, экономических или иных), которые иностранец, подлежащий высылке, установил с высылающим государством, поведения данного иностранца, включая, в соответствующих случаях, характер угрозы национальной безопасности или публичному порядку высылающего государства, которую могло бы представлять собой пребывание данного иностранца на его территории, или же риск того, что данный иностранец скроется от властей государства, чтобы избежать высылки. Требование о предоставлении разумного срока для подготовки к отъезду должно также быть включено с учетом необходимости предоставления иностранцу, подлежащему высылке, необходимой защиты его имущественных прав и других интересов в высылающем государстве¹³⁶.

Статья 22

Государство назначения подлежащих высылке иностранцев

1. Подлежащий высылке иностранец высылается в свое государство гражданства или любое другое государство, несущее обязательство по его приему в соответствии с международным правом, или любое государство, желающее его принять по просьбе высылающего государства или в соответствующих случаях самого такого иностранца.

2. При невозможности определить государство гражданства или любое другое государство, несущее обязательство по приему иностранца в соответствии с международным правом, и если никакое другое государство не желает принять этого иностранца, такой иностранец может быть выслан в любое государство, где он имеет право на въезд или пребывание, или в соответствующих случаях в государство, из которого он прибыл в высылающее государство.

Комментарий

1) Проект статьи 22 связан с определением государства назначения иностранца, подлежащего высылке. В этом контексте в пункте 1 речь идет прежде всего о государстве гражданства иностранца, поскольку это государство, бесспорно, обязано принять его в силу международного права¹³⁷. Если иностранец

формальностей; текст также имеется на сайте Международной организации гражданской авиации <http://www.icao.int>.

¹³⁶ См. выше пункт 3) комментария к проекту статьи 20.

¹³⁷ См., в частности, Конвенция о статусе иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам, принята шестой Международной американской конференцией и подписана в Гаване 20 февраля 1928 года. League of Nations, *Treaty Series*, vol. CXXXII, 1932–1933, № 3045, р. 306. Пункт 2 ее статьи 6 гласит: "Государства обязаны принимать своих граждан, высланных из иностранной страны,

имеет гражданство нескольких стран, то выражение "свое государство гражданства" означает каждую из стран, чье гражданство он имеет. Если иностранец, подлежащий высылке, обоснованно опасается за свою жизнь или если имеются серьезные основания полагать, что он рискует подвергнуться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию в одной из стран, гражданином которой он является, то его нельзя выслать в эту страну в соответствии с проектами статей 23 и 24 настоящих проектов статей. Тем не менее в этом первом пункте также признается наличие других потенциальных государств назначения и проводится различие между теми из них, которые могли бы быть обязаны принять иностранца в соответствии с международным правом, и теми, которые не несут такой обязанности. Такое разграничение отражает в области высылки иностранцев неоспоримый принцип, согласно которому государство не обязано принимать иностранцев на своей территории, за исключением случаев, когда такое обязательство на них возлагает та или иная норма международного права. Такое различие, несмотря на его существенный характер, необязательно определяет порядок приоритетов при установлении государства назначения высылаемого иностранца: иными словами, то обстоятельство, что государство гражданства было определено и, предположительно, для высылки иностранца в это государство нет никаких юридических препятствий, никоим образом не исключает возможности высылки иностранца в другое государство, на котором могла бы лежать обязанность по его приему в соответствии с международным правом, или в любое другое государство, которое согласилось бы принять его. В этой связи высылающему государству, сохраняя определенную гибкость в решении этого вопроса, при определении государства назначения следовало бы по мере возможности учитывать предпочтения, выраженные высылаемым иностранцем¹³⁸.

2) Формулировка "любое государство, несущее обязательство по его приему в соответствии с международным правом" призвана охватить ситуации, в которых государство, помимо государства гражданства высылаемого иностранца, будет обязано принять это лицо на основании международно-правовой нормы, будь то договорная норма, обязательная для данного государства, или норма международного обычного права¹³⁹. В этой связи следует отметить позицию,

которые стремятся въехать на их территорию". См. также Institute of International Law, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Geneva session, 9 September 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892–1894, статья 2: "В принципе государство не должно запрещать допуск на свою территорию или пребывание на ней ни своим подданным, ни тем, кто, утратив свое гражданство в вышеуказанном государстве, не приобрел никакого другого гражданства". См. также пункт 3 статьи 32 Женевской конвенции.

¹³⁸ См., в частности, пункт 7 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, № 39481, р. 3.), который гласит: "Без ущерба для осуществления решения о высылке трудящийся-мигрант или член его или ее семьи, на которого распространяется это решение, может просить разрешения на въезд в другое государство, помимо государства его или ее происхождения". См. также пункт 3 статьи 32 Конвенции о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545).

¹³⁹ Для примеров, касающихся первого случая, см. Robert Jennings and A. Watts, in *Oppenheim's International Law*, 9th ed., pp. 898–899, где, в частности, упоминаются Договор об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 года; Протокол об освобождении граждан Дании, Финляндии, Норвегии и Швеции от обязанности иметь паспорт или вид на жительство для пребывания в одной из стран

выраженную Комитетом по правам человека относительно пункта 4 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах:

"Сфера охвата понятия "своя собственная страна" шире сферы охвата понятия "страна своего гражданства". Оно не ограничивается гражданством в формальном значении этого понятия, т.е. гражданством, приобретенным по рождению или в результате присвоения; оно распространяется как минимум на лиц, которые в силу своих особых связей с рассматриваемой страной или своих претензий в отношении этой страны не могут рассматриваться просто в качестве иностранцев. В таком положении могут находиться, например, граждане страны, которые были лишены в ней своего гражданства в нарушение международного права, или лица, чья страна гражданства была включена в другое национальное образование или передана ему, однако в получении гражданства этого образования им отказано. Формулировка пункта 4 статьи 12 также допускает более широкое толкование, которое может охватывать другие категории длительно проживающих в стране лиц, включая лиц без гражданства, которые были произвольно лишены права на приобретение гражданства страны проживания, а также возможные другие категории лиц. Поскольку другие факторы могут при некоторых обстоятельствах приводить к возникновению тесных и длительных связей между тем или иным лицом и соответствующей страной, государствам-участникам следует включать в свои доклады информацию о правах постоянных жителей на возвращение в свою страну проживания"¹⁴⁰.

Таким образом, в пункте 1 за подлежащим высылке иностранцем признается возможность выразить свой выбор государства назначения, что позволяет ему указать государство, с которым он поддерживает наиболее тесные связи, например государство последнего места длительного проживания, государство рождения или государство, в котором у него есть семейные или иные связи, либо государство, в котором у него есть особые финансовые связи. Пункт 1 проекта статьи 22 наделяет высылающее государство правом оценивать эти разнообразные факторы с целью защиты своих интересов, а также интересов иностранца, подлежащего высылке.

3) Пункт 2 проекта статьи 22 касается ситуации, в которой нельзя определить ни государство гражданства, ни любое другое государство, которое несло бы обязанность принять иностранца в соответствии с международным правом. На этот случай указывается, что иностранец может быть выслан в любое государство, где он имеет право на въезд или пребывание, или в соответствующих случаях – в государство, из которого он прибыл в высылающее государство. Концовка пункта ("государство, из которого он прибыл в высылающее государ-

Северной Европы, кроме собственной, подписанный 22 мая 1954 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 199, p. 29) (Исландия присоединилась к Протоколу в 1955 году); Соглашение между Данией, Финляндией, Норвегией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между Северными странами, подписанное в 1957 году (United Nations, *Treaty Series*, vol. 322, p. 245) (Исландия стала его участницей в 1966 году), с поправками, внесенными последующим соглашением в 1979 году (RG, 84 (1980), p. 376); и Конвенция между Бельгией, Люксембургом и Нидерландами о передаче контроля за въездом и выездом на внешние границы территории Бенилюкс 1960 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 374, p. 3).

¹⁴⁰ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 27 "Свобода передвижения (статья 12)", принятое 18 октября 1999 года, пункт 20.

ство") должна пониматься как обозначающая прежде всего государство посадки на борт, хотя выбранная формулировка достаточно широка, чтобы в равной степени охватывать ситуации, в которых иностранец прибыл на территорию высылающего государства не воздушным транспортом, а другим способом.

4) Соглашения о реадмиссии играют важную роль при определении государства назначения высылаемого иностранца. Эти соглашения относятся к широкой области международного сотрудничества, в которой государства принимают суверенные шаги, руководствуясь различными соображениями, которые никак нельзя облечь в нормативные стандарты посредством кодификации. Поэтому договоры такого рода должны осуществляться на основе уважения соответствующих норм международного права, в частности касающихся защиты прав человека иностранцев, подлежащих высылке.

5) Определение в соответствии с проектом статьи 22 государства назначения иностранца, подлежащего высылке, должно осуществляться с соблюдением обязательств, изложенных в пункте b) проекта статьи 6 (запрет принудительного возвращения) и в проектах статей 23 и 24, в которых предусмотрен запрет высылки иностранцев в государство, где их жизни или свободе угрожает опасность, или в государство, где этот иностранец может быть подвергнут пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания.

Статья 23

Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь находилась бы под угрозой

1. Иностранец не подлежит высылке в государство, в котором его жизнь находилась бы под угрозой на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом.

2. Государство, в котором не применяется смертная казнь, не высылает иностранца в государство, в котором такой иностранец был приговорен к смертной казни или в котором существует реальный риск того, что он будет приговорен к смертной казни, не получив предварительно гарантий того, что смертная казнь не будет ему назначена или, если она уже была назначена, не будет приведена в исполнение.

Комментарий

1) Проект статьи 23 связан с защитой жизни иностранца, подлежащего высылке, с учетом ситуации в государстве назначения. В пункте 1 этого проекта статьи предусмотрен запрет высылки иностранца "в государство, в котором его жизнь или свобода находились бы под угрозой" по любой из причин, перечисленных в проекте статьи 14, где содержится обязательство в отношении недискриминации. Формулировка, где речь идет о государстве, "в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой", ограничивающая пределы такого запрещения высылки, соответствует содержанию статьи 33 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, закрепляющей запрет принудительного возвращения, но при этом не распространяет на всех иностранцев запрет высылки или принудительного возвращения беженца в государство, где его свобода находилась бы под угрозой.

2) Запрещенные основания для дискриминации, перечисленные в проекте статьи 14 и воспроизведенные в проекте статьи 23, аналогичны тем, которые фигурируют в пункте 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах. Поэтому нет никакой веской причины для того, чтобы перечень оснований для дискриминации, содержащийся в проекте статьи 23, был меньше, чем в проекте статьи 14. В частности, перечень оснований, который содержится в статье 33 Конвенции 1951 года, является слишком кратким для данного контекста, где необходимо охватить не только случай людей, соответствующих определению понятия "беженец", но и иностранцев в целом, причем в широком разнообразии возможных ситуаций. Что касается запрета любой дискриминации на основе сексуальной ориентации, то в международной практике и юриспруденции прослеживается тенденция в этом направлении, однако этот запрет пока не получил универсального признания¹⁴¹.

3) Пункт 2 проекта статьи 23 охватывает конкретный случай, когда жизни иностранца, подлежащего высылке, угрожает опасность в государстве назначения в связи с вынесением или исполнением смертного приговора, кроме ситуаций, когда были получены предварительные гарантии того, что это наказание не будет назначено или, если оно уже было назначено, не будет приведено в исполнение. Комитет по правам человека считает, что в соответствии со статьей 6 Пакта государства, отменившие смертную казнь, не могут выслать какое-либо лицо в государство, где этому лицу грозит смертный приговор, не получив предварительных гарантий того, что такой приговор не будет приведен в исполнение¹⁴². Если считать, что в этих четких пределах такой запрет отныне соответствует явной международно-правовой тенденции, было бы трудно утверждать, что международное право движется дальше в указанной области.

4) Таким образом, пункт 2 проекта статьи 23 стал результатом прогрессивного развития в двух аспектах: во-первых, поскольку предусмотренный в нем запрет касается не только государств, отменивших смертную казнь, но и государств, которые, до сих пор предусматривая ее в своих кодексах, не применяют ее на практике; в этом и заключается смысл данного выражения ("государство, в котором нет смертной казни"), а во-вторых, поскольку сфера защиты была расширена, чтобы охватить как случаи, когда смертная казнь была уже назначена, так и случаи, когда существует реальная опасность ее назначения.

¹⁴¹ См. выше пункт 4) комментария к проекту статьи 14.

¹⁴² В этой связи см. Комитет по правам человека, дело *Р. Джадж против Канады*, сообщение № 829/1998, Соображения от 5 августа 2003 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/58/40)*, том II, р. 93, пункт 10.6: "По всем этим соображениям Комитет считает, что Канада как государство-участник, которое отменило смертную казнь, независимо от того, что оно еще не ратифицировало второй Факультативный протокол к Пакту, направленный на отмену смертной казни, допустило нарушение права на жизнь, гарантированного пунктом 1 статьи 6, высылая автора в Соединенные Штаты Америки, где ему грозит смертный приговор, не испросив заверений в том, что он не будет казнен. Комитет признает, что сама Канада не выносила смертного приговора, но считает, что, высылая автора в страну, где он приговорен к смертной казни, она установила основное звено цепочки причинных связей, которое делает казнь автора возможной".

Статья 24

Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания

Государство не высылает иностранца в государство, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания.

Комментарий

1) Источником формулировки проекта статьи 24, которая вводит для высялающего государства обязательство не высылать иностранца в государство, где имеются веские основания полагать, что он может быть подвергнут пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию, является статья 3 Конвенции 1984 года против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹⁴³. Однако запрет на принудительное возвращение, предусмотренный в статье 3 Конвенции, ограничивается только актами пыток. Следовательно, это обязательство не распространяется на ситуации, когда есть серьезные основания полагать, что подлежащий высылке иностранец будет подвергнут жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию¹⁴⁴. Проект статьи 24 в свою очередь расширяет сферу защиты, предусмотренную этой договорной нормой, поскольку обязательство в отношении невысылки, закрепленное в этом проекте статьи, охватывает не только пытки, но и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания. Такое расширение пределов указанного запрета было закреплено как на универсальном уровне, так и в ряде региональных систем. Что касается универсального уровня, то в замечании общего порядка № 20 Комитета по правам человека предусмотрено, что "государства-участники не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания по их возвращении в другую страну посредством выдачи, высылки или возвращения (*refoulement*)"¹⁴⁵. В соображениях по делу *Максудов и др. против Кыргызстана* от 31 июля 2008 года

¹⁴³ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, № 24841, p. 85. Статья 3 Конвенции гласит:

"1. Ни одно государство-участник не должно высылать, возвращать или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток.

2. Для определения наличия таких оснований компетентные власти принимают во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая, в соответствующих случаях, существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека".

¹⁴⁴ См., в частности, *С.В. и др. против Канады*, Комитет против пыток, сообщение № 49/1996, 15 мая 2001 года, документ ООН CAT/C/26/D/49/1996; *Б.С. против Канады*, Комитет против пыток, сообщение № 166/2000, 14 ноября 2001 года, документ ООН CAT/C/27/D/166/2000; и *Т.М. против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 228/2003, 18 ноября 2003 года, документ ООН CAT/C/31/D/228/2003. См. также Manfred Nowak, Elizabeth McArthur (eds.), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, New York, O.U.P., 2008, pp. 165–166.

¹⁴⁵ Комитет по правам человека, сорок четвертая сессия, 1992 год, "Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека", документ ООН HRI/GEN/1/Rev.6, замечание общего порядка № 20, пункт 9.

Комитет по правам человека напомнил принцип, изложенный в замечании общего порядка № 20, отметив далее, что "реализация этого принципа не зависит ни от каких соображений национальной безопасности или характера преступного поведения, в котором лицо подозревается или обвиняется"¹⁴⁶. Аналогичную направленность имеет и рекомендация Комитета по ликвидации расовой дискриминации¹⁴⁷. На региональном уровне этот глобальный или неизбирательный подход к пыткам и другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания нашел подтверждение в практике Европейского суда по правам человека, касающейся статьи 3 Европейской конвенции о правах человека¹⁴⁸. Межамериканский суд по правам человека занял аналогичную позицию в своем решении по делу *Lori Berenson-Mejía v. Peru*, где он указал:

"пытки и жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение и наказание строго запрещены международным правом прав человека. Запрет пыток и жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания носит абсолютный характер, и отступления от него не допускаются даже при самых тяжелых обстоятельствах, включая войну, угрозу войны, борьбу против терроризма и других преступлений, военное или чрезвычайное положение, гражданские волнения или столкновения, приостановка действия конституционных гарантий, внутренняя политическая нестабильность или другие государственные чрезвычайные ситуации или бедствия"¹⁴⁹.

2) Что касается определения наличия "серьезных оснований" по смыслу проекта статьи 24, то следует напомнить содержание пункта 2 статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года, который требует, чтобы компетентные власти принимали во внимание "все относящиеся к делу обстоятельст-

¹⁴⁶ *Максудов и др. против Кыргызстана*, Комитет по правам человека, сообщения № 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 и 1477/2006, 31 июля 2006 года, документ ООН CCPR/C/93/D/1461, 1462, 1476 и 1477/2006, пункт 12.4.

¹⁴⁷ См. рекомендацию Комитета по ликвидации расовой дискриминации государствам – участникам Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, № 9464, р. 212) относительно того, "чтобы неграждан не возвращали или не высылали в страну или на территорию, где для них существует риск подвергнуться серьезным нарушениям прав человека, включая пытки или жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание..." (общая рекомендация № 30: дискриминация неграждан, шестьдесят четвертая сессия, 23 февраля – 12 марта 2004 года, CERD/C/64/Misc.11/Rev.3, пункт 27).

¹⁴⁸ См., в частности, дело *Chahal v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application № 22414/93, paras. 72–107. В пункте 80 Суд указал: "Запрещение жестокого обращения, зафиксированное в статье 3, в равной степени является абсолютным в области высылки. Так, всякий раз, когда имеются веские основания полагать, что лицу угрожает реальная опасность подвергнуться обращению, противоречащему статье 3, если оно будет выслано в другое государство, предусмотрена ответственность Договаривающегося государства защитить его от такого обращения в случае высылки. В таких обстоятельствах действия данного лица, какими бы нежелательными или опасными они ни были, не могут быть приняты во внимание. Следовательно, защита обеспечиваемая статьей 3, шире защиты, предусмотренной в статьях 32 и 33 Конвенции Организации Объединенных Наций 1951 года о статусе беженцев...".

¹⁴⁹ *Lori Berenson-Mejía c. Peru*, Inter-American Court of Human Rights, judgment of 25 November 2004, Series C n°119, para. 100 (footnote omitted).

ва, включая, в соответствующих случаях, существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека". Эта норма неоднократно толковалась Комитетом против пыток, созданным в соответствии с этой Конвенцией, который рассмотрел определенное число сообщений с утверждениями о том, что высылка иностранцев в те или иные государства противоречила статье 3¹⁵⁰.

3) Комитет против пыток в своем замечании общего порядка № 1 принял руководящие принципы, касающиеся статьи 3¹⁵¹. В этих руководящих принципах указаны факторы, которые могут учитываться при определении того, соответствует ли статье 3 высылка иностранца в конкретное государство:

"Принимается во внимание следующая информация, даже неисчерпывающего характера:

а) Относится ли соответствующее государство к числу тех государств, в отношении которых поступает информация о постоянной практике грубых, вопиющих или массовых нарушений прав человека (см. пункт 2 статьи 3)?

б) Подвергался ли автор пыткам или жестокому обращению по подстрекательству или с молчаливого согласия должностных лиц или иных лиц, действующих в официальном качестве? Если да, идет ли речь о недавнем прошлом?

¹⁵⁰ См., в частности, *Мутомбо против Швейцарии*, Комитет против пыток, сообщение № 13/1993, 27 апреля 1994 года, документ ООН CAT/C/12/D/13/1993; *Хан против Канады*, Комитет против пыток, сообщение № 15/1994, 15 ноября 1994 года, документ ООН A/50/44; *Кисоки против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 41/1996, 8 мая 1996 года, документ ООН CAT/C/16/D/41/1996; *Тала против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 43/1996, 15 ноября 1996 года, документ ООН CAT/C/17/D/43/1996; *Паес против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 39/1996, 28 апреля 1997 года, документ ООН CAT/C/18/D/39/1996; *Аемеи против Швейцарии*, Комитет против пыток, сообщение № 34/1995, 9 мая 1997, документ ООН CAT/C/18/D/34/1995; *А.Ф. Против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 89/1997, 3 сентября 1997 года, документ ООН CAT/C/20/D/89/1997; *Аяс против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 97/1997, 12 ноября 1998 года, документ ООН CAT/C/21/D/97/1997; *Корбан против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 88/1997, 16 ноября 1998 года, документ ООН CAT/C/21/D/88/1997; *Айдин против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 101/1997, 20 ноября 1998 года, документ ООН CAT/C/21/D/101/1997; *Эльми против Австралии*, Комитет против пыток, сообщение № 120/1998, 14 мая 1999 года, документ ООН CAT/C/22/D/120/1998; *А.С. Против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 149/1999, 6 ноября 1999 года, документ ООН CAT/C/25/D/149/1999; *Арана против Франции*, Комитет против пыток, сообщение № 63/1997, 9 ноября 1999 года, документ ООН CAT/C/23/D/63/1997; *Каруи против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 185/2001, 8 мая 2002 года, документ ООН A/57/44; *Риос против Мексики*, Комитет против пыток, сообщение № 133/1999, 17 декабря 2004 года, документ ООН CAT/C/33/D/133/1999; *Т.А. Против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 226/2003, 27 мая 2005 года, документ ООН CAT/C/34/D/226/2003; *Агиза против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 233/2003, 24 мая 2005 года, документ ООН CAT/C/34/D/233/2003; *Брада против Франции*, Комитет против пыток, сообщение № 195/2002, 24 мая 2005 года, документ ООН CAT/C/34/D/195/2002; *Дадар против Канады*, Комитет против пыток, сообщение № 258/2004, 5 декабря 2005 года, документ ООН CAT/C/35/D/258/2004.

¹⁵¹ Комитет против пыток, замечание общего порядка о применении статьи 3 в контексте статьи 22 Конвенции против пыток (замечание общего порядка № 1), принятое 21 ноября 1997 года.

с) Имеется ли информация из медицинских или иных независимых источников, подтверждающая заявление автора о том, что в прошлом его/ее подвергали пыткам или жестокому обращению? Имело ли применение пыток какие-либо последствия?

d) Изменилась ли ситуация, упоминаемая в пункте а) выше? Изменилось ли положение в области прав человека в стране?

e) Занимался ли автор на территории или за пределами соответствующего государства политической или иной деятельностью, которая могла бы поставить его/ее в особенно уязвимое положение с точки зрения опасности подвергнуться пыткам в случае его/ее высылки, возвращения или выдачи соответствующему государству?

f) Существуют ли какие-либо доказательства, подтверждающие достоверность утверждений автора?

g) Имеются ли какие-либо фактические неувязки в заявлении автора? Если да, то насколько существенными они являются"¹⁵²?

Комитет также указал, что серьезные основания полагать, что автор рискует подвергнуться пыткам, не могут ограничиваться умозрительными предположениями или подозрениями и при этом не должны достигать уровня повышенной вероятности наличия такого риска¹⁵³. Другие элементы, по поводу которых Комитет по правам человека дал важные уточнения, являются следующими: наличие личного риска подвергнуться пыткам¹⁵⁴; наличие в этом контексте фактического и предсказуемого риска¹⁵⁵; вопрос о последующей высылке в третье государство¹⁵⁶; а также абсолютный характер запрета¹⁵⁷.

¹⁵² Там же, пункт 8.

¹⁵³ Там же, пункт 6: "Ввиду того, что государство-участник и Комитет обязаны оценивать наличие серьезных оснований полагать, что автору может угрожать применение пыток в случае его/ее высылки, возвращения или выдачи, при оценке степени риска применения пыток должны анализироваться основания, выходящие за пределы одних лишь умозрительных предположений или подозрений. Вместе с тем при оценке этого риска не следует брать за основу критерий высокой степени вероятности".

¹⁵⁴ Там же, пункт 1: "Применение статьи 3 ограничивается случаями, когда существуют серьезные основания полагать, что автору сообщения может угрожать применение пыток, определение которых содержится в статье 1 Конвенции". См. также: Комитет против пыток, *Мутombo против Швейцарии*, сообщение № 13/1993, Соображения от 27 апреля 1994 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 44 (A/49/44)*, стр. 56, пункт 9.3.

¹⁵⁵ См., например, *А.Д. против Нидерландов*, Комитет против пыток, сообщение № 96/1997, 12 ноября 1999 года, документ ООН CAT/C/23/D/96/1997; *У.С. против Финляндии*, Комитет против пыток, сообщение № 197/2002, документ ООН CAT/C/30/D/197/2002.

¹⁵⁶ По этому вопросу см. упомянутое выше замечание общего порядка № 1 Комитета против пыток, пункт 2: "Комитет считает, что употребляемое в статье 3 выражение "другое государство" означает государство, куда высылается, возвращается или выдается соответствующее лицо, а также любое государство, куда автор может быть впоследствии выслан, возвращен или выдан".

¹⁵⁷ См., например, *Паес против Швеции*, Комитет против пыток, сообщение № 39/1996, 28 апреля 1997 года, документ ООН CAT/C/18/D/39/1996; и *Дадар против Канады*, Комитет против пыток, сообщение № 258/2004, 5 декабря 2005 года, документ ООН CAT/C/35/D/258/2004.

4) Как и применительно к проекту статьи 17¹⁵⁸, Комиссия предпочла не затрагивать в тексте проекта статьи 24 случаи, когда угроза пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения исходит от лиц или групп лиц, действующих в частном порядке. В этой связи следует напомнить, что в своем замечании общего порядка № 1 Комитет против пыток высказался по этому вопросу следующим образом:

"В соответствии со статьей 1 Конвенции упомянутый в пункте 2 статьи 3 критерий, предполагающий наличие "постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека", относится лишь к тем нарушениям, которые совершаются государственными должностными лицами или иными лицами, выступающими в официальном качестве, либо по их подстрекательству, с их ведома или молчаливого согласия"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ См. выше пункт 3) комментария к проекту статьи 17.

¹⁵⁹ Комитет против пыток, замечание общего порядка об осуществлении статьи 3 в контексте статьи 22 Конвенции против пыток (замечание общего порядка № 1), (A/53/44), приложение IX, принятое 21 ноября 1997 года, пункт 3. См. также Комитет против пыток, сообщение № 258/2004, *Мустафа Дадар против Канады*, решение от 23 ноября 2005 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44* (A/61/44), пункт 8.4; сообщение № 177/2001, *Х.М.Х.И. против Австралии*, решение от 1 мая 2002 года, там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 44* (A/57/44), пункт 6.4; и сообщение № 191/2001, *С.С. против Нидерландов*, решение от 5 мая 2003 года, там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44* (A/58/44), пункт 6.4: "Комитет отмечает, что вопрос о том, несет ли данное государство-участник обязательство воздерживаться от высылки лица, которому может угрожать причинение боли или страданий со стороны какого-либо негосударственного образования, без ведома или молчаливого согласия правительства, не входит в сферу применения статьи 3 Конвенции, за исключением тех случаев, когда контроль над занимаемой территорией, на которую будет возвращен заявитель, осуществляется неправительственной группировкой, выполняющей квазиправительственные функции".

См. также сообщение № 237/2003, *М.К.М.В.Ф. против Швеции*, решение от 14 ноября 2005 года, там же, *шестьдесят первая сессия, Дополнение № 44* (A/61/44), стр. 215, пункт 6.4:

"Комитет не убежден в том, что инциденты, которые касались заявительницы в 2000 и 2003 годах, были каким-либо образом связаны с ее предыдущей политической деятельностью или деятельностью ее мужа, и считает, что заявительнице не удалось убедительно доказать, что вина за эти инциденты возлагается на государственных агентов или группы, действующие от имени или под эффективным контролем государственных агентов";

а также сообщение № 120/1998, *С.Ш. Эльми против Австралии*, Соображения от 14 мая 1999 года, там же, *пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 44* (A/54/44), пункты 6.5–6.8:

"Комитет не разделяет мнения государства-участника о том, что Конвенция не применима в данном деле, поскольку, по мнению государства-участника, акты пыток, которым, как опасается автор, он будет подвергнут в Сомали, не подпадают под определение пыток, установленное в статье 1 (т.е. боль или страдания, причиненные государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия, в данном случае в дискриминационных целях). Комитет отмечает, что в течение ряда лет в Сомали не было центрального правительства, что международное сообщество ведет переговоры с воюющими группировками и что некоторые из группировок, действующих в Могадишо, создали псевдоправительственные институты и ведут переговоры об учреждении совместной администрации. Из этого следует, что де-факто эти группировки

Со своей стороны Европейский суд по правам человека из абсолютного характера запрета, содержащегося в статье 3 Европейской конвенции о правах человека, сделал вывод о том, что упомянутое положение может охватывать также случаи, когда грозящая высланному индивиду опасность исходит не от самого государства назначения, а от "лиц или группы лиц, которые не являются государственными должностными лицами", и при этом государство назначения не в состоянии предложить данному лицу адекватную защиту.

"Учитывая абсолютный характер этого гарантированного права, Суд не исключает возможности того, что статья 3 Конвенции может быть применена и в тех случаях, когда опасность исходит от лиц или групп лиц, которые не являются государственными должностными лицами. Однако должно быть доказано, что угроза является реальной и что власти принимающего государства не в состоянии устранить эту угрозу путем предоставления необходимой защиты"¹⁶⁰.

осуществляют определенные прерогативы, сопоставимые с прерогативами, обычно осуществляемыми законными правительствами. Соответственно, члены этих группировок могут подпадать для целей применения Конвенции под выражение "государственные должностные лица или иные лица, выступающие в официальном качестве", содержащееся в статье 1.

Государство-участник не оспаривает тот факт, что в Сомали совершаются грубые, вопиющие или массовые нарушения прав человека. Кроме того, независимый эксперт по ситуации в области прав человека в Сомали, назначенная Комиссией по правам человека, в своем докладе описала жестокость этих нарушений, ситуацию хаоса, преобладающую в стране, значение принадлежности к клану и уязвимость небольших, безоружных кланов, таких как Чикал, к которому принадлежит автор. Комитет также отмечает на основе имеющейся у него информации, что район Могадишо, где проживают в основном люди клана Чикал и где, скорее всего, поселится автор, если он когда-либо доберется до Могадишо, фактически находится под контролем клана Хавийе, который учредил псевдоправительственные институты и оказывает ряд публичных услуг. Кроме того, заслуживающие доверия источники подчеркивают, что не существует официальной или неофициальной договоренности о защите между кланами Хавийе и Чикал и что люди клана Чикал остаются предоставленными на милость вооруженных группировок.

С другой стороны, Комитет считает, что два фактора поддерживают доводы автора о том, что он особенно уязвим к актам такого рода, которые упоминаются в статье 1 Конвенции. Во-первых, государство-участник не отрицает правдивости утверждений автора о том, что его семья в прошлом особенно подвергалась преследованиям со стороны клана Хавийе, в результате чего его отец и брат были казнены, его сестра изнасилована, а остальные члены семьи были вынуждены спасаться и постоянно передвигаться из одной части страны в другую, с тем чтобы укрыться. Во-вторых, его дело приобрело широкую огласку, и поэтому, если автор вернется в Сомали, он может быть обвинен в нанесении ущерба репутации Хавийе".

¹⁶⁰ Дело *H.L.R. v. France*, Judgment (Merits), 29 April 1997, Application № 24573/94, para. 40.

Глава IV

Защита в государстве транзита

Статья 25

Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита

Государство транзита защищает права человека подлежащего высылке иностранца в соответствии со своими обязательствами по международному праву.

Комментарий

Осуществление решения о высылке часто предполагает транзит иностранца через одно или несколько государств до его прибытия в государство назначения¹⁶¹. В проекте статьи 25 Комиссия в этой связи сочла необходимым напомнить об обязательстве государства транзита защищать права человека иностранца, подлежащего высылке, в соответствии с его обязательствами по международному праву. Сохраненная формулировка прямо указывает, что государство транзита обязано соблюдать лишь свои собственные обязательства, вытекающие из международных конвенций, участником которых оно является, или из норм общего международного права, а не обязательства, которые возлагаются, предположим, только на высылающее государство.

Часть четвертая

Конкретные процедурные нормы

Статья 26

Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке

1. Подлежащий высылке иностранец обладает следующими процедурными правами:

- a) правом получить уведомление о решении о высылке;
- b) правом обжаловать решение о высылке, если веские основания национальной безопасности не требуют иного;
- c) правом быть заслушанным компетентным органом;
- d) правом на доступ к эффективным средствам обжалования решения о высылке;
- e) правом быть представленным в компетентном органе; и
- f) правом на бесплатную помощь переводчика, если он не понимает язык, используемый в компетентном органе, или не говорит на этом языке.

¹⁶¹ Как правило, наиболее предпочтительным вариантом считается возвращение высылаемого лица прямым рейсом без остановок в портах или аэропортах других государств на пути следования. Но в ходе высылки незаконно пребывающих в государстве лиц может возникнуть необходимость в проезде через аэропорты определенных государств для пересадки на борт, следующий в третье государство назначения (paragraph 3.3. of the Green Paper on a community return policy on illegal residents, European Commission, 10 April 2002, COM(2002) 175 final).

2. Права, перечисленные в пункте 1, не наносят ущерба другим процессуальным правам или гарантиям, предусмотренным законом.
3. Подлежащий высылке иностранец вправе запрашивать консульскую помощь. Высылающее государство не препятствует осуществлению этого права или предоставлению консульской помощи.
4. Процедурные права, предусмотренные этой статьей, не наносят ущерба применению любого законодательства высылающего государства, касающегося высылки иностранцев, которые незаконно находились на его территории в течение непродолжительного срока.

Комментарий

1) В пункте 1 проекта статьи 26 содержится перечень процедурных прав, которыми должен пользоваться любой иностранец, подлежащий высылке, вне зависимости от законности или незаконности его присутствия на территории высылающего государства, с единственной оговоркой, предусмотренной в пункте 4 проекта статьи и касающейся высылки иностранцев, которые незаконно находились на его территории в течение непродолжительного срока.

2) В подпункте а) пункта 1 установлено право на уведомление о решении о высылке. Это – важнейшая гарантия, соблюдение которой высылающим государством представляет собой *conditio sine qua non* осуществления иностранцем, подлежащим высылке, совокупности своих процедурных прав. Это условие непосредственно закреплено в пункте 3 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 года: в нем сказано, что решение о высылке "доводится до их сведения на языке, который они понимают". Еще в 1892 году Институт международного права выразил мнение о том, что "постановление о высылке должно доводиться до сведения высылаемого"¹⁶². Кроме того, "если высылаемое лицо имеет право на обжалование в вышестоящем суде общей юрисдикции или административном суде, это должно быть указано в постановлении о высылке; высылаемое лицо также должно быть проинформировано о крайних сроках подачи жалобы"¹⁶³. Следует также отметить, что обязанность по уведомлению соответствующего иностранца о решении о высылке закреплена в законодательстве нескольких государств¹⁶⁴.

3) В подпункте б) пункта 1 устанавливается право обжалования решения о высылке, которое прочно закрепилось в международном праве. На общемировом уровне статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах признает за лицом, подлежащим высылке, право представлять доводы против высылки, если "императивные соображения государственной безопасности не требуют иного". Она гласит: "Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств..., имеет право, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, на предоставление доводов против своей высылки"¹⁶⁵ (курсив

¹⁶² *Международные правила приема и высылки иностранцев*, принятые 9 сентября 1892 года Институтом международного права на его женевской сессии, статья 30.

¹⁶³ Там же, статья 31.

¹⁶⁴ См. вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 649.

¹⁶⁵ См. Комитет по правам человека, сообщение № 193/1985, *Пьер Хири против Доминиканской Республики*, Соображения от 20 июля 1990 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 40 (A/45/40)*, том II, стр. 46, пункт 5.5. Комитет пришел к выводу, что Доминиканская Республика

наш). Аналогичная гарантия предусмотрена в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, содержащейся в приложении к резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года: "Иностранец, на законном основании находящийся на территории государства..., если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки". На региональном уровне подпункт а) пункта 1 статьи 1 Протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека гласит, что иностранец, который проживает на законных основаниях на территории какого-либо государства и подлежит высылке, должен иметь возможность "представить аргументы против своей высылки". Такое же право содержится в пункте 2 статьи 3 Европейской конвенции об обосновании на жительство, которая гласит, что "кроме тех случаев, когда императивные соображения государственной безопасности требуют иного, граждане любого Договаривающегося Государства, проживающие на законных основаниях на территории любого другого Договаривающегося Государства более двух лет, не могут быть высланы, не получив предварительно разрешение представить аргументы против своей высылки". Наконец, право представлять доводы против высылки закреплено также во внутреннем законодательстве стран¹⁶⁶.

4) Право быть заслушанным компетентным органом, которое предусмотрено в подпункте с) пункта 1, имеет ключевое значение для осуществления права на обжалование решения о высылке, предусмотренного в подпункте б) пункта 1. Хотя статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах прямо не предоставляет иностранцу права быть заслушанным, Комитет по правам человека счел, что решение о высылке, которое могло быть принято без надлежащего заслушивания иностранца, может вызывать вопросы в связи со статьей 13 Пакта:

"Комитет выражает также обеспокоенность по поводу того, что в определенных случаях Управление по вопросам иммиграции и Комитет по рассмотрению жалоб иностранцев могут отказаться от своей компетенции в области отправления правосудия в пользу правительства, в результате чего решения о высылке или об отказе в разрешении на въезд или убежище принимаются без предоставления заинтересованным лицам адекватной возможности изложить свои доводы. По мнению Комитета, эта практика может при определенных обстоятельствах затрагивать вопросы осуществления статьи 13 Пакта"¹⁶⁷.

Законодательство нескольких государств предоставляет иностранцу право быть заслушанным в связи с процедурой высылки; это же касается и ряда национальных судебных органов¹⁶⁸. В свете различий, существующих в практике го-

нарушила статью 13 Пакта, приняв свое решение "не в соответствии с законом" и не обеспечив истцу возможность представить аргументы против своей высылки и рассмотрения его дела в компетентном органе.

¹⁶⁶ См., например, Франция, Code on the Entry and Stay of Aliens and on the Right to Asylum, arts. L.522-1 and L.522-2; и Швеция, Aliens Act (SFS 2005:716), chapter 14. См. также вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 618.

¹⁶⁷ Заключительные замечания Комитета по правам человека: Швеция, 1 ноября 1995 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 40 (A/51/40)*, том I, пункт 88.

¹⁶⁸ См., например, Франция, Code on the Entry and Stay of Aliens and on the Right to Asylum, arts. L. 213-2, L.512-1, L.522-1 and L.524-1; и Швеция, Aliens Act

сударств в данной области, нет оснований предполагать, что международное право признает за иностранцем, подлежащим высылке, право быть заслушанным компетентным органом. Требуется, чтобы за иностранцем было признано правомочие дать объяснения и изложить свои собственные аргументы в компетентном органе. С учетом обстоятельств дела процедура письменного производства может оказаться достаточной с точки зрения международного права. Комментируя ряд решений Комитета по правам человека по делам, связанным со статьями 13 и 14 Пакта, один юрист писал: "Даже если доводы против предстоящей высылки должны, как правило, быть доказаны на устном слушании, статья 13 в отличие от подпункта d) пункта 3 статьи 14 не порождает права иностранца на личную явку"¹⁶⁹.

5) В подпункте d) пункта 1 предусмотрено право на доступ к эффективным средствам обжалования решения о высылке. Статья 13 Международного пакта о гражданских и политических правах предоставляет иностранцу, находящемуся в высылающем государстве на законных основаниях, право на средства защиты от высылки, однако при этом не уточняется, какой орган должен заниматься рассмотрением апелляций:

"Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств, может быть выслан только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право ... *на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью или лицом или лицами*"¹⁷⁰ (курсив наш).

Комитет по правам человека напомнил, что право на правовую защиту и другие гарантии, предусмотренные в статье 13 Пакта, не могут быть отменены иначе, как если этого требуют "императивные соображения государственной безопасности". Он также подчеркнул, что имеющиеся у высылаемого иностранца средства защиты должны быть эффективными:

"Иностранцу должны быть предоставлены все возможности использовать имеющиеся у него средства судебной защиты с целью воспрепятствовать его высылке, с тем чтобы во всех случаях это право имело действенный характер. Принципы, изложенные в статье 13 относительно обжалования решения о высылке и права на новое рассмотрение дела компетентным органом, могут не соблюдаться лишь в том случае, если этого требуют императивные соображения государственной безопасности"¹⁷¹.

(SFS 2005:716), article 13.3; см. также вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 618.

¹⁶⁹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2nd revised ed. (Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 2005), p. 297 (citing communications № 173/1984, *M.F. v. The Netherlands*, para. 4; № 236/1987, *V.M.R.B. v. Canada*; № 155/1983, *Eric Hammel v. Madagascar*, paras. 19.2 and 20; and № 193/1985, *Pierre Giry v. Dominican Republic*, paras. 5.5 and 6).

¹⁷⁰ Комитет по правам человека, сообщение № 193/1985, *Пьер Хири против Доминиканской Республики*, Соображения от 20 июля 1990 года, пункт 5.5 (Комитет решил, что Доминиканская Республика нарушила статью 13 Пакта, не предоставив соответствующему лицу возможности рассмотрения его дела компетентной властью).

¹⁷¹ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, 11 апреля 1986 года, пункт 10. В деле *Эрик*

Комитет по правам человека также отметил, что подача жалоб в дипломатические и консульские учреждения высылающего государства не является удовлетворительным решением по смыслу статьи 13 Международного пакта о гражданских и политических правах:

"По мнению Комитета, дискреционные полномочия министра внутренних дел относительно высылки из страны любого иностранца без каких бы то ни было гарантий в тех случаях, когда этого требуют интересы безопасности и общественные интересы, создают ряд проблем в контексте статьи 13 Пакта, в частности в том случае, если речь идет об иностранце, который въехал на территорию Сирии на законных основаниях и получил там вид на жительство. Подачу в этой связи высланными иностранцами жалоб в сирийские дипломатические и консульские учреждения нельзя рассматривать как удовлетворительный способ разрешения этой проблемы по смыслу положений Пакта"¹⁷².

Статья 13 Европейской конвенции о правах человека закрепляет право на эффективные средства правовой защиты от нарушения любого права или любой свободы, предусмотренной Конвенцией, в частности в случае высылки¹⁷³:

"Каждый человек, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективные средства правовой защиты перед государственным органом даже в том случае, если такое нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве".

В отношении жалобы, поданной на основании статьи 3 Европейской конвенции о правах человека, Европейский суд по правам человека по поводу обжалования, предусмотренного в статье 13, постановил следующее:

"В подобном случае, учитывая непоправимый характер ущерба, который может быть причинен, если опасность подвергнуться жестокому обращению станет ощутимой, и учитывая то значение, которое Суд придает статье 3, толкование эффективного средства правовой защиты по смыслу статьи 13 требует рассмотрения в условиях полной независимости аргумента о том, что есть серьезные основания опасаться реального риска об-

Аммель против Мадагаскара (сообщение № 155/1983, Соображения от 3 апреля 1987 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок вторая сессия, Дополнение № 40 (A/42/40)*, пункт 19.2) Комитет указал, что заявитель не имел возможности воспользоваться эффективной процедурой обжалования своей высылки. См. также дело *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639, at pp. 666–667, para. 74.

¹⁷² Заключительные замечания Комитета по правам человека: Сирийская Арабская Республика, 5 апреля 2001 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 40 (A/56/40)*, том I, пункт 82 (22), стр. 103.

¹⁷³ Вместе с тем применимость в случае высылки статьи 6 Европейской конвенции о правах человека менее ясна. "Когда под рассмотрение не подпадает ни одно из прав согласно Конвенции, применимы только процессуальные гарантии, касающиеся средств судебной защиты вообще. Хотя в статье 6 содержится ссылка только на средства судебной защиты, касающиеся "гражданских прав и обязанностей" и "уголовных обвинений", суд истолковал это положение как включающее также дисциплинарные санкции. Такие меры, как высылка, которые существенно затрагивают индивидов, должны также рассматриваться как охватываемые этим положением" (Giorgio Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, pp. 309–310).

ращения, противоречащего статье 3. В ходе такого рассмотрения не следует учитывать ни то, что соответствующему лицу удалось предпринять для обоснования высылки, ни угрозу национальной безопасности, которую предположительно ощущает высылающее государство"¹⁷⁴.

Статья 1 Дополнительного протокола № 7 к Европейской конвенции о правах человека предоставляет высылаемому иностранцу право на пересмотр своего дела компетентным органом:

"Статья 1 – Процессуальные гарантии, связанные с высылкой иностранцев

1. Иностранец, на законных основаниях проживающий на территории какого-либо государства, не может быть выслан из него иначе, как во исполнение решения, принятого в соответствии с законом, и должен иметь возможность:

...

b. пересмотра своего дела; и

...

2. Иностранец может быть выслан до осуществления своих прав, перечисленных в подпунктах а), b) и c) пункта 1 данной статьи, если такая высылка необходима в интересах общественного порядка или обусловлена соображениями национальной безопасности".

Аналогичным образом пункт 2 статьи 3 Европейской конвенции об обосновании на жительство гласит:

"Гражданин любой Договаривающейся Стороны, на законных основаниях проживающий на территории любой другой Стороны более двух лет, не может быть выслан, не получив предварительно возможности *изложить доводы против его высылки в компетентном органе либо лицу или лицам, специально назначенным данным компетентным органом, подать им апелляцию или быть представленным для этой цели в органе или перед лицами*" (курсив наш).

В статье 83 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, пункте 2 статьи 32 Конвенции о статусе беженцев, пункте 2 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов, пункте 5 статьи 9 Европейской конвенции о правовом положении трудящихся-мигрантов¹⁷⁵ и пункте 2 статьи 26 Арабской хартии прав человека также содержится требование о том, чтобы решение о высылке сопровождалось возможностью обжалования. Это право обжалования было также признано в формулировках, идентичных формулировкам статьи 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, содержащейся в приложении к резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи:

"Иностранец, на законном основании находящийся на территории государства, может быть выслан с территории этого государства только во

¹⁷⁴ European Court of Human Rights, *Chahal v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application № 22414/93, para. 151.

¹⁷⁵ Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов, Страсбург, 24 ноября 1977 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1496, № 25700, p. 3.

исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на предоставление доводов против своей высылки и *на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью лицом или лицами*" (курсив наш).

В своей общей рекомендации № 30 Комитет по ликвидации расовой дискриминации подчеркнул необходимость в эффективных средствах правовой защиты в случае высылки и рекомендовал государствам – участникам Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации:

"обеспечивать, чтобы неграждане имели равный доступ к эффективным средствам правовой защиты, включая право на оспаривание распоряжений о высылке, и имели возможность эффективно пользоваться такими средствами правовой защиты"¹⁷⁶.

Касаясь случая иммигрантов с неурегулированным статусом, Африканская комиссия прав человека и народов также подчеркнула, что высылкаемому иностранцу следует предоставить средства защиты:

"Комиссия не собирается ставить и не ставит под сомнение право, которое имеет каждое государство в отношении принятия судебных мер против иммигрантов с неурегулированным статусом и отправления их в страны происхождения, если компетентные органы примут такое решение. В то же время она считает неприемлемым, поскольку это противоречит духу и букве Хартии и международного права, факт депортации лиц без предоставления им возможности обращения в национальные органы, которые могут их заслушать"¹⁷⁷.

В этом же ключе относительно другого дела Комиссия заявила, что Замбия нарушила Африканскую хартию прав человека и народов, лишив лицо возможности оспорить постановление о высылке:

"36. Замбия нарушила статью 7 Хартии, отказав заявителю в возможности предпринять административные меры, которые были доступны ему по условиям закона о гражданстве... В любом случае проживание и статус Банды в Замбии были признаны. Он внес вклад в политическую жизнь страны. Были нарушены положения пункта 4 статьи 12.

...

38. Джон Лисон Чинула находился в еще более затруднительном положении. Ему не предоставили возможности опротестовать приказ о депортации. Правительство ни в коей мере не может утверждать, что в 1974 году Чинула перешел на нелегальное положение после истечения срока действия своего разрешения на пребывание. По общему мнению, Чину-

¹⁷⁶ Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 30, пункт 25. См. также заключительные замечания Комитета в отношении Франции, 1 марта 1994 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 18 (A/49/18)*, пункт 144 (право на обжалование).

¹⁷⁷ African Commission on Human and Peoples' Rights, communication No. 159/96, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme v. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997–1998, para. 20.

ла – видный бизнесмен и политик. Если бы правительство пожелало применить к нему какие-либо меры, оно могло бы это сделать. Тот факт, что оно не сделало этого, не оправдывает произвольного характера ареста и депортации 31 августа 1994 года. Он имел право представить свои доводы в судах Замбии. Таким образом, Замбия нарушила статью 7 Хартии.

...

52. Пункт 1 статьи 7 гласит:

"Каждый человек имеет право на рассмотрение его дела...

а) право обращаться в компетентные национальные органы по поводу действий, нарушающих его основные права, которые признаются и гарантируются..."

53. Правительство Замбии, отказывая г-ну Чинуле в возможности обжаловать приказ о его высылке, лишило его права на справедливое слушание, что нарушает все внутренние законы Замбии и международное право прав человека"¹⁷⁸.

6) В подпункте е) пункта 1, содержание которого основано на формулировке статьи 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, закреплено право иностранца, подлежащего высылке, быть представленным в компетентном органе. С точки зрения международного права это право необязательно влечет за собой в контексте процедуры высылки право быть представленным адвокатом. В любом случае оно не предполагает обязанность высылающего государства по оплате расходов на адвокатские услуги.

7) Право иностранца на бесплатную помощь переводчика, если он не понимает языка, используемого в компетентном органе, или не говорит на этом языке, закрепленное в подпункте f) пункта 1, которое закреплено в законодательстве целого ряда государств¹⁷⁹, является одной из важнейших составляющих права быть заслушанным, признанного в подпункте с) пункта 1. Кроме того, оно в явной степени связано с правом на уведомление о решении о высылке и с правом обжаловать это решение, предусмотренными в подпунктах а) и b) пункта 1 данного проекта статьи. В этой связи следует отметить обеспокоенность, выраженную Комитетом по правам ребенка по поводу "жестокости обращения полиции с детьми в ходе принудительных высылки в страну происхождения, куда потерпевшие в ряде случаев депортировались без доступа к ... услугам переводчика"¹⁸⁰. Бесплатное предоставление услуг по переводу необходимо для обеспечения реального осуществления данным иностранцем совокупности его процедурных прав. В этой связи иностранец должен указать компетентным органам язык или языки, которые он в состоянии понимать. При этом право на бесплатную помощь переводчика не следует толковать как включающее в себя право на получение перевода документов потенциально большого объема или

¹⁷⁸ African Commission on Human and Peoples' Rights, communication № 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998–1999.

¹⁷⁹ См., например, Франция, Code on the Entry and Stay of Aliens and on the Right to Asylum, articles L111-8, L221-4, L512-2, L522-2; Испания, Organic Law 4/2000 (11 January 2000) concerning the rights and liberties of foreigners in Spain and their social integration, modified by Organic Law 2/2009 (11 December 2009), art. 63.3; и Швеция, Administrative Act (SFS 1986:223), art. 8 and Alien Act (SFS 2005:716), art. 13:11. См. также вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 645.

¹⁸⁰ Заключительные замечания Комитета по правам ребенка: Испания, 7 июня 2002 года (CRC/C/15/Add.185), пункт 45 а).

же устного перевода на язык, который не является общеупотребительным в том регионе, где находится данное государство, или на международном уровне, если это не нанесет ущерба справедливому проведению слушания. Формулировка подпункта f) пункта 1 полностью воспроизводит подпункт f) пункта 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, который закрепляет данное право в контексте уголовного процесса.

8) Соблюдение процедурных прав, закрепленных в пункте 1 проекта статьи 26, является для высылающего государства обязательным в силу общего международного права. Кроме того, в пункте 2 указано, что перечень процедурных прав, фигурирующих в пункте 1, не наносит ущерба другим процессуальным правам или гарантиям, предусмотренным законодательством. Во-первых, речь идет о правах или гарантиях, которые могут быть признаны за иностранцем в законодательстве высылающего государства (например, возможное право на юридическую помощь¹⁸¹) и которые это государство, таким образом, должно соблюдать согласно своему международно-правовому обязательству придерживаться закона на всех стадиях процедуры высылки¹⁸². Кроме того, пункт 2 следует толковать как сохраняющий равным образом все прочие процедурные права, которыми может пользоваться иностранец, подлежащий высылке, в силу нормы международного права, в частности договорной нормы, обязательной для высылающего государства.

9) Пункт 3 проекта статьи 26 касается консульской помощи, которая призвана выполнить функцию гарантии прав иностранца, подлежащего высылке. В этом пункте упоминается право иностранца *запрашивать* консульскую помощь, что неравнозначно праву на получение этой помощи. Так, в соответствии с международным правом государство гражданства иностранца по-прежнему свободно в своем решении предоставлять или не предоставлять ему помощь, и проект статьи не затрагивает вопроса о возможном наличии права на консульскую помощь согласно внутреннему праву этого государства. В то же время высылающее государство обязано в соответствии с международным правом не препятствовать осуществлению иностранцем своего права запрашивать консульскую помощь, равно как и не препятствовать в соответствующем случае предоставлению такой помощи государством происхождения. Право иностранца, подлежащего высылке, обращаться за консульской помощью также непосредственно закреплено в законодательстве ряда государств¹⁸³.

10) Консульская помощь, которая упоминается в пункте 3 проекта статьи 26, охватывает различные формы помощи, которую иностранцы, подлежащие вы-

¹⁸¹ Относительно права высылаемого лица на правовую помощь см., в частности, соответствующее законодательство Европейского союза, особенно Директиву Совета 2003/109/ЕС от 25 ноября 2003 года о статусе граждан третьих стран, которые являются долгосрочными резидентами. Статья 12 этой директивы гласит:

"4. Если принято решение о высылке, долгосрочному резиденту в соответствующем государстве-участнике должна быть доступна процедура судебного пересмотра.

5. Правовая помощь предоставляется долгосрочным резидентам, не имеющим достаточных средств, на тех же условиях, которые применяются к гражданам государства, в котором они проживают" (European Union, Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third country nationals who are long-term residents, *Official Journal L* 16, pp. 44–53).

¹⁸² См. выше проект статьи 4 и комментарий к нему.

¹⁸³ См. вышеупомянутый меморандум секретариата (A/CN.4/565), пункт 631. См. также первое добавление к шестому докладу Специального докладчика (A/CN.4/625/Add.1), пункты 97–102.

сылке, могут получать от своего государства гражданства при соблюдении норм международного права в сфере консульских сношений, которые в основном отражены в Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года¹⁸⁴. Именно в свете этих норм необходимо оценивать как право соответствующего иностранца запрашивать консульскую помощь, так и обязанности, которые возложены в данном случае на высылающее государство. Следует особо отметить статью 5 этой конвенции, которая содержит перечисление консульских функций, а также ее статью 36, касающуюся сношений консульских должностных лиц с гражданами представляемого государства. Подпункт а) пункта 1 статьи 36 гарантирует такую свободу сношений в весьма общем виде, что позволяет считать такую гарантию в полной мере применимой в рамках процедуры высылки. К тому же аналогичная гарантия, тоже в общем виде, закреплена в статье 10 "Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают", фигурирующей в приложении к резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи¹⁸⁵. Подпункт б) пункта 1 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях, который касается лиц, заключенных в тюрьму или взятых под стражу в ожидании судебного разбирательства либо задержанных в каком-либо ином порядке, устанавливает обязательство государства пребывания уведомить консульское учреждение по требованию соответствующего лица и проинформировать это лицо о его правах в этом отношении, а подпункт с) пункта 1 закрепляет право консульских должностных лиц посещать гражданина представляемого государства, который был заключен под стражу. В других ситуациях, не связанных с высылкой иностранцев, Международный Суд применял статью 36 Венской конвенции о консульских сношениях в делах *Лагранда* и *Авены и других мексиканских граждан*¹⁸⁶. Суд тогда указал, что "в подпункте б) пункта 1 статьи 36 устанавливаются обязательства государства пребывания по отношению к задержанному лицу и представляемому государству"¹⁸⁷ и что "ясность этих положений, рассматриваемых в данном контексте, не требует дополнительных обоснований"¹⁸⁸. Суд вновь возвращался к данному вопросу – на этот раз в связи с задержанием для целей высылки – в своем постановлении от 30 ноября 2010 года по делу *Амаду Садио Диалло*. Подтвердив свое решение по делу *Авены и других мексиканских граждан*¹⁸⁹, Суд напомнил, что именно власти государства, производящего арест, обязаны

"по собственной инициативе информировать арестованное лицо о его праве требовать уведомления своего консульства; тот факт, что это лицо не выдвигало подобных требований, не только не оправдывает несоблюдение обязательства об информировании, которое несет государство,

¹⁸⁴ Венская конвенция о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, № 8638, p. 261.

¹⁸⁵ Это положение гласит: "Любому иностранцу должна быть предоставлена свобода в любое время связаться с консульством или дипломатическим представительством государства, гражданином которого он является, или, при отсутствии таковых, с консульством или дипломатическим представительством любого другого государства, которому поручено защищать интересы государства, гражданином которого он является, в государстве, в котором он проживает".

¹⁸⁶ Дело *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2001, p. 466, at pp. 489-498, paras. 64-91; дело *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2004, p. 12, at pp. 39-57, paras. 49-114.

¹⁸⁷ Дело *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2001, p. 466, at p. 494, para. 77.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Judgment, *I.C.J. Reports* 2004, p. 12, at p. 46, para. 76.

производящее арест, но и вполне может в ряде случаев также объясняться именно тем, что данное лицо не было проинформировано о своих правах в этом отношении... С другой стороны, то обстоятельство, что консульские власти государства гражданства арестованного лица узнали о его аресте из других источников, не устраняет факта нарушения обязательства "безотлагательно" информировать арестованного о его правах, когда это нарушение было совершено"¹⁹⁰.

Констатируя также, что Демократическая Республика Конго не представила "ни малейшего доказательства в обоснование" утверждения о том, что она устно сообщила г-ну Диалло о его правах, Суд пришел к выводу о нарушении этим государством положений подпункта b) пункта 1 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях¹⁹¹.

11) Пункт 4 касается случая иностранцев, которые незаконно находились на территории высылающего государства в течение непродолжительного срока. Он составлен в виде оговорки "не наносят ущерба", цель которой – сохранить в данном случае возможность применения любого законодательства высылающего государства, касающегося высылки таких лиц. В законодательстве целого ряда государств предусмотрены упрощенные процедуры высылки иностранцев, незаконно находящихся на их территории. В рамках этих процедур соответствующий иностранец зачастую не пользуется правом обжаловать свою высылку, а также процедурными правами, упомянутыми в пункте 1, которые призваны обеспечить реальное осуществление этого права. При этом в целях прогрессивного развития международного права Комиссия сочла целесообразным признать процедурные права, закрепленные в пункте 1, даже за иностранцами, незаконно находящимися на территории высылающего государства, при условии, что они находятся на ней минимальный срок. Согласно законодательству некоторых государств этот срок не должен превышать шесть месяцев¹⁹².

Статья 27

Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке

Обжалование со стороны подлежащего высылке иностранца, который законно находится на территории высылающего государства, приостанавливает исполнение решения о высылке при наличии реального риска причинения серьезного непоправимого вреда.

Комментарий

1) Проект статьи 27, формулировка которого предусматривает приостанавливающее действие обжалования решения о высылке со стороны иностранца, законно находящегося на территории высылающего государства, представляет собой попытку прогрессивного развития международного права. В практике государств в этой области не наблюдается достаточного единообразия и сходства, из которых можно было бы вывести существование в действующем праве нормы общего международного права, предусматривающей приостанавливающее действие обжалования решения о высылке, когда существует реальная опас-

¹⁹⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 672, para. 95.*

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 673, paras. 96 and 97.

¹⁹² См. обсуждение этого вопроса в первом добавлении к шестому докладу Специального докладчика (A/CN.4/625/Add.1), пункты 17–40.

ность нанесения подлежащему высылке иностранцу серьезного и непоправимого ущерба.

2) Тем не менее включение в настоящие проекты статей формулировки о таком приостанавливающем действии представляется оправданным. В число оснований для признания такого приостанавливающего действия, безусловно, входит то обстоятельство, что часто в отсутствие приостановления исполнения решения о высылке обжалование не будет действенным в свете потенциальных препятствий для возвращения, с которыми, возможно, придется столкнуться, в частности в материальном плане, иностранцу, которому тем временем придется покинуть территорию высылающего государства после принятия решения о высылке, незаконный характер которого удастся констатировать лишь после его отъезда.

3) В этой связи следует отметить позицию, занятую Европейским судом по правам человека относительно последствий обжалования для исполнения решения. Признавая дискреционные полномочия государств-участников в этом аспекте, Суд указал, что меры, которые могут иметь необратимые последствия, не должны исполняться до тех пор, пока национальные власти не определяют их совместимость с Конвенцией. Так, в деле *Чонка против Бельгии* Суд пришел к выводу, что имело место нарушение статьи 13 Конвенции:

"Суд считает, что понятие эффективного средства правовой защиты согласно статье 13 требует, чтобы средство правовой защиты могло предотвратить исполнение мер, которые противоречат Конвенции и последствия которых являются потенциально необратимыми... Следовательно, исполнение таких мер до того, как национальные власти изучат, совместимы ли они с Конвенцией, противоречит статье 13, хотя Договаривающимся государствам предоставлены некоторые дискреционные полномочия в том, что касается способа соблюдения ими своих обязательств в соответствии с этим положением"¹⁹³.

4) Можно упомянуть и о том, что Парламентская ассамблея Совета Европы рекомендовала, чтобы иностранцы, высланные с территории государства – члена Совета Европы, имели право на приостанавливающее обжалование, которое должно быть рассмотрено в течение трех месяцев с даты первоначального решения о высылке:

"Что касается высылки: ii. любое решение о высылке иностранца с территории государства – члена Совета Европы должно подлежать праву приостанавливающего обжалования; iii. если жалоба на высылку подана, процедура обжалования должна быть завершена в течение трех месяцев с даты первоначального решения о высылке"¹⁹⁴.

В этой связи любопытно отметить, что, по мнению Парламентской ассамблеи Совета Европы, право на обжалование следует также признать за иностранцами с неурегулированным статусом:

"Иностранец, не имеющий действительного вида на жительство, может быть удален с территории государства-члена только по конкретным за-

¹⁹³ European Court of Human Rights, *Čonka v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 5 February 2002, Application № 51564/99, para. 79. См. также European Court of Human Rights, *A.C. and others v. Spain*, Judgment, 22 April 2014, Application No. 6528/11, para. 88.

¹⁹⁴ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1624 (2003), Common policy on migration and asylum, 30 September 2003, para. 9.

конным основаниям, кроме тех, которые являются политическими или религиозными. До своего удаления он должен иметь право и возможность апелляции независимому апелляционному органу. Следует рассмотреть вопрос о предоставлении ему также права или альтернативного способа представить свои доводы судье. Он должен быть информирован о своих правах. Если он обращается в суд или в высокий административный орган, никакое удаление не может быть осуществлено до вынесения решения по его делу.

Лицо, имеющее действительный вид на жительство, может быть выслано с территории государства-члена только во исполнение постановления, вынесенного судебным органом"¹⁹⁵.

Комиссия не зашла столь далеко.

Статья 28

Международные процедуры для индивидуального обращения за правовой защитой

Подлежащий высылке иностранец вправе воспользоваться любой доступной процедурой индивидуального обращения за правовой защитой в компетентный международный орган.

Комментарий

Проект статьи 28 призван напомнить, что иностранцы, подлежащие высылке, могут, в зависимости от обстоятельств, иметь доступ к процедурам индивидуального обращения за правовой защитой в компетентный международный орган. По сути дела, речь идет о процедурах индивидуальных жалоб, которые предусмотрены в различных договорах о защите прав человека как на международном, так и на региональном уровнях.

Часть пятая

Правовые последствия высылки

Статья 29

Возвращение в выславшее государство

1. Законно находившийся на территории государства иностранец, который был выслан этим государством, имеет право вернуться в выславшее его государство, если компетентный орган установит, что высылка была незаконной, если только его возвращение не создаст угрозу для национальной безопасности или публичного порядка или такой иностранец иным образом не перестанет соответствовать условиям для его приема по закону выславшего его государства.

2. Прошлые решение о высылке никоим образом не может использоваться для воспрепятствования возвращению иностранца.

Комментарий

1) В проекте статьи 29 в целях прогрессивного развития международного права и при соблюдении определенных условий сказано, что иностранец, который был вынужден покинуть территорию этого государства после незаконной

¹⁹⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Appendix to Recommendation 769 (1975) on the legal status of aliens, 3 October 1975, paras. 9–10.

высылки, имеет право на возвращение в выславшее его государство. Хотя такое право – при соблюдении разных условий – можно обнаружить в законодательстве некоторых государств¹⁹⁶ и даже на международном уровне¹⁹⁷, в области практики не наблюдается достаточных совпадений, чтобы можно было утверждать о наличии в позитивном праве права на возвращение как личного права незаконно высланного иностранца.

2) Даже с точки зрения прогрессивного развития Комиссия проявила осмотрительность, давая формулировку такого права. Так, проект статьи 29 касается исключительно случая иностранца, незаконно находящегося на территории данного государства, который был выслан из него незаконным образом, если только незаконность его высылки была признана компетентным органом, и за исключением случаев, когда государство, предписавшее высылку, может правомерно сослаться на одно из оснований, предусмотренных в проекте статьи, отказывая в возвращении данного иностранца.

3) Термин "незаконный", которым определяется высылка в проекте статьи, означает любую высылку в нарушение нормы международного права. Тем не менее его также следует понимать в свете принципа, изложенного в статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах и воспроизведенного в проекте статьи 4, согласно которому иностранец может быть выслан только на основании решения, принятого в соответствии с законом, т.е. прежде всего в соответствии с внутренним правом высылающего государства.

4) Право на возвращение в соответствии с проектом статьи 29 ограничивается ситуациями, в которых незаконность высылки была признана в обязательном решении либо органов высылающего государства, либо международного органа – такого, как суд или иной судебный орган, – имеющего компетенцию выносить такое решение. Это не касается случая, когда компетентные органы признают, что решение о высылке, которое было незаконным на момент его принятия, было скорректировано для его приведения в соответствие с законодательством. По мнению Комиссии, было бы нецелесообразно ставить признание такого права в зависимость от отмены неправомерного решения о высылке, поскольку его отмена в принципе является прерогативой властей высылающего государства. Кроме того, формулировка статьи 29 также охватывает ситуации, когда высылка была произведена без принятия официального решения, т.е. в результате поведения, которое может быть присвоено высылающему государству¹⁹⁸. Тем не менее, поставив право на возвращение в зависимость от наличия предварительного признания неправомерности высылки компетентным органом, проект статьи 29 не предусматривает признание за иностранцем в данном

¹⁹⁶ См., например, Франция, Кодекс о въезде и пребывании иностранцев и праве на получение убежища, статья L. 524-4.

¹⁹⁷ Межамериканская комиссия по правам человека в этой связи признала наличие такого права в решении по делу о произвольной высылке священника-иностранца. Комиссия постановила:

"рекомендовать правительству Гватемалы: а) чтобы отцу Карлосу Стеттеру было разрешено вернуться на территорию Гватемалы и проживать в этой стране, если он того пожелает; б) чтобы оно расследовало действия, о которых сообщалось, и наказало виновных в них лиц; и с) чтобы оно в течение 60 дней проинформировало Комиссию о мерах, принятых во исполнение данных рекомендаций" (Inter-American Commission on Human Rights, Resolution 30/81, Case 73/78 (Guatemala), 25 June 1981, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980–1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev.1, 16 October 1981).

¹⁹⁸ См. в этой связи проект статьи 10 выше, в котором устанавливается запрещение замаскированной высылки в любой форме.

контексте правомочия давать самостоятельное толкование законности или незаконности высылки, которой он был подвергнут.

5) Проект статьи 29 не следует понимать как призванный придать решению международного органа юридические последствия, помимо тех, которые предусмотрены в правовом акте об учреждении этого органа. В нем лишь признается с точки зрения прогрессивного развития и на независимой основе право на возвращение на территорию высылающего государства, наличие которого обусловлено таким предварительным юридически обязательным признанием высылки незаконной.

6) Как непосредственно указано в этом проекте статьи, высылающее государство сохраняет право отказать в возвращении иностранцу, который был выслан неправомерным образом, если такое возвращение создаст угрозу для национальной безопасности или публичного порядка или если такой иностранец иным образом перестал соответствовать условиям допуска согласно праву выславшего государства. Необходимо признать такие изъятия из нормы о возвращении, чтобы сохранить справедливый баланс между правами незаконно высланного иностранца и правом выславшего государства контролировать въезд любого иностранца на свою территорию в соответствии с законодательством, действующим на момент принятия необходимого решения по поводу возвращения данного иностранца. Последнее изъятие, предусмотренное в проекте статьи 29, призвано учесть тот факт, что в известных случаях обстоятельства или элементы, на основе которых иностранец мог получить разрешение на въезд или вид на жительство, уже могут отсутствовать. Тем не менее право государства давать оценку условиям возвращения должно осуществляться добросовестно: так, выславшее государство не вправе мотивировать отказ в возвращении теми нормами своего законодательства, которые рассматривают одно лишь наличие ранее принятого и оказавшегося незаконным решения о высылке как препятствие для возвращения. Такое ограничение отражено в пункте 2 статьи 29, где предусмотрено, что "прошрое решение о высылке никоим образом не может использоваться для воспрепятствования возвращению иностранца". Источником этой формулировки является пункт 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей¹⁹⁹.

7) Наконец, изложение права на возвращение в соответствии с проектом статьи 29 не затрагивает юридический режим ответственности государства за международно-противоправные деяния, о чем говорится в проекте статьи 30. В частности, общие нормы, касающиеся возмещения за международно-противоправное деяние, сохраняют свою актуальность и в контексте высылки иностранцев.

Статья 30

Ответственность государств в случаях незаконной высылки

Высылка иностранца в нарушение обязательств высылающего государства, предусмотренных настоящими проектами статей или любым другим правилом международного права, влечет международную ответственность этого государства.

¹⁹⁹ Это положение гласит: "Если уже исполненное решение о высылке впоследствии отменяется, заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о компенсации в соответствии с законом, и принятое ранее решение не может быть использовано с целью воспрепятствовать их повторному въезду в данное государство" (курсив наш).

Комментарий

1) Нет сомнений в том, что любая высылка в нарушение нормы международного права влечет за собой международную ответственность высялающего государства за международно-противоправное деяние. В этой связи проект статьи 30 следует трактовать в свете Части второй статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния²⁰⁰. В Части второй изложено содержание международной ответственности государства, в том числе в контексте высылки иностранцев²⁰¹.

2) Основополагающий принцип полного возмещения государством вреда, причиненного международно-противоправным деянием, закреплен в статье 31 об ответственности государств²⁰², в то время как статья 34²⁰³ предусматривает различные формы возмещения, такие как реституция (статья 35), компенсация (статья 36) и сатисфакция (статья 37). Судебная практика по делам о возмещении в связи с неправомерной высылкой является особенно насыщенной²⁰⁴.

3) Иногда в качестве формы возмещения избиралась реституция в виде возвращения иностранца в выславшую страну. В этой связи Специальный докладчик по вопросу о международной ответственности г-н Гарсия Амадор отмечал: "Что касается произвольной высылки, то сатисфакция заключается в отмене вменяемой в вину меры и разрешения иностранному гражданину вернуться в страну"²⁰⁵. В этой связи он отметил дела *Лэмптона* и *Уилтбэнка* (двух американских граждан, высланных из Никарагуа в 1894 году) и дело четырех британских подданных, также высланных из Никарагуа²⁰⁶. Возвращение в случае не-

²⁰⁰ См. *Yearbook ... 2001*, vol. II (Part Two), p. 86–116.

²⁰¹ См. пункт 5) общего комментария Комиссии к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния; *Yearbook ... 2001*, vol. II (Part Two), p. 32.

²⁰² Статья 31 гласит: "Статья 31 – Возмещение: 1. Ответственное государство обязано предоставить полное возмещение вреда, причиненного международно-противоправным деянием. 2. Вред включает любой ущерб, материальный или моральный, нанесенный международно-противоправным деянием государства".

²⁰³ Статья 34 гласит: "Статья 34 – Формы возмещения: Полное возмещение вреда, причиненного международно-противоправным деянием, осуществляется в форме реституции, компенсации и сатисфакции, будь то отдельно или в их сочетании, в соответствии с положениями настоящей главы".

²⁰⁴ См., например, дело *Paquet Case (Expulsion)*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, pp. 323–325, at p. 325 (Filtz); дело *Oliva*, Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 600–609; дело *Maal*, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, 1 June 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 730–733; *Daniel Dillon (United States of America) v. United Mexican States*, Mexico-U.S.A. General Claims Commission, Award of 3 October 1928, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 368–371; *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Award of 2 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, pp. 92–113; дело *Moustaquim v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), European Court of Human Rights, 18 February 1991, Application № 12313/86; дело *Čonka v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), European Court of Human Rights, 5 February 2002, Application № 51564/99.

²⁰⁵ Международная ответственность, шестой доклад Ф.В. Гарсия Амадора, Специального докладчика (ответственность государства за ущерб, причиненный на его территории личности или имуществу иностранцев – возмещение ущерба), *Ежегодник ...*, 1961 год, том II, A/CN.4/134, и добавление, пункт 99.

²⁰⁶ Там же, пункт 99, примечание 159. Эти дела упоминались Джоном Бассетом Муром в *Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. IV, 1906,

правомерной высылки было предписано Межамериканской комиссией по правам человека в связи с произвольной высылкой иностранного священника²⁰⁷.

4) Компенсация неоднократно использовалась судами в качестве признанной формы возмещения за ущерб, причиненный высланному иностранцу или государству его гражданства в результате незаконной высылки. Нет разногласий по поводу того, что компенсируемый вред охватывает как материальный ущерб, так и моральный вред²⁰⁸. Следует также упомянуть новый аспект в праве на возмещение, привнесенный Межамериканским судом по правам человека, который включил нарушение "жизненных планов" в категорию вреда, причиненного жертвам нарушений прав человека²⁰⁹.

Несколько арбитражных судов присудили возмещение вреда иностранцам, которые стали жертвами неправомерной высылки. В деле *Паке* арбитр заявил, что с учетом произвольного характера высылки правительство Венесуэлы должно выплатить лицу компенсацию за прямой вред, который был ему причинен:

"...правительства по общему правилу дают объяснения правительству высылаемого лица, если оно попросит об этом, и когда в таких объяснениях отказывают, как это случилось в рассматриваемом деле, высылка может быть сочтена произвольным действием, которое порождает право на возмещение, и к тому же настоящий случай отягощен тем обстоятельством, что прерогативы исполнительной власти согласно Конституции Венесуэлы не позволяют ей запрещать въезд на национальную территорию или высылать с нее домицилированных иностранцев, которых правительство подозревает в том, что они представляют опасность для общественного порядка;

pp. 99–101. Лэмптон и Уилтбэнк были высланы правительством Никарагуа, а затем им было разрешено вернуться в Никарагуа по требованию Соединенных Штатов. В деле четырех британских подданных Великобритании потребовала "безоговорочной отмены решений о высылке", а Никарагуа ответила, что "нет нужды их отменять, поскольку все лица, виновные в участии в восстании Москитов, были амнистированы".

²⁰⁷ "Межамериканская комиссия по правам человека постановила: ... 3. Рекомендовать правительству Гватемалы: а) разрешить отцу Карлосу Стеттеру вернуться в Гватемалу и проживать в этой стране, если он того пожелает; б) расследовать действия, о которых было сообщено, и наказать ответственных за них лиц; и с) в течение 60 дней информировать Комиссию о мерах, принятых во исполнение данных рекомендаций" (Inter-American Commission on Human Rights, Resolution 30/81, Case 7378 (Guatemala), 25 June 1981, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980–1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9, rev. 1, 16 October 1981).

²⁰⁸ По этому вопросу см., например, European Court of Human Rights, дело *Emre v. Switzerland*, judgment of 22 May 2008, Application № 5056/10; или Inter-American Court of Human Rights, дело *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 7 March 2005, Series C n°134; и *Pueblo Bello*. В этой связи см. также решение Международного Суда от 19 июня 2012 года по делу *Ahmadou Sadio Diallo*, рассмотренное в пункте 6) ниже.

²⁰⁹ См., в частности, решения по делам *Loayza Tamayo v. Peru*, Judgment of 27 November 1998 (Reparations and costs), Series C, № 42, paras. 144–154; *Cantoral Benavides*, Judgment of 3 December 2001 (Reparations and costs), Series C, № 88, paras. 60 and 80; и *Gutiérrez Soler v. Colombia*, Judgment of 12 September 2005 (Merits, reparations and costs), Series C, № 132, paras. 87–89.

считая, кроме того, что запрошенная сумма не представляется чрезмерной:

постановляет, что требование Н.А. Паке дает право на компенсацию в размере 4 500 франков"²¹⁰.

В деле *Оливы* арбитр также присудил возмещение ущерба, чтобы компенсировать убытки в результате расторжения концессии, хотя этот ущерб был ограничен расходами, которые понесло лицо, и временем, потраченным этим лицом на получение контракта²¹¹. По мнению арбитра Аньоли, произвольный характер высылки сам по себе мог бы явиться основанием для иска по возмещению ущерба:

"должна быть присуждена компенсация в размере не менее 40 000 боливаров независимо от любой суммы, которая может обоснованно причитаться ему за произвольный разрыв упомянутого выше контракта, поскольку не может быть никаких сомнений в том, что, даже если бы он не смог получить упомянутой концессии, одного только факта его произвольной высылки было бы достаточно для обоснования требования о компенсации"²¹².

В других делах основанием для компенсации стал незаконный способ осуществления высылки (и в том числе предшествовавшие ей продолжительность и условия содержания под стражей). В деле *Маала* арбитр присудил истцу возмещение ущерба из-за грубого обращения, которому он подвергался. С учетом того, что лица, отвечавшие за высылку, не понесли наказания, арбитр посчитал, что компенсация должна быть достаточной, чтобы продемонстрировать, что государство, ответственное за эти действия, "признало тяжкое оскорбление", нанесенное истцу:

"Арбитр определил, что личность должна рассматриваться как нечто неприкосновенное, что нельзя ни касаться ее, ни даже дотрагиваться до нее без ее согласия, пусть даже в гневе или по иной причине, поскольку в этой ситуации имеет место нападение, дающее право на получение компенсации, соразмерной намерению нападающего, характеру нападения и человеческому достоинству лица, подвергшегося нападению... Поскольку, судя по всему, нет признаков того, что те, кому правительством Венесуэлы была поручена эта важная задача, были предупреждены, наказаны или освобождены от своих обязанностей, единственный способ, которым оно может выразить сожаление и лояльность в отношении подданного суверенного дружественного государства, заключается в выплате денежной компенсации. Сумма должна быть достаточной, чтобы продемонстрировать, что данное государство признает тяжкое оскорбление, нанесенное этому подданному, и желает полностью выплатить ему должное. Достаточно одного этого тяжкого оскорбления, чтобы арбитр счел, что правительство-ответчик должно выплатить правительству-истцу, выступающему от имени заявителя, сумму в размере 500 долларов Соединенных Штатов Америки золотом или ее эквивалент серебром по текущему ва-

²¹⁰ Дело *Paquet*, Belgium-Venezuela Mixed Claims Commission, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 325.

²¹¹ Дело *Oliva*, Italy-Venezuela Mixed Claims Commission, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 607–609 (Ralston, umpire), с подробным описанием расчета суммы возмещения в этом конкретном случае.

²¹² Дело *Oliva*, *ibid.*, p. 602 (Agnoli, commissioner).

лютному курсу на дату выплаты, и может быть вынесено соответствующее решение"²¹³.

В деле *Даниела Диллона* возмещение ущерба было присуждено истцу за жестокое обращение, которому он подвергся по причине длительности и условий содержания под стражей. Рассматривавший это дело арбитр указал:

"Однако длительность содержания под стражей и факт его содержания без общения с внешним миром и без его уведомления о мотивах задержания представляют собой, по мнению Комиссии, жестокое обращение, несоизмеримое с целью ареста, до такой степени, что у Мексиканских Соединенных Штатов возникает ответственность по международному праву. Вследствие этого в порядке возмещения ущерба необходимо выплатить сумму в размере 2 500 долларов Соединенных Штатов Америки, без процентов"²¹⁴.

В деле *Егера* Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов присудил истцу компенсацию 1) за утрату имущества, которое он вынужден был оставить, поскольку ему не было предоставлено достаточно времени, чтобы подготовиться к отъезду²¹⁵, и, 2) с другой стороны, за деньги, изъятые в аэропорту "стражами исламской революции"²¹⁶.

В некоторых случаях Европейский суд по правам человека присуждал денежное возмещение за моральный ущерб в результате незаконной высылки. В деле *Мустаким против Бельгии* Суд, хотя и отклонил требование о компенсации упущенной выгоды в результате высылки, противоречащей статье 8 Европейской конвенции о правах человека, подчеркнув отсутствие причинно-следственной связи между нарушением и упущенной выгодой, но в то же время присудил истцу для восстановления справедливости сумму в размере 100 000 бельгийских франков в порядке возмещения морального вреда за время, которое он вынужден был находиться вдали от своей семьи и друзей, в стране, с которой его ничего не связывало²¹⁷. В деле *Чонка против Бельгии* Европейский суд по правам человека присудил сумму в 10 000 евро за моральный вред в результате высылки, противоречащей пунктам 1 и 4 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека (право на свободу и безопасность), статье 4 Протокола № 4 к этой Конвенции (запрещение коллективной высылки) и статье 13 Конвенции (право на эффективные средства правовой защиты), взятым в совокупности со статьей 4 Протокола № 4²¹⁸.

5) Сатисфакция как форма возмещения предусмотрена в статье 37 проекта статей об ответственности государств. Она может быть применена в случае неправомерной высылки, в частности в ситуациях, когда решение о высылке еще

²¹³ Дело *Maal*, Netherlands-Venezuela Mixed Claims Commission, 1 June 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 732 and 733 (Plumley, umpire).

²¹⁴ *Daniel Dillon (United States of America) v. United Mexican States*, Mexico-U.S.A. General Claims Commission, Award of 3 October 1928, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 369.

²¹⁵ Дело *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Award of 2 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, pp. 107–109, paras. 51–59.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 110, paras. 61–63.

²¹⁷ Дело *Moustaquim v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 February 1991, Application № 12313/86, paras 52–55.

²¹⁸ Дело *Čonka v. Belgium*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 5 February 2002, Application № 51564/99, para. 42.

не было исполнено. Европейский суд по правам человека пришел к выводу, что в таком случае постановление, признающее решение о высылке незаконным, представляет собой адекватную форму сатисфакции, и поэтому не присудил другого возмещения морального вреда. В этой связи следует отметить дела *Бельджуди против Франции*²¹⁹, *Чахал против Соединенного Королевства*²²⁰ и *Ахмед против Австрии*²²¹. В этой связи следует напомнить, что сама Комиссия в своем комментарии к статье 37 статей об ответственности государств указала: "Одной из наиболее распространенных форм сатисфакции, предусматриваемой в случае морального или нематериального вреда государству, является заявление о противоправности деяния, сделанное компетентным судом или трибуналом"²²². В связи с сатисфакцией как формой репарации следует также отметить, что Межамериканский суд по правам человека не ограничивается лишь присуждением компенсации жертвам незаконной высылки, полагая, что "к числу форм возмещения, которое должно предоставить государство, безусловно, относятся и формы, предполагающие эффективное расследование обстоятельств и наказание виновных"²²³.

6) Вопрос о возмещении за международно-противоправные деяния в связи с высылкой иностранца недавно рассматривался Международным Судом в его решении от 30 ноября 2010 года по делу *Амаду Садио Диалло*:

"Сделав вывод о том, что Демократическая Республика Конго нарушила свои обязательства по статьям 9 и 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, статьям 6 и 12 Африканской хартии прав человека и народов, а также по подпункту b) пункта 1 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях (см. пункты 73, 74, 85 и 97 выше), Суд теперь должен, с учетом заключительных представлений Гвинеи, определить последствия, вытекающие из этих международно-

²¹⁹ Дело *Beldjoudi v. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 26 March 1992, Application № 12083/86, para. 86: "Заявителям, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет им достаточную компенсацию в этой связи". Суд также отметил, что имело бы место нарушение статьи 8 Конвенции, "если бы решение о высылке г-на Бельджуди [было] исполнено" (пункт 1 постановляющей части).

²²⁰ Дело *Chahal v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application № 22414/93, para. 158: "Постановив, что нарушение пункта 1 статьи 5 не имело места..., Суд не присуждает возмещения за моральный вред за период времени, который г-н Чахал провел в заключении. Что касается других исковых требований, то констатация того, что высылка, если бы она была осуществлена, представляла бы собой нарушение статьи 3 и что имеет место нарушение пункта 4 статьи 5 и статьи 13, представляет собой справедливую достаточную сатисфакцию".

²²¹ Дело *Ahmed v. Austria*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 17 December 1996, Application № 25964/94. Суд отказался выплатить компенсацию за утрату заработной платы из-за отсутствия причинно-следственной связи между материальным ущербом и его выводом относительно статьи 3 Конвенции (пункт 50). Затем он заявил: "Суд считает, что истцу, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет ему в этой связи достаточную компенсацию" (пункт 51); далее, в заключение: "...поскольку истец подвергается реальному риску подвергнуться в Сомали обращению, противоречащему статье 3 Конвенции, исполнение решения о его депортации в эту страну будет представлять собой нарушение этого положения" (пункт 2 постановляющей части).

²²² Пункт 6) комментария к статье 37, *Yearbook... 2001*, vol. II (Part Two), pp. 106–107.

²²³ *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 22 February 2002 (Reparations), paras. 73 and 106.

противоправных деяний, которые влекут международную ответственность Демократической Республики Конго"²²⁴.

Затем Суд напомнил о правовом режиме возмещения, в соответствии с которым возмещение либо должно, насколько это возможно, "ликвидировать все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая по всей вероятности, существовала бы, если бы это деяние не было совершено"²²⁵ (принцип, закрепленный в деле о *Хожувской фабрике*), либо может принимать "форму компенсации или сатисфакции или даже и того, и другого"²²⁶ (на этот принцип Суд недавно сослался в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)*), и заявил следующее:

"С учетом обстоятельств дела, особенно основополагающего характера обязательств в области прав человека, которые были нарушены, и требования Гвинеи о возмещении в форме компенсации, Суд считает, что в дополнение к судебному установлению указанных нарушений, возмещение, причитающееся Гвинее в связи с убытками, понесенными г-ном Диалло, должно принять форму компенсации"²²⁷.

Затем 19 июня 2012 года Суд вынес решение по вопросу о возмещении, причитающемся Гвинейской Республике со стороны Демократической Республики Конго²²⁸. Он присудил Гвинее компенсацию в 85 000 долл. США в счет возмещения неимущественного вреда, причиненного г-ну Диалло в результате противоправных деяний, которые могут быть присвоены Демократической Республике Конго²²⁹, а также, исходя из соображений справедливости, компенсацию в размере 10 000 долл. в счет утраты личного имущества г-на Диалло²³⁰. При этом Суд отклонил за недостатком доказательств требования о предоставлении возмещения неполученного вознаграждения г-на Диалло за период содержания под стражей и в результате его неправомерной высылки²³¹. В целом Суд затронул в своем решении несколько моментов, касающихся условий и форм возмещения, в частности причинно-следственную связь между противоправными актами и ущербом, оценку ущерба, включая нематериальный вред, и доказательства его причинения.

Статья 31

Дипломатическая защита

Государство гражданства подлежащего высылке иностранца может осуществлять дипломатическую защиту такого иностранца.

²²⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 691, para. 160.*

²²⁵ *Judgment No. 13 (Merits), 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 47.*

²²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, pp. 103–104, para. 273.*

²²⁷ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 691, para. 161.*

²²⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324.*

²²⁹ *Ibid.*, pp. 333–335, paras. 18–25.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 335–338 and 343, paras. 26–36 and 55.

²³¹ *Ibid.*, pp. 338–342, paras. 37–50.

Комментарий

1) Проект статьи 31 представляет собой ссылку на институт дипломатической защиты, юридический режим которого прочно укоренился в международном праве. Неоспоримо, что государство гражданства иностранца, подлежащего высылке, правомочно осуществлять дипломатическую защиту в отношении своего гражданина на условиях, предусмотренных в нормах международного права в этой области. Последние отражены в существенной мере в статьях о дипломатической защите, принятых Комиссией в 2006 году, текст которых затем был включен Генеральной Ассамблеей в приложение к ее резолюции 62/67 от 6 декабря 2007 года²³².

2) В своем постановлении 2007 года по предварительным возражениям по делу *Диалло* Международный Суд подтвердил в контексте высылки иностранцев два существенных условия для осуществления дипломатической защиты, а именно: связь узами гражданства и предварительное исчерпание внутренних средств правовой защиты²³³.

²³² Текст статей и комментариев о дипломатической защите см. доклад Комиссии о работе ее пятьдесят восьмой сессии (2006 год), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10), пункт 50.

²³³ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 582, at p. 599, para. 40.

Глава V

Защита людей в случае бедствий

А. Введение

46. В период с шестидесятой (2008 год) по шестьдесят пятую сессию (2013 год) Комиссия рассматривала данную тему на основе шести докладов²³⁴ Специального докладчика, касавшихся, среди прочего, основных правовых вопросов, которые предстоит рассмотреть, сферы охвата данной темы *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis*, определения термина "бедствие" для целей данной темы, основной обязанности сотрудничать, принципов, на которых основывается защита людей в случае бедствий, вопроса о роли пострадавшего государства, ответственности пострадавшего государства в отношении обращения за помощью, если масштабы бедствия превышают его национальный потенциал реагирования, обязанности пострадавшего государства не отказывать произвольно в получении внешней помощи, права предлагать помощь международного сообщества, условий предоставления помощи, вопроса о прекращении помощи, предупреждения в контексте защиты людей в случае бедствий, включая уменьшение риска бедствий, предотвращение в качестве одного из принципов международного права и международное сотрудничество в области предотвращения. Комиссии также был представлен меморандум Секретариата, в котором речь шла главным образом о стихийных бедствиях (A/CN.4/590 и Add.1-3) и содержался общий обзор существующих правовых инструментов и текстов, применимых к различным аспектам предотвращения бедствий и оказания экстренной помощи, а также защиты людей в случае бедствий. На рассмотрении Комиссии к тому же находился свод письменных ответов, представленных Управлением по координации гуманитарных вопросов Секретариата Организации Объединенных Наций и Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, на вопросы, адресованные им Комиссией в 2008 году.

47. На своей шестьдесят второй сессии (в 2010 году) Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 1 (Сфера охвата), 2 (Цель), 3 (Определение бедствия), 4 (Связь с международным гуманитарным правом) и 5 (Обязанность сотрудничать)²³⁵. На шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 6 (Гуманитарные принципы при реагировании на бедствия), 7 (Достоинство человека), 8 (Права человека), 9 (Роль пострадавшего государства), 10 (Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью) и 11 (Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь)²³⁶. На своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 5-бис (Формы сотрудничества), 5-тер (Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий), 12 (Предложения помощи), 13 (Условия оказания внешней помощи), 14 (Облег-

²³⁴ См. A/CN.4/598, A/CN.4/645 и Corr.1, A/CN.4/629, A/CN.4/643 и Corr.1, A/CN.4/652 и A/CN.4/662.

²³⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 330.

²³⁶ Там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 228.

чение оказания внешней помощи), 15 (Прекращение внешней помощи) и 16 (Обязанность уменьшать риск бедствий)²³⁷.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

48. На данной сессии на рассмотрении Комиссии находился седьмой доклад Специального докладчика (A/CN.4/668 и Corr.1 и Add.1), касающийся защиты персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров и включающий в себя предложение по проекту статьи 14-бис (Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров)²³⁸. В докладе далее рассматривалась связь разрабатываемых проектов статей с другими нормами и были изложены предложения по проектам статей 17 (Связь со специальными нормами международного права)²³⁹, 18 (Вопросы, касающиеся ситуаций бедствия, не регулируемые настоящими проектами статей)²⁴⁰ и 19 (Связь с Уставом Организации Объединенных Наций)²⁴¹. В докладе также было изложено предложение по проекту статьи 3-бис (Употребление терминов)²⁴².

²³⁷ Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункт 61.

²³⁸ Проект статьи 14-бис был сформулирован следующим образом:

Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров

Пострадавшее государство принимает все необходимые меры для обеспечения защиты персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров, находящихся на его территории для цели оказания внешней помощи.

²³⁹ Проект статьи 17 был сформулирован следующим образом:

Связь со специальными нормами международного права

Настоящие проекты статей не применяются, если они не согласуются со специальными нормами международного права, применяемыми в ситуациях бедствия.

²⁴⁰ Проект статьи 18 был сформулирован следующим образом:

Вопросы, касающиеся ситуаций бедствия, не регулируемые настоящими проектами статей

Применимые нормы международного права продолжают регулировать вопросы, связанные с ситуациями бедствия, в той степени, в которой они не регулируются настоящими проектами статей.

²⁴¹ Проект статьи 19 был сформулирован следующим образом:

Связь с Уставом Организации Объединенных Наций

Настоящие проекты статей не наносят ущерба Уставу Организации Объединенных Наций.

²⁴² Проект статьи 3-бис был сформулирован следующим образом:

Употребление терминов

Для целей настоящих статей:

- а) термин "Пострадавшее государство" означает государство, на чьей территории население или собственность пострадали в результате бедствия;
- б) термин "Оказывающее помощь государство" означает государство, оказывающее помощь пострадавшему государству по его просьбе или с его согласия;
- в) термин "Другой оказывающий помощь субъект" указывает на международную организацию, неправительственную организацию или какое-либо иное образование или лицо, посторонние по отношению к пострадавшему государству, которые участвуют в уменьшении риска бедствий или оказании экстренной помощи в случае бедствия;
- г) термин "Внешняя помощь" указывает на персонал по оказанию помощи, оборудование и товары, а также услуги, предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими

49. Комиссия рассмотрела седьмой доклад на своих 3198–3201-м заседаниях 5–8 мая 2014 года.
50. На своем 3201-м заседании 8 мая 2014 года Комиссия передала проекты статей 3-бис, 14-бис, 17, 18 и 19 в Редакционный комитет.
51. Комиссия рассмотрела и утвердила доклад Редакционного комитета по проектам статей 1 [1] – 21 [4] на 3213-м заседании, состоявшемся 30 мая 2014 года. В этой связи она приняла свод из 21 статьи о защите людей в случае бедствий в первом чтении (раздел С.1 ниже).
52. На своих 3238-м и 3239-м заседаниях 5 и 6 августа 2014 года Комиссия утвердила комментарии к проектам статей о защите людей в случае бедствий в первом чтении (раздел С.2 ниже).
53. На своем 3239-м заседании 6 августа 2014 года Комиссия в соответствии со статьями 16–21 своего Положения постановила препроводить эти проекты статей (см. раздел С ниже) через Генерального секретаря правительствам, компетентным международным организациям, Международному комитету Красного Креста и Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца для получения от них комментариев и замечаний с просьбой представить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 1 января 2016 года. Комиссия также выразила заинтересованность в получении комментариев и замечаний по проектам статей от Организации Объединенных Наций, включая Управление Организации Объединенных Наций по координации гуманитарных вопросов и Управление Организации Объединенных Наций по вопросам уменьшения опасности бедствий к тому же сроку.
54. На своем 3239-м заседании 6 августа 2014 года Комиссия выразила свою глубокую признательность Специальному докладчику г-ну Эдуардо Валенсии-Оспине за выдающийся вклад в разработку данной темы, позволивший Комис-

помощь субъектами в целях предотвращения бедствий или смягчения их последствий, или удовлетворения потребностей тех, кто пострадал от бедствия;

e) термин "Оборудование и товары" включает в себя предметы, инструменты, механизмы, специально обученных собак, продукты питания, питьевую воду, медикаменты, средства для жилищного обустройства, одежду, постельные принадлежности, транспортные средства и другие предметы, необходимые для оказания экстренной помощи в случае бедствия и для выживания и удовлетворения жизненно важных потребностей жертв бедствий;

f) термин "Соответствующая неправительственная организация" означает любую организацию, включая частные и корпоративные образования, кроме государства или правительственной или межправительственной организации, которая, действуя беспристрастно и строго по гуманитарным мотивам, в силу своего характера, месторасположения или специального опыта занимается уменьшением риска бедствий или оказанием экстренной помощи в случае бедствия;

g) термин "Персонал по оказанию помощи" означает специальный персонал, включая военный персонал, занимающийся оказанием экстренной помощи в случае бедствий от имени оказывающего помощь государства или других оказывающих помощь субъектов, в зависимости от обстоятельств, и располагающий необходимым оборудованием и товарами;

h) термин "Риск бедствий" означает вероятность наступления пагубных последствий или потерь с точки зрения жизни людей или их здоровья, средств к существованию, собственности и экономической деятельности или ущерба окружающей среде в результате бедствия.

сии довести до успешного завершения рассмотрение проектов статей о защите людей в случае бедствий в первом чтении.

С. Текст проектов статей о защите людей в случае бедствий, принятый Комиссией в первом чтении

1. Текст проектов статей

55. Ниже воспроизводится текст проектов статей, принятый Комиссией в первом чтении.

Защита людей в случае бедствий

Статья 1 [1]²⁴³

Сфера применения

Настоящие проекты статей применяются к защите людей в случае бедствий.

Статья 2 [2]

Цель

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

Статья 3 [3]

Определение бедствия

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

Статья 4

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

а) "пострадавшее государство" означает государство, на территории или иным образом под юрисдикцией или контролем которого лица, имущество или окружающая среда пострадали в результате бедствия;

б) "оказывающее помощь государство" означает государство, оказывающее помощь пострадавшему государству по его просьбе или с его согласия;

в) "другой оказывающий помощь субъект" означает компетентную межправительственную организацию или соответствующую неправительственную организацию или любое иное образование или лицо, внешние по отношению к пострадавшему государству, которые оказывают помощь данному государству по его просьбе или с его согласия;

²⁴³ Номера проектов статей, ранее принятых в предварительном порядке Комиссией, указаны в квадратных скобках.

d) "внешняя помощь" означает персонал для оказания экстренной помощи, оборудование и товары, а также услуги, предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами в целях оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий;

e) "персонал для оказания экстренной помощи" означает гражданский или военный персонал, направленный оказывающим помощь государством или другим оказывающим помощь субъектом в целях оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий;

f) "оборудование и товары" означает предметы, инструменты, механизмы, специально обученных животных, продукты питания, питьевую воду, медикаменты, средства для жилищного обустройства, одежду, постельные принадлежности, транспортные средства и другие предметы для оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий.

Статья 5 [7]

Достоинство человека

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

Статья 6 [8]

Права человека

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

Статья 7 [6]

Гуманитарные принципы

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

Статья 8 [5]

Обязанность сотрудничать

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

Статья 9 [5-бис]

Формы сотрудничества

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

Статья 10 [5-тер]**Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий**

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

Статья 11 [16]**Обязанность уменьшать риск бедствий**

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

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

Статья 12 [9]**Роль пострадавшего государства**

1. Пострадавшее государство в силу своего суверенитета обязано обеспечивать на своей территории защиту людей и оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий.

2. Пострадавшее государство играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре за такой экстренной помощью и содействием.

Статья 13 [10]**Обязанность пострадавшего государства обращаться за внешней помощью**

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

Статья 14 [11]**Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь**

1. Предоставление внешней помощи требует согласия пострадавшего государства.

2. В согласии на внешнюю помощь нельзя отказывать произвольно.

3. Если пострадавшему государству направлено предложение об оказании помощи в соответствии с настоящими проектами статей, оно, когда это возможно, сообщает о решении, принятом по такому предложению.

Статья 15 [13]**Условия оказания внешней помощи**

Пострадавшее государство может оговаривать оказание внешней помощи условиями. Такие условия соответствуют настоящим проектам

статей, применимым нормам международного права и национальному законодательству пострадавшего государства. Условия учитывают выявленные потребности лиц, пострадавших от бедствий, и качество помощи. При определении таких условий пострадавшее государство указывает объем и вид запрашиваемой помощи.

Статья 16 [12]

Предложения внешней помощи

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

Статья 17 [14]

Облегчение оказания внешней помощи

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

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

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

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

Статья 18

Защита оказывающего экстренную помощь персонала, оборудования и товаров

Пострадавшее государство принимает необходимые меры для обеспечения защиты оказывающего экстренную помощь персонала, оборудования и товаров, находящихся на его территории с целью оказания внешней помощи.

Статья 19 [15]

Прекращение внешней помощи

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

Статья 20**Связь со специальными или другими нормами международного права**

Настоящие проекты статей не затрагивают специальных или других норм международного права, применимых в случае бедствий.

Статья 21 [4]**Связь с международным гуманитарным правом**

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

2. Текст проектов статей с комментариями к ним

56. Ниже воспроизводится текст проектов статей с комментариями к ним, принятый Комиссией в первом чтении. Текст включает сводный вариант комментариев, принятых Комиссией до настоящего времени, включая изменения и добавления, внесенные в ранее принятые комментарии и в комментарии, принятые на шестьдесят шестой сессии Комиссии.

Защита людей в случае бедствий**Статья 1 [1]²⁴⁴****Сфера применения**

Настоящие проекты статей применяются к защите людей в случае бедствий.

Комментарий

1) В проекте статьи 1 [1] определена сфера применения проектов статей и повторяется формулировка названия темы. В ней устанавливается, что основная направленность проектов статей заключается в защите людей, жизнь, благосостояние и имущество которых пострадали в результате бедствия. Соответственно, как закреплено в проекте статьи 2 [2], основной акцент делается на содействии надлежащему и эффективному реагированию на бедствия, позволяющему удовлетворить основные потребности соответствующих лиц при полном уважении их прав.

2) Проекты статей охватывают *ratione materiae* права и обязанности государств, пострадавших в результате бедствия, в отношении людей, находящихся на их территории (независимо от гражданства) или под их юрисдикцией или контролем, третьих государств и международных организаций и других образований, имеющих возможности сотрудничать, в частности в сфере оказания экстренной помощи и содействия в случае бедствий. Эти права и обязанности следует рассматривать в двух плоскостях: права и обязанности государств по отношению друг к другу и права и обязанности государств по отношению к лицам, нуждающимся в защите. Хотя основное внимание уделено первой группе прав и обязанностей, в проектах статей также в общих чертах предусмотрены права лиц, пострадавших в результате бедствий, в соответствии с международным правом. Кроме того, как поясняется в проекте статьи 3 [3], проекты статей не ограничиваются каким-либо конкретным видом бедствий.

²⁴⁴ Номера проектов статей, ранее принятых в предварительном порядке Комиссией, указаны в квадратных скобках.

3) Сфера применения проектов статей *ratione personae* ограничена физическими лицами, пострадавшими в результате бедствия. Кроме того, основное внимание сосредоточено на деятельности государств и международных организаций, а также других образований, обладающих конкретной международной правоспособностью в области оказания экстренной помощи и содействия в случае бедствий. Действия неправительственных организаций и других негосударственных субъектов, которых в совокупности иногда именуют субъектами "гражданского общества", включены в сферу применения проектов статей в качестве вторичного элемента либо как непосредственные бенефициары возложенных на государства обязанностей (например, обязанности государств сотрудничать по смыслу проекта статьи 8 [5]), либо косвенным образом как субъекты национального законодательства о применении проектов статей государства, пострадавшего в результате бедствия, третьего государства или государства принадлежности организации или негосударственного субъекта.

4) Как следует из слов "в случае" в названии темы, сфера применения проектов статей *ratione temporis* распространяется в первую очередь на меры незамедлительного реагирования, принимаемые сразу после бедствия и на этапе последующего восстановления, включая этап реконструкции после бедствия. Тем не менее проекты статей, в частности проекты статей 10 [5-тер] и 11 [16], когда это уместно, охватывают также этап, предшествующий бедствию, в том, что касается уменьшения риска бедствий и деятельности по предотвращению бедствий и смягчению их последствий.

5) Проекты статей не ограничиваются с точки зрения *ratione loci* действиями непосредственно в регионе бедствия, но касаются также действий в государствах, оказывающих помощь, и транзитных государствах. Трансграничный характер бедствия также не является необходимым условием для применения проектов статей. Разумеется, крупные бедствия нередко обладают трансграничным эффектом, тем самым обостряя потребность в международном сотрудничестве и взаимодействии. Тем не менее можно привести массу примеров масштабных международных усилий по оказанию экстренной помощи даже в том случае, когда бедствие происходит только в пределах территориальных границ одного государства, либо на территории или в районе, находящихся под его юрисдикцией или контролем. Несмотря на возможность различных толкований, в проектах статей не предусмотрено проведение такого различия, за исключением случаев, когда не указано иное. Другими словами, проекты статей сформулированы без привязки к какому-либо определенному виду бедствия или ситуации, а предназначены для гибкого применения в целях удовлетворения потребностей, обусловленных любыми бедствиями, независимо от их трансграничного действия.

Статья 2 [2]

Цель

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

Комментарий

1) В проекте статьи 2 [2] установлена цель проектов статей. Хотя тексты, разрабатываемые Комиссией, не всегда включают положение о целях соответствующих проектов статей, это не первый случай. Положение о целях (проект статьи 3 [3]) включено в проект принципов распределения убытков в случае

трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, 2006 года.

2) В данном положении конкретизируется проект статьи 1 [1] (сфера применения) за счет включения дополнительного разъяснения содержания проектов статей. Основной обсуждаемый вопрос касается противопоставления "потребностей" и "прав". Комиссии было известно о проводимых в гуманитарном сообществе дискуссиях о том, какому подходу следует отдать предпочтение: "правозащитному" или более традиционному, "основанному на потребностях". Комиссия склонилась к мнению о том, что эти два подхода не являются взаимоисключающими, и целесообразнее рассматривать их в качестве взаимодополняющих. Комиссия согласовала формулировку, в которой подчеркивается важность надлежащего и эффективного реагирования на бедствия, позволяющего удовлетворить "потребности" лиц, пострадавших в результате бедствия. При этом подобные меры реагирования должны приниматься при полном уважении прав таких лиц.

3) Под словами "надлежащее и эффективное", которые вовсе не обязательно являются строго специальным термином, понимается действенное реагирование, способное удовлетворить потребности лиц, пострадавших в результате бедствия. Аналогичные формулировки встречаются в действующих соглашениях. К ним, в частности, относятся такие выражения, как "эффективные и согласованные" и "незамедлительные и эффективные", содержащиеся в Соглашении АСЕАН 2006 года о ликвидации последствий стихийных бедствий и экстренном реагировании, а также "надлежащие и эффективные", использованные в Конвенции Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи 1998 года. Учитывая контекст, в котором реализуются меры реагирования, в понятие "эффективное" подразумеваемым образом включен элемент своевременности. Чем позже принимаются меры реагирования, тем меньше вероятность того, что они будут эффективными. Этот и другие аспекты, придающие реагированию "надлежащий" и "эффективный" характер, являются предметом проекта статьи 17 [14]. Вместе с тем существует понимание того, что, хотя меры реагирования, несомненно, должны быть крайне действенными, они в то же время должны быть реалистичными и выполнимыми "на местах" в случае того или иного бедствия. Поэтому нигде не сказано, например, что реагирование должно быть "полностью" эффективным.

4) Комиссия решила не формулировать положение в форме общего заявления об обязанности государств обеспечить надлежащее и эффективное реагирование, поскольку считалось, что в таком случае в недостаточной мере выходят на передний план конкретные права и обязанности государства, пострадавшего в результате бедствия. В частности, было неясно, в достаточной ли степени при такой формулировке будет проведено различие между обязанностями различных государств, т.е. государств, пострадавших в результате бедствия, по сравнению с государствами, оказывающими помощь. Соответственно, ссылка на государства не была включена исходя из того, что это не является строго обязательным условием для положения, касающегося цели проектов статей. Обязанности государств рассматриваются в проектах статей 11 [16], 12 [9], 13 [10], 14 [11], 17 [14] и 18.

5) Слова "реагирование на бедствие" следует читать в увязке с общим смыслом проекта статьи 1 [1], который заключается в том, что вопрос о временном аспекте применения проектов статей следует рассматривать в соответствующих случаях с учетом мер по уменьшению рисков бедствий на этапе,

предшествующем бедствию, и предотвращению и смягчению последствий, а также в свете проектов статей 10 [5-тер] и 11 [16]. Рассмотрев все другие формулировки, уточняющие все этапы предоставления помощи, Комиссия отдала предпочтение нынешнему варианту, посчитав его более емким и не предполагающим строгого толкования, в соответствии с которым положение будет применимо только к этапу реагирования деятельности по оказанию экстренной помощи в случае бедствия.

6) Слово "облегчить" отражает видение Комиссией роли проектов статей, которую они могли бы играть в общей системе инструментов и механизмов, существующих на международном уровне в контексте оказания экстренной помощи и содействия в случае бедствий. Сложилось мнение о том, что, хотя проекты статей и не могли сами по себе обеспечить реагирование, они были призваны облегчить надлежащее и эффективное реагирование.

7) Определение "основные" перед словом "потребности" было добавлено в целях более четкого указания на то, что потребности, о которых идет речь, касаются выживания или представляют собой сходные основные потребности после бедствия. Было сочтено, что именно слово "основные" точно отражает контекст, в котором возникают такие потребности. Такое определение следует также рассматривать в контексте важности учета потребностей тех, кто находится в особо уязвимом положении, как это указано в проекте статьи 7 [6].

8) Под "затрагиваемыми лицами" понимаются люди, непосредственно пострадавшие в результате бедствия, в отличие от лиц, затронутых бедствием более косвенным образом. Это понятие было включено, с тем чтобы дополнительно определить сферу применения проектов статей. Это соответствует подходу, применяемому в действующих договорах, которые в первую очередь направлены на оказание помощи людям, непосредственно пострадавшим в результате бедствия. Это не означает, что лица, которые были затронуты более косвенным образом, например в связи с гибелью родственников или материальными убытками по причине бедствия, происшедшего в другом месте, останутся без помощи. Просто Комиссия не ставила себе цель включить их ситуацию в сферу применения проектов статей.

9) Что касается упоминания о правах, то под некоторыми из соответствующих прав понимаются экономические и социальные права, которые государства обязаны постепенно обеспечивать. В этом смысле настоящая формулировка "при полном уважении" была принята как более нейтральная, но, тем не менее, предполагающая "полное" уважение прав, что подтверждается в проекте статьи 6 [8]. Кроме того, с использованием этой формулировки вопрос о том, как следует осуществлять эти права, намеренно был оставлен на усмотрение тех, кто будет применять соответствующие нормы международного права. Подразумевается, что часто существуют некие пределы свободы усмотрения при применении прав, обусловленной масштабами последствий бедствия, в зависимости от соответствующих правил, признающих или устанавливающих права, о которых идет речь.

10) Ссылка на "права" – это упоминание не только о правах человека, но и о правах, приобретаемых, в частности, в соответствии с национальным законодательством. Предложение составить перечень применимых прав не было одобрено по той простой причине, что невозможно учесть все потенциально применимые права, а также из-за опасений, что наличие такого перечня может привести к возникновению ошибочного мнения, согласно которому права, не указанные в нем, не являются применимыми. Вместе с тем предполагается, что эта ссылка распространяется на такие применимые права, как право на жизнь по

смыслу пункта 1 статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах²⁴⁵.

Статья 3 [3]

Определение бедствия

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

Комментарий

1) В проекте статьи 3 [3] сделана попытка дать определение понятию "бедствие" для целей проектов статей. Было сочтено необходимым очертить границы определения, с тем чтобы оно надлежащим образом отражало сферу применения проектов статей, установленную в проекте статьи 1 [1], и чтобы при этом оно, например, непреднамеренно также не охватывало такие другие серьезные события, как политические и экономические кризисы, которые также могут нарушить функционирование общества. Подобное ограничение определения очевидно следует из его двух характеристик: 1) упор сделан на наличие события, которое повлекло причинение вреда обществу; и 2) включение ряда уточняющих формулировок.

2) Комиссия рассматривала подход, избранный в Конвенции Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи 1998 года, который основывается на концептуализации бедствия в качестве последствия события, а именно серьезного вреда, причиненного обществу этим событием, а не в качестве события как такового. Комиссия отдавала себе отчет в том, что такой подход отражает современные представления гуманитарного сообщества, что было подтверждено на Всемирной конференции по уменьшению опасности бедствий, проведенной в 2005 году Организацией Объединенных Наций в Хиого, Япония, а также недавними договорами и другими документами, включая Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ, принятое Международной федерацией Красного Креста в 2007 году²⁴⁶. Тем не менее возобладало мнение о том, что Комиссия вправе перенести акцент обратно на ранее сложившуюся концепцию "бедствия" как конкретного события, поскольку она занималась разработкой юридического документа, требующего более лаконичного и четкого юридического определения, а не определения, в большей степени ориентированного на политику.

3) Элемент наличия события определяется несколькими способами. Во-первых, упоминание о "катастрофическом событии" служит для установления порога путем указания на характер события, благодаря чему под данное определение подпадают только экстремальные явления. Этот подход был навеян

²⁴⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668, p. 171 and vol. 1057, p. 407. См. также Оперативное руководство по вопросу о правах человека и стихийных бедствиях Межучрежденческого постоянного комитета (МПК), 2006 год. См. также пункты 2) и 3) комментария к проекту статьи 6 [8].

²⁴⁶ Международная федерация обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ ("Руководство МФКК"), 2007 год.

определением, содержащимся в резолюции о гуманитарной помощи, принятой Институтом международного права на его сессии в 2003 году в Брюгге²⁴⁷, который намеренно установил такой высокий порог, чтобы исключить другие острые кризисы. "Катастрофический" характер события следует толковать как путем применения описания, содержащегося в самом положении: "...которые приводят к массовой гибели людей, большим человеческим страданиям и бедам или масштабному материальному или экологическому ущербу, серьезно нарушая тем самым функционирование общества", так и с учетом сферы применения и цели проектов статей по смыслу проектов статей 1 [1] и 2 [2]. Кроме того, говорится о "событии или серии событий" для того, чтобы охватить те виды событий, которые по отдельности могут и не отвечать необходимым пороговым требованиям, но в совокупности как раз будут являться "катастрофическим" событием для целей проектов статей. С учетом того факта, что бедствия зачастую возникают в связи с целым комплексом причин, включающих как полностью природные факторы, так и последствия деятельности человека, не установлено никаких ограничений в отношении происхождения события, т.е. в отношении того, имеет ли оно природный или антропогенный характер.

4) Природа события дополнительно уточняется с помощью двух требований о наличии причинно-следственной связи. Во-первых, для того чтобы событие или серия событий могли быть признаны "катастрофическими" по смыслу, предусмотренному проектами статей, необходимо, чтобы они приводили к одному или более из трех возможных результатов: к массовой гибели людей, большим человеческим страданиям и бедам или масштабному материальному или экологическому ущербу. Следовательно, такое значительное событие, как сильное землетрясение, происходящее в океане или в какой-то необитаемой местности и не приводящее в связи с этим хотя бы к одному из возможных последствий, не будет соответствовать необходимому порогу, предусмотренному в проекте статьи 3 [3]. Кроме того, характер этого события дополнительно определяется требованием о том, чтобы любое из трех или все три возможных последствия, применимые в данном случае, приводили к серьезному нарушению функционирования общества. Другими словами, событие, которое привело, например, к массовой гибели людей, но при этом серьезно не нарушило функционирование общества, следовательно, не будет соответствовать установленному требованию. Таким образом, за счет включения таких элементов, выражающих причинную связь, в определении сохраняется подход, используемый в современных документах, как показано на примере Конвенции Тампере, который заключается в том, что в качестве ключевого элемента определения рассматривается последствие события, хотя бы и в целях установления порога для применения проектов статей.

5) Определение было уточнено за счет включения элемента "массовой гибели людей", позаимствованного из принятого в 1995 году Кодекса поведения Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца и неправительственных организаций при осуществлении операций по оказанию помощи в случае бедствий. Требование о том, что гибель должна носить "массовый" характер, служит тому, чтобы исключить события, приводящие к гибели относительно небольшого количества людей; при этом следует учитывать, что такие события, тем не менее, могут отвечать другим требованиям относительно причинно-следственной связи. Напротив, событие, приводящее к массовой гибели людей, может само по себе соответствовать требованию наличия причин-

²⁴⁷ Резолюция о гуманитарной помощи, принятая Институтом международного права, 2 сентября 2003 года, Брюгге, Бельгия ("Резолюция о гуманитарной помощи").

но-следственной связи и обуславливать применение проектов статей в том случае, если оно привело к серьезному нарушению функционирования общества.

6) Возможные последствия в виде "больших человеческих страданий и бед" были включены исходя из того, что многие серьезные бедствия сопровождаются массовой гибелью людей или большими человеческими страданиями и бедами. Соответственно, бедствия, в результате которых, благодаря надлежащим мерам предупреждения и подготовки, а также эффективным действиям по смягчению последствий, погибло относительно небольшое количество людей, но вместе с тем людям были причинены большие страдания, что привело к нарушению нормального функционирования общества, будут подпадать под действие проектов статей.

7) Требование о наличии "масштабного материального или экологического ущерба" было включено Комиссией в знак признания того факта, что в результате крупномасштабных бедствий, как правило, причиняется существенный вред материальным объектам и окружающей среде и в свою очередь нарушается функционирование общества в силу серьезных факторов, препятствующих развитию и благосостоянию общества и возникающих, как правило, вследствие причиненного вреда. Следует понимать, что проектами статей будет охвачен не экологический или материальный ущерб как таковой, а его воздействие на людей, в связи с чем экономический ущерб в целом не рассматривается. Требование о наличии экономического ущерба может излишне ограничить сферу применения статей в силу того, что исключит из него, например, деятельность по сокращению возможного количества человеческих жертв в будущем в результате причиненного экологического вреда.

8) Как уже говорилось, требование о серьезном нарушении функционирования общества служит установлению высокого порога, при помощи которого можно будет исключить из сферы применения проектов статей другие виды кризисов, как то серьезные политические или экономические кризисы. Такие различия в применении дополнительно подкрепляются целью проектов статей, установленной в соответствии с проектом статьи 2 [2], и тем фактом, что применяемые меры защиты и права, затрагиваемые в случаях таких кризисов, могут быть различными и в различной степени регламентироваться другими нормами международного права, как это предусмотрено в проекте статьи 20.

9) Хотя три предусмотренных возможных последствия в некоторой степени способствуют пониманию того, что может быть приравнено к серьезному нарушению функционирования общества, Комиссия не стала включать дополнительные описательные или уточняющие элементы, с тем чтобы на практике сохранилась определенная свобода усмотрения.

Статья 4

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов статей:

а) "пострадавшее государство" означает государство, на территории или иным образом под юрисдикцией или контролем которого лица, имущество или окружающая среда пострадали в результате бедствия;

б) "оказывающее помощь государство" означает государство, оказывающее помощь пострадавшему государству по его просьбе или с его согласия;

с) "другой оказывающий помощь субъект" означает компетентную межправительственную организацию или соответствующую неправительственную организацию или любое иное образование или лицо, внешние по отношению к пострадавшему государству, которые оказывают помощь данному государству по его просьбе или с его согласия;

d) "внешняя помощь" означает персонал для оказания экстренной помощи, оборудование и товары, а также услуги, предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами в целях оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий;

e) "персонал для оказания экстренной помощи" означает гражданский или военный персонал, направленный оказывающим помощь государством или другим оказывающим помощь субъектом в целях оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий;

f) "оборудование и товары" означает предметы, инструменты, механизмы, специально обученных животных, продукты питания, питьевую воду, медикаменты, средства для жилищного обустройства, одежду, постельные принадлежности, транспортные средства и другие предметы для оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий.

Комментарий

1) Практика Комиссии, получившая отражение в большинстве принятых проектов статей по различным темам международного права, состоит во включении положения об "употреблении терминов". На некоторых терминах, отобранных для включения в проект статьи 4, было особо заострено внимание в комментариях к различным проектам статей, поскольку они нуждались в определении. Другие термины были включены в силу того, что они в целом часто встречаются в проектах статей.

Подпункт а)

2) Подпункт а), в котором дается определение термина "пострадавшее государство" для целей проектов статей, основан на определении того же термина, содержащемся в Руководстве МФКК²⁴⁸. Он отражает основную направленность на то, что проекты статей в первую очередь адресованы государствам. В нем также предусматривается центральная роль, которую предстоит сыграть государству, пострадавшему от бедствия, как это указано в проекте статьи 12 [9].

3) Ключевой характеристикой реагирования на бедствия или уменьшения риска бедствий является государственный контроль. В большинстве случаев это соответствует контролю, осуществляемому государством, на территории которого происходит бедствие. Соответственно, предусмотренные в пункте 1 проекта статьи 12 [9] случаи, когда пострадавшее государство "в силу своего суверенитета" обязано обеспечивать защиту, охвачены ссылкой на "территорию", включенной в подпункт а). Тем не менее это вовсе не исключает другие случаи, когда государство может осуществлять юрисдикцию де-юре или контроль де-факто над другой территорией, на которой происходит бедствие. Комиссия сочла, что государство, осуществляющее юрисдикцию или контроль над какой-либо территорией (помимо своей собственной) или районом, где происходит

²⁴⁸ Сноска 246 выше, пункт 8 статьи 2 ("[г]осударство, на чьей территории население или собственность пострадали в результате бедствия").

бедствие, также будет считаться "пострадавшим государством" для целей проектов статей. Такая возможность также подразумевается в проекте статьи 21 [4], в которой признается, что проекты статей применяются в контексте так называемых "сложных бедствий", происходящих на той же территории, где имеет место вооруженный конфликт. Фраза "на территории или иным образом под юрисдикцией или контролем которого" была заимствована из определения "государства происхождения", приводимого в подпункте d) статьи 2 принятых в 2001 году статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности²⁴⁹.

4) Комиссия признала, что последствие включения государств, осуществляющих юрисдикцию или контроль, выражается в том, что в исключительных случаях речь может идти о двух пострадавших государствах: государстве, на территории которого происходит бедствие, и государстве, осуществляющем юрисдикцию или контроль над этой же территорией. На данном этапе Комиссия исходила из того, что проект статьи 14 [11] (требование о согласии пострадавшего государства) не позволяет – при отсутствии какого-либо специального соглашения между такими двумя государствами – однозначно определить, согласие которого из пострадавших государств потребуется.

5) Кроме того, определение преследует своей целью отразить основную направленность проектов статей, а именно элемент воздействия на лиц в отличие, например, от простого утверждения, что воздействие оказывается на государство, на территории которого произошло бедствие. Ссылка на имущество была сохранена в качестве одного из дополнительных элементов, присущих многим бедствиям, и подразумевается в указании на "масштабный материальный... ущерб" в определении понятия "бедствие" в проекте статьи 3 [3]; при этом существует понимание того, что проекты статей применяются только к воздействию экономического ущерба на лиц²⁵⁰. Положение было также приведено в соответствии с проектом статьи 3 [3], с тем чтобы им охватывались не только лица и имущество, пострадавшие в результате бедствия, но и ущерб, причиненный окружающей среде.

6) Выражение "пострадали в результате бедствия" передает современное видение, в соответствии с которым в центре внимания находится воздействие бедствия на людей и имущество, а не само бедствие. Оно также согласуется с подходом Комитета, заключающимся в том, что для целей установления порога для применения проектов статей в качестве одного из ключевых элементов рассматриваются последствия события²⁵¹.

Подпункт b)

7) Определение "оказывающего помощь государства" в подпункте b) основано на определении "помогающего государства", содержащемся в Рамочной конвенции об оказании помощи в области гражданской обороны 2000 года²⁵², при этом термин "принимающее государство" заменен на "пострадавшее государство", т.е. термин, используемый в проектах статей и определенный в под-

²⁴⁹ Резолюция 62/68 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 2007 года, приложение, статья 2.

²⁵⁰ См. ниже пункт 7) комментария к проекту статьи 3 [3].

²⁵¹ Там же, пункт 4).

²⁵² United Nations, *Treaty Series*, vol. 2172, № 38131, p. 213, art. 1 (f) ("Framework Convention on Civil Defence Assistance") ("Рамочная конвенция об оказании помощи в области гражданской обороны").

пункте а). Выражение "государство, оказывающее помощь" является отсылкой к концепции "внешней помощи", определение которой дается в подпункте d) и которая оказывается на основе обязанности сотрудничать, установленной в проекте статьи 8 [5], рассматриваемой вместе с проектами статей 9 [5-бис] и 10 [5-тер].

8) То или иное государство подпадает под категорию "оказывающего помощь государства" только в случае, когда помощь оказывается или была оказана. Другими словами, государство, предлагающее помощь, не является "оказывающим помощь государством", и из этой квалификации вытекают различные юридические последствия, как это предусматривается в проектах статей, до тех пор пока пострадавшее государство не приняло такую помощь или не дало своего согласия в соответствии с проектом статьи 14 [11].

9) Выражение "по его просьбе или с его согласия" отражает взаимосвязь между проектами статей 13 [10], 14 [11] и 16 [12]. В частности, оно отражает основную позицию, зафиксированную в проектах статей, согласно которой пострадавшее государство обязано запрашивать помощь, когда масштабы бедствия превышают его национальный потенциал реагирования на бедствие (проект статьи 13 [10]). В то же время оно предусматривает возможность того, что пострадавшее государство, как это предусмотрено в проекте статьи 16 [12], будет получать незапрашиваемые предложения о помощи, оказание которой обусловлено его согласием согласно проекту статьи 14 [11].

Подпункт с)

10) Помимо статуса пострадавших и оказывающих помощь государств, в проектах статей также предпринята попытка определить статус других оказывающих помощь субъектов. Значительная часть современной деятельности в области уменьшения риска бедствий и оказания помощи в случае бедствий осуществляется международными организациями или под их эгидой, в том числе, в частности, Организацией Объединенных Наций, а также неправительственными организациями и другими образованиями и даже физическими лицами. Эта группа субъектов совокупно упоминается в проектах статей как "другие оказывающие помощь субъекты". Данное положение применяется без ущерба для различий в их правовом статусе по международному праву, что признается в проектах статей, например в проекте статьи 16 [12]²⁵³.

11) Отчасти это положение отражает комментарий к проекту статьи 19 [15], в котором подтверждается понимание того, что термин "оказывающие помощь субъекты" указывает в первую очередь на "компетентные межправительственные организации" и "соответствующие неправительственные организации", если брать формулировку, использованную в проекте статьи 8 [5]²⁵⁴. Выражение "или любое другое образование или лицо", которое заимствовано из Соглашения АСЕАН²⁵⁵, было добавлено в знак признания того факта, что не все субъекты, которые задействованы в усилиях по оказанию экстренной помощи в случае бедствия, могут быть отнесены к той или иной категории. В частности, это выражение следует понимать как строго специальный термин, охватывающий

²⁵³ См. ниже пункт 4) комментария к проекту статьи 16 [12].

²⁵⁴ См. ниже пункт 4) комментария к проекту статьи 19 [15].

²⁵⁵ Соглашение АСЕАН о ликвидации последствий стихийных бедствий и экстренном реагировании, 26 июля 2005 года ("Соглашение АСЕАН"), ASEAN Documents Series 2005, p. 157, art. 1 (1) (определение "оказывающего помощь образования").

Международный комитет Красного Креста (МККК) и Международную федерацию обществ Красного Креста и Красного Полумесяца (МФКК).

12) Выражение "внешние по отношению к пострадавшему государству" отражает позицию (также упомянутую в комментарии к проекту статьи 15 [13]), согласно которой проекты статей регулируют деятельность субъектов, являющихся внешними по отношению к пострадавшему государству²⁵⁶. Соответственно, деятельность национальных неправительственных организаций, например, охватываться не будет. Точно так же национальный субъект в этой связи не подпадает под сферу применения проектов статей на том основании, что он заручился или предпринял попытку заручиться помощью зарубежных источников.

13) Как и в случае с приводимым в подпункте b) определением понятия "оказывающее помощь государство", заключительные слова "которые оказывают помощь данному государству по его просьбе или с его согласия" передают взаимосвязь между проектами статей 13 [10], 14 [11] и 16 [12]. Они также включены в знак признания широкого диапазона деятельности, которая, как правило, проводится соответствующими субъектами в контексте как уменьшения риска бедствий, так и оказания экстренной помощи в случае бедствий и которая регламентируется проектами статей.

Подпункт d)

14) Цель подпункта d) заключается в определении вида помощи, которую согласно проектам статей обеспечивают оказывающие помощь государства или другие оказывающие помощь субъекты пострадавшему государству в рамках сотрудничества, предусматриваемого в проектах статей 9 [5-бис] и 10 [5-тер].

15) Формулировка, которая отражает комментарий к проекту статьи 15 [13]²⁵⁷, основана как на Руководящих принципах Осло, так и на Рамочной конвенции об оказании помощи в области гражданской обороны 2000 года²⁵⁸. Термин "материалы", содержащийся в Руководящих принципах Осло, был заменен на "оборудование и товары", т.е. термин, используемый в проектах статей и определенный в подпункте f).

16) Выражение "предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами" подтверждает характер правовых отношений между оказывающим помощь государством или субъектом и пострадавшим государством, как это предусмотрено в проектах статей.

17) Заключительная фраза призвана разъяснить цель, с которой может оказываться внешняя помощь, а именно "в целях оказания помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий". Хотя она сформулирована в технических терминах, связанных с реагированием на бедствия и уменьшением их риска, согласно существующему пониманию она согласуется с общей целью проектов статей, изложенной в проекте статьи 2 [2], а именно "облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав".

²⁵⁶ См. ниже пункт 2) комментарий к проекту статьи 15 [13].

²⁵⁷ Там же.

²⁵⁸ См. пункт d) статьи 1 (определение "помощи").

Подпункт е)

18) Данный подпункт преследует своей целью дать определение кадровому компоненту внешней помощи, предоставляемой оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами. Использованная формулировка основывается на формулировке, принятой Комиссией в комментарии к проекту статьи 9 [5-бис]²⁵⁹. В определении указываются два вида персонала, которые, как правило, направляются для целей оказания экстренной помощи в случае бедствий или уменьшения риска бедствий, как это упоминается и в подпункте а) пункта 1 проекта статьи 17 [14], а именно "гражданский" или "военный" персонал. Ссылка на последнюю категорию была включена под влиянием, помимо прочего, двустороннего договора между Грецией и Российской Федерацией 2000 года²⁶⁰ и призвана констатировать важную роль, которую играет военный персонал в качестве одной из категорий персонала для оказания экстренной помощи в случае бедствий²⁶¹. Хотя ссылка на военный персонал представляется более актуальной в случае оказывающего помощь государства, термин "гражданский" персонал призван носить достаточно широкий характер, чтобы охватить такой персонал, направляемый оказывающим помощь государством или другими оказывающими помощь субъектами. Тот факт, что речь идет о факультативных возможностях, доступных некоторым, но не всем оказывающим помощь образованиям (включая государства), подтверждается включением во фразу передающего альтернативу союза ("или").

19) Хотя выбор был сделан в пользу выражения "гражданский или военный персонал" для приведения его в соответствие с формулировкой, используемой в проекте статьи 17 [14], под таким персоналом, как правило, понимаются "специалисты", как это упоминается в приложении к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи, в плане того, что ожидается направление персонала, обладающего набором необходимых навыков и располагающего необходимыми оборудованием и товарами, определение которых приводится в подпункте f), для выполнения соответствующих функций.

20) С помощью слова "направленный" устанавливается связь между оказывающим помощь образованием, будь то государство или другой субъект, и соответствующим персоналом. Комиссия решила не включать фразу "действующий от имени", с тем чтобы избежать применения норм международного права, касающихся присвоения поведения государствам или международным организациям²⁶², поскольку персонал, направляемый оказывающим помощь государством или субъектом, будет находиться под общим руководством и контролем пострадавшего государства в соответствии с проектом статьи 12 [9].

21) Традиционно понятие "персонал для оказания экстренной помощи" применяется в контексте реагирования в начале бедствия. Это по-прежнему передается в формулировке "в целях оказания помощи в случае бедствий", которая

²⁵⁹ См. пункт 7) комментария к проекту статьи 9 [5-бис].

²⁶⁰ Соглашение между правительством Российской Федерации и правительством Греческой Республики о сотрудничестве в области предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций от 21 февраля 2000 года, статья 1 (определение термина "группа по оказанию помощи").

²⁶¹ См. пункт 4) комментария к проекту статьи 17 [14].

²⁶² См. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, 2001 год, резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение, статьи 4–9, и Статьи об ответственности международных организаций, 2011 год, резолюция 66/98 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 2011 года, приложение, статьи 6–7.

перекликается с положениями о виде внешней помощи, предусмотренном в проекте статьи 17 [14], в которой содержится призыв облегчать ее "оперативное и эффективное" оказание. Тем не менее, как и в случае с определением "внешней помощи", данным в подпункте d), заключительные слова были приведены в соответствие с общей целью проектов статей, установленной в проекте статьи 2 [2], чтобы, в числе прочего, охватить персонал для оказания экстренной помощи, участвующий в деятельности по уменьшению риска бедствий, как это предусмотрено в проекте статьи 10 [5-тер].

Подпункт f)

22) Как указывается в подпункте d), "оборудование" и "товары" являются одним из ключевых компонентов вида внешней помощи, предусмотренной в проектах статей. Формулировка заимствована из комментария к проекту статьи 17 [14]²⁶³, а также из резолюции Института международного права об оказании гуманитарной помощи. Соответствующий перечень охватывает виды материалов, которые, по общему признанию, необходимы для оказания помощи в случае бедствий. Тот факт, что этот перечень не является исчерпывающим, подтверждается ссылкой на "другие предметы".

23) Если говорить в общем плане, то предусматриваются два следующих вида материалов: техническое "оборудование", необходимое персоналу для оказания экстренной помощи в случае бедствий для выполнения его функций как с точки зрения обеспечения собственного существования, так и с точки зрения того, что необходимо ему для оказания помощи, включая припасы, инструменты и механизмы; и "товары", необходимые для выживания и удовлетворения основных потребностей пострадавших от бедствия, например продукты питания, питьевая вода, медикаменты, средства для обустройства временного жилья, одежда и постельные принадлежности. Поисковые собаки конкретно охватываются выражением "специально обученные животные", которое заимствовано из специального приложения J к Киотской конвенции²⁶⁴. Комиссия сочла определение достаточно гибким для целей включения, в числе прочего, услуг, которые могут предоставляться персоналом для оказания экстренной помощи.

Статья 5 [7]

Достоинство человека

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

Комментарий

1) В проекте статьи 5 [7] затрагивается принцип уважения человеческого достоинства в контексте реагирования на бедствия. Комиссия признает уважение человеческого достоинства в качестве ключевого принципа, который обу-

²⁶³ См. пункт 5) комментария к проекту статьи 17 [14].

²⁶⁴ Международная конвенция об упрощении и согласовании таможенных процедур ("Киотская конвенция") от 18 мая 1973 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 950, № 13561, p. 269), измененная Протоколом о внесении поправки в Международную конвенцию об упрощении и гармонизации таможенных процедур от 26 июня 1999 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2370, № 13561, p. 27) (определение "поставки помощи").

словливает международное право прав человека и лежит в его основе. В контексте защиты лиц в случае бедствий уважение человеческого достоинства представляет собой руководящий принцип как в связи с любыми мерами, которые должны быть приняты в контексте предоставления помощи, так и в ходе непрерывной эволюции положений законодательства, касающихся принятия мер реагирования на бедствия.

2) Принцип уважения человеческого достоинства служит опорой для международных договоров о правах человека и рассматривается в качестве краеугольного камня права прав человека. Подтверждение "достоинства и ценности человеческой личности" содержится в преамбуле к Уставу Организации Объединенных Наций, тогда как в преамбуле к Всеобщей декларации прав человека 1948 года указывается, что "признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи [...] является основой свободы, справедливости и всеобщего мира". Подтверждение принципа уважения достоинства, присущего человеческой личности, также встречается в Международном пакте о гражданских и политических правах²⁶⁵, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах²⁶⁶, Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации²⁶⁷, Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин²⁶⁸, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания²⁶⁹ и Конвенции о правах ребенка²⁷⁰. Этот принцип является основополагающим в области международного гуманитарного права. Понятие достоинства человеческой личности признано в пункте 1 с) общей статьи 3 Женевских конвенций 1949 года²⁷¹, в статьях 75 и 85 Протокола I²⁷² и в статье 4 Протокола II²⁷³.

²⁶⁵ Пункты преамбулы; пункт 1 статьи 10.

²⁶⁶ United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, № 14668, p. 3, пункты преамбулы; пункт 1 статьи 13.

²⁶⁷ Там же, vol. 660, № 9464, p. 195, пункты преамбулы.

²⁶⁸ Там же, vol. 1249, № 20378, p. 13, пункты преамбулы.

²⁶⁹ Там же, vol. 1465, № 24841, p. 85, пункты преамбулы.

²⁷⁰ Там же, vol. 1577, № 27531, p. 3, пункты преамбулы; пункт 1 статьи 23; пункт 2 статьи 28; статьи 37; 39 и 40.

²⁷¹ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 970, p. 31; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 971, p. 85; Женевская конвенция об обращении с военнопленными, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 972, p. 135; и Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 973, p. 287 ("Женевские конвенции 1949 года"), пункт 1 общей статьи 3 (в котором отмечается запрет "посягательства на человеческое достоинство, в частности оскорбительного и унижающего обращения").

²⁷² Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 3, пункт 2 b) статьи 75 (в котором отмечается запрет "надругательства над человеческим достоинством, в частности, унижительного и оскорбительного обращения, принуждения к проституции или непристойного посягательства в любой его форме"); пункт 4 с) статьи 85 (в котором отмечается, что "применение практики апартеида и других негуманных и унижающих действий, оскорбляющих достоинство личности, основанных на расовой дискриминации", когда они совершаются умышленно и в нарушение конвенций или настоящего Протокола, рассматривается как серьезное нарушение настоящего Протокола).

3) Понятие человеческого достоинства также образует основу многочисленных договоров на международном уровне, направленных на предоставление экстренной гуманитарной помощи в случае бедствий. В Руководстве МФКК указывается, что "[п]редоставление помощи субъектам и их персоналу должно [...] неизменно сопровождаться уважением человеческого достоинства лиц, пострадавших в результате бедствий"²⁷⁴. В резолюции 45/100 Генеральной Ассамблеи указывается, что "оставление жертв стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций без гуманитарной помощи представляет собой угрозу жизни людей и посягательство на человеческое достоинство"²⁷⁵. Институт международного права также указывает, что неоказание гуманитарной помощи тем, кто пострадал в результате бедствий, представляет собой "посягательство на человеческое достоинство"²⁷⁶.

4) Вступительное выражение в тексте проекта статьи 5 [7] "при реагировании на бедствия" отражает материально-правовой контекст, в котором применяется это положение. Хотя предполагается, что это выражение затрагивает главным образом этап реагирования и восстановления, данную ссылку следует толковать с учетом пункта 5) комментария к проекту статьи 2 [2]. Комиссия выбрала термин "при реагировании", а не более общий термин "в ответ на", с тем чтобы передать ощущение непрерывного характера действия обязательства уважать и защищать человеческое достоинство пострадавших лиц в течение всего периода принятия мер реагирования. Точная формулировка этого принципа, принятая Комиссией, а именно "достоинство, присущее человеческой личности", взята из преамбулы Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и из пункта 1 статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах. Эта формулировка также используется в таких документах, как Конвенция о правах ребенка²⁷⁷ и Американская конвенция о правах человека²⁷⁸.

5) Выражение "государства, компетентные межправительственные организации и соответствующие неправительственные организации" содержит указание на субъекты, к которым обращено это положение. В своей ссылке на "государства" Комиссия признает роль, которую играют как пострадавшие государства, так и оказывающие помощь государства при принятии мер реагирования в случае бедствий (см. проекты статей 12 [9]–18). В целом в этой фразе признается идея того, что большая часть деятельности по реагированию на бедствия

²⁷³ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 1977 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 609 (пункт 2 е) статьи 4, в котором отмечается запрет "надругательства над человеческим достоинством, в частности унижительного и оскорбительного обращения, изнасилования, принуждения к проституции или непристойного посягательства в любой форме").

²⁷⁴ Руководство МФКК, пункт 1 статьи 4.

²⁷⁵ Резолюция 45/100 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года, пункт преамбулы.

²⁷⁶ Резолюция о гуманитарной помощи, пункт 1 статьи II.

²⁷⁷ Конвенция о правах ребенка, пункт с) статьи 37 (в котором отмечается, в частности, что "каждый лишенный свободы ребенок пользуется гуманным обращением и уважением неотъемлемого достоинства его личности").

²⁷⁸ Американская конвенция о правах человека, Organization of American States, *Treaty Series*, No. 36, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1144, № 17955, p. 123 (пункт 2 статьи 5, в котором отмечается, в частности, что "со всеми лицами, лишенными свободы, следует обращаться на основе уважения достоинства, присущего человеческой личности").

осуществляется через органы межправительственных организаций, неправительственные организации и другие негосударственные образования, такие как МФКК²⁷⁹. Комиссия определила, что данная формулировка обеспечивает согласованность с проектом статьи 8 [5] в противопоставлении более общей ссылке на "другие соответствующие стороны".

6) Комиссия приняла выражение "уважают и защищают" в качестве формулы, которая согласуется с современной доктриной и правовой практикой в области международного права прав человека. Эта формула используется в ряде документов, касающихся оказания помощи в случае бедствий, включая Руководящие принципы Осло²⁸⁰, Мохонкские критерии²⁸¹, Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны²⁸² и Руководящие принципы, касающиеся права на гуманитарную помощь²⁸³. В совокупности термины "уважение и защита" означают негативное обязательство воздерживаться от причинения ущерба достоинству, присущему человеческой личности, и позитивное обязательство принимать меры по обеспечению защиты человеческого достоинства. В качестве примера можно указать, что обязанность обеспечивать защиту требует от государств принятия законодательства, запрещающего деятельность третьих сторон при обстоятельствах, которые сопряжены с угрозой нарушения принципа уважения человеческого достоинства. Комиссия сочла, что обязательство "защищать" должно быть соразмерно юридическим обязательствам, которые несут соответствующие субъекты, затрагиваемые в этом положении. Таким образом, пострадавшее государство играет главную роль в обеспечении защиты человеческого достоинства в силу его главной роли в руководстве, контроле, координации и надзоре применительно к оказанию экстренной помощи и содействия, как это отражено в пункте 2 проекта статьи 12 [9].

Статья 6 [8]

Права человека

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

²⁷⁹ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, приложение С, пункт 28.

²⁸⁰ Руководящие принципы использования военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий ("Руководящие принципы Осло"), пересмотренные 1 ноября 2007 года (пункт 20, в котором отмечается, что "[н]еобходимо уважать и защищать достоинство и права всех жертв").

²⁸¹ "Мохонкские критерии оказания гуманитарной помощи в сложных чрезвычайных обстоятельствах" ("Мохонкские критерии") (J.M. Ebersole, "The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies" ("Mohonk Criteria"), *Human Rights Quarterly*, vol. 17, № 1 (February 1995)), p. 196 (в них отмечается, что "[д]остоинство и права всех жертв должны уважаться и защищаться").

²⁸² E/CN.4/1998/53/Add.2, приложение, принцип 26 (в котором, в частности, отмечается, что "[з]анимающимся оказанием гуманитарной помощи лицам, их транспортным средствам и грузам обеспечиваются неприкосновенность и защита").

²⁸³ Руководящие принципы, касающиеся права на гуманитарную помощь, приняты Советом Международного института гуманитарного права в апреле 1993 года, принцип 10 (в котором отмечается, что "[г]уманитарная помощь может в надлежащих случаях предоставляться по "гуманитарным коридорам", которые должны пользоваться уважением и защитой со стороны компетентных органов участвующих сторон и, если необходимо, в силу авторитета Организации Объединенных Наций").

Комментарий

- 1) В проекте статьи 6 [8] ставится цель отразить широкое право на защиту прав человека, принадлежащее тем людям, которые пострадали в результате бедствий. Комиссия признает тесную взаимосвязь между правами человека и принципом уважения человеческого достоинства, отраженным в проекте статьи 5 [7], которая еще более усиливается за счет близкого расположения данных двух проектов статей.
- 2) Общая ссылка "на права человека" охватывает обязательства в отношении прав человека, установленные в соответствующих международных соглашениях и отраженные в нормах обычного международного права, а также поддерживаемые утверждениями об оптимальных видах практики с точки зрения защиты прав человека, которые включены в необязательные тексты на международном уровне. Комиссия решила не ограничивать это положение обязательствами, "установленными в соответствующих международных соглашениях". Формулировка, принятая Комиссией, указывает на широкую область обязательств в отношении прав человека, но не стремится конкретно указать эти обязательства, предусмотреть добавления к ним или обусловить их.
- 3) Комиссия сочла, что ссылка на "права человека" охватывает и основные права, и ограничения, которые существуют в области международного права прав человека. В частности, это положение предусматривает право пострадавшего государства на отступление от обязательств в тех случаях, когда это допускается действующими нормами международного права прав человека.
- 4) Как разъясняется в пункте 3) комментария к проекту статьи 1 [1], сфера применения *ratione personae* данных проектов статей включает в себя деятельность государств и международных организаций, а также других образований, обладающих конкретной международной правоспособностью в области оказания экстренной помощи и содействия в контексте бедствий. Комиссия отдает себе отчет в том, что сфера применения и содержание обязательства защищать права человека людей, пострадавших в результате бедствий, будут существенно различаться в зависимости от того, о каком субъекте идет речь. Нейтральная формулировка, принятая Комиссией, должна толковаться с учетом того понимания, что пострадавшие государства, оказывающие помощь государства и различные другие предоставляющие помощь субъекты соответственно будут нести разные обязательства.
- 5) Содержащаяся в начале текста проекта статьи 6 [8] ссылка на "людей, пострадавших в результате бедствий" подтверждает контекст, в котором применяются данные проекты статей, и ее не следует понимать как подразумевающую, что люди, не пострадавшие в результате бедствия, не пользуются теми же правами.

Статья 7 [6]

Гуманитарные принципы

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

Комментарий

- 1) В проекте статьи 7 [6] устанавливаются ключевые гуманитарные принципы, представляющие интерес с точки зрения реагирования на бедствия. На-

звание проекта статьи призвано указать на то, что упоминаемые в нем принципы, по мнению Комиссии, представляют собой гуманитарные принципы, которые лежат в основе мер по оказанию экстренной помощи и содействия в случае бедствий. С учетом этого Комиссия не сочла необходимым определять, являются ли эти принципы также общими принципами международного права, и отметила, что данные принципы не приводят к исключению других соответствующих принципов международного права. Комиссия предпочла провозгласить эти принципы в форме проекта статьи в знак признания их значимости для оказания экстренной помощи и содействия в случае бедствий.

2) Принципы гуманности, нейтральности и беспристрастности являются стержневыми принципами, признанными в качестве основополагающих при оказании гуманитарной помощи²⁸⁴. Эти принципы также являются основополагающими для положений законодательства, применимых к усилиям по оказанию экстренной помощи в случае бедствий. Например, в своей резолюции 46/182 Генеральная Ассамблея отмечает, что "[г]уманитарная помощь должна оказываться в соответствии с принципами гуманности, нейтралитета и беспристрастности"²⁸⁵.

3) Принцип гуманности является ключевым для защиты людей в международном праве. Представляя собой элемент как международного гуманитарного права, так и международного права прав человека, он обуславливает разработку законодательных положений, касающихся защиты людей в случае бедствий. В рамках международного гуманитарного права этот принцип наиболее ясным образом выражен в требовании обеспечивать гуманное обращение, закрепленном в общей статье 3 Женевских конвенций 1949 года²⁸⁶. Однако Международный Суд в связи с делом о *Проливе Корфу* (существо дела) подтвердил, что элементарные соображения гуманности являются также общими и общепризнанными принципами международного правопорядка, которые "имеют даже большую актуальность в условиях мира, чем в условиях войны"²⁸⁷. В комментарии Жана Пикте к принципам Красного Креста принципу гуманности приписываются три составляющие: "предотвращать и облегчать страдания, защищать жизнь и здоровье и обеспечивать уважение индивида"²⁸⁸. В конкретном контексте оказания экстренной помощи в случае бедствий в Руководящих принципах

²⁸⁴ См. обсуждение, приведенное в Меморандуме Секретариата, A/CN.4/590, пункт 11.

²⁸⁵ Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 2.

²⁸⁶ См., например, Женевскую конвенцию об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, 12 августа 1949 года (пункт 1 статьи 3, в котором отмечается, что "[л]ица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманитарным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых аналогичных критериев").

²⁸⁷ *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, I.C.J. Reports 1949, p. 4 at p. 22.

²⁸⁸ Jean Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross Proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary* (Geneva, Henry Dunant Institute, 1979), pp. 21–27; также размещено на веб-сайте www.icrc.org.

Осло и Мохонкских критериях подтверждается, что принцип гуманности требует "пытаться уменьшить страдания людей, где бы они ни имели место"²⁸⁹.

4) Хотя принцип нейтралитета уходит корнями в контекст вооруженного конфликта, Комиссия определила, что этот принцип, тем не менее, является применимым в других отраслях права. В контексте гуманитарной помощи принцип нейтралитета приобрел более конкретное значение, которое отражено в проекте статьи 7 [6]. В этом случае данный принцип требует, чтобы предоставление помощи осуществлялось независимо от любого политического, религиозного, этнического или идеологического контекста. И в Руководящих принципах Осло, и в Мохонкских критериях подтверждается, что помощь следует оказывать "не вступая в военные действия и не принимая чью-либо сторону в разногласиях политического, религиозного или идеологического характера"²⁹⁰. Как таковой принцип нейтралитета указывает на аполитичный характер мер реагирования на бедствия и подтверждает, что гуманитарная деятельность не может использоваться в иных целях, нежели принятие мер реагирования в связи с конкретным бедствием. Этот принцип обеспечивает, чтобы интересы людей, пострадавших в результате бедствий, ставились во главу угла пострадавшим государством и любыми другими соответствующими сторонами при принятии мер реагирования на бедствия. Соблюдение принципа нейтралитета является ключевым для содействия надлежащему и эффективному реагированию на бедствия, как это предусмотрено в проекте статьи 2 [2]. Следовательно, нейтралитет может рассматриваться как функционирующий механизм для осуществления идеала гуманности.

5) Принцип беспристрастности охватывает три принципа: недискриминации, соразмерности и собственно беспристрастности. В силу рассматриваемых ниже причин принцип недискриминации определяется Комиссией не просто как элемент проекта статьи 7 [6], но и как самостоятельный принцип реагирования на бедствия. Недискриминация направлена на устранение объективных оснований для дискриминации между людьми, с тем чтобы предоставление помощи пострадавшим людям определялось исключительно их нуждами. Принцип соразмерности предусматривает, что меры реагирования на бедствия должны быть соразмерны масштабам этого бедствия и потребностям пострадавших людей. Этот принцип также действует в качестве механизма распределения, позволяя предоставлять помощь при уделении внимания наиболее неотложным нуждам людей. Сам принцип беспристрастности отражает принцип, согласно которому при принятии мер реагирования на бедствия не следует проводить субъективных различий между людьми. В комментарии к Дополнительному протоколу I к Женевским конвенциям беспристрастность, таким образом, определяется как "моральное качество, которое должно присутствовать у человека или организации, призванных действовать на благо страдающих"²⁹¹. Так, например, проект международного руководства для операций гуманитарной помощи предусматривает, что "[г]уманитарную помощь следует предоставлять на

²⁸⁹ Руководящие принципы Осло, пункт 20; Мохонкские критерии, стр. 196 текста на английском языке.

²⁹⁰ Там же.

²⁹¹ См. Claude Pilloud et al., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987), paragraph 2800–2801 (ссылка на "Основополагающие принципы Красного Креста", провозглашенные в резолюции IX, принятой на 20-й Международной конференции Красного Креста, Вена, 1965 год), и Pictet, *Commentary*, pp. 33–51.

беспристрастной основе всем остро в ней нуждающимся"²⁹². В целом принцип беспристрастности требует, чтобы меры реагирования на бедствия были направлены на обеспечение полного уважения и удовлетворение нужд тех, кто пострадал в результате бедствий, причем таким образом, чтобы приоритет отдавался потребностям тех, кто находится в особо уязвимом положении.

6) Принцип недискриминации отражает присущее всем людям равенство и необходимость того, чтобы между ними не могло проводиться какое-либо неблагоприятное различие. Запрещенные основания для дискриминации носят неисчерпывающий характер и включают этническое происхождение, пол, национальность, политические убеждения, расу и религию"²⁹³. Комиссия определила, что на принцип недискриминации следует ссылаться как на самостоятельный принцип с учетом его важного значения в данном контексте. Такого же подхода придерживался и Институт международного права в своей резолюции 2003 года о гуманитарной помощи, в которой говорится, что гуманитарную помощь следует предлагать, а в случае принятия – распределять "без какой бы то ни было дискриминации по запрещенным признакам"²⁹⁴. В Руководстве МФКК также конкретно указывается, что помощь следует предоставлять пострадавшим в результате бедствия лицам без "какого-либо неблагоприятного различия (как то в отношении национальности, расы, этнического происхождения, религиозных верований, класса, пола, инвалидности, возраста и политических убеждений)"²⁹⁵.

7) Комиссия отметила, что принцип недискриминации не следует понимать как исключающий вероятность "позитивной дискриминации" в соответствующих случаях. Выражение "с учетом потребностей людей, находящихся в особо уязвимом положении", содержащееся в тексте проекта статьи 7 [6], отражает эту позицию. Комиссия сочла, что термин "уязвимое положение" применим как к группам лиц, так и к отдельным лицам. По этой причине было отдано предпочтение нейтральному выражению "уязвимое положение" без уточнения того, идет ли речь о "уязвимых группах" или "уязвимых лицах". Уточняющее слово "особо" было принято Комиссией в знак признания того факта, что те люди, которые пострадали в результате бедствия, по определению являются уязвимыми. Конкретное выражение "особо уязвимое положение" заимствовано из пункта 3 а) статьи 4 Руководства МФКК, в котором говорится об особых потребностях "женщин и особо уязвимых групп, которые могут включать в себя детей, перемещенных лиц, пожилых людей, инвалидов и лиц, инфицированных ВИЧ и страдающих другими тяжелыми заболеваниями"²⁹⁶. Это уточнение также отражено в принятой Институтом международного права резолюции о гуманитарной помощи, в которой содержится ссылка на требование принимать во внимание нужды "наиболее уязвимых людей"²⁹⁷.

²⁹² Peter MacAlister-Smith, *Draft international guidelines for humanitarian assistance operations* (Heidelberg, Germany: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991), para. 6 (a).

²⁹³ См., среди прочего, Женевские конвенции 1949 года, пункт 1 общей статьи 3; Всеобщую декларацию прав человека, резолюцию 217 (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года, статья 2; Международный пакт о гражданских и политических правах, пункт 1 статьи 2; Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, пункт 2 статьи 2.

²⁹⁴ Резолюция о гуманитарной помощи, пункт 3 статьи II.

²⁹⁵ Руководство МФКК, 2007 год, пункт 2 b) статьи 4.

²⁹⁶ Там же, пункт 3 а) статьи 4.

²⁹⁷ Резолюция о гуманитарной помощи, пункт 3 статьи II.

Статья 8 [5]**Обязанность сотрудничать**

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

Комментарий

1) Эффективное международное сотрудничество крайне важно для защиты людей в случае бедствий. Обязанность сотрудничать широко признана в качестве принципа международного права, и упоминание о ней можно встретить в многочисленных международно-правовых документах. Она закреплена в Уставе Организации Объединенных Наций, не в последнюю очередь со ссылкой на гуманитарный контекст, через призму которого рассматривается защита людей в случае бедствий. В пункте 3 статьи 1 Устава четко указывается, что одна из целей Организации заключается в том, чтобы:

"Осуществлять международное сотрудничество в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии".

В статьях 55 и 56 Устава развиваются положения пункта 3 статьи 1 применительно к международному сотрудничеству. Статья 55 Устава гласит:

"С целью создания условий стабильности и благополучия, необходимых для мирных и дружеских отношений между нациями, основанных на уважении принципа равноправия и самоопределения народов, Организация Объединенных Наций содействует:

- а) повышению уровня жизни, полной занятости населения и условиям экономического и социального прогресса и развития;
- б) разрешению международных проблем в области экономической, социальной, здравоохранения и подобных проблем; международному сотрудничеству в области культуры и образования;
- в) всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод для всех, без различия расы, пола, языка и религии".

Статья 56 Устава гласит:

"Все Члены Организации обязуются предпринимать совместные и самостоятельные действия в сотрудничестве с Организацией для достижения целей, указанных в статье 55".

Общая обязанность сотрудничать была подтверждена в качестве одного из принципов международного права в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, следующим образом:

"Государства обязаны, независимо от различий в их политических, экономических и социальных системах, сотрудничать друг с другом в различных областях международных отношений с целью поддержания меж-

дународного мира и безопасности и содействия международной экономической стабильности и прогрессу, общему благосостоянию народов и международному сотрудничеству, свободному от дискриминации, основанной на таких различиях"²⁹⁸.

2) Сотрудничество приобретает особое значение в отношении международного права прав человека. В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах прямо указывается, что международное сотрудничество является средством реализации закрепленных в нем прав²⁹⁹. Это было подтверждено и Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам в его общих замечаниях, касающихся осуществления конкретных прав, гарантируемых Пактом³⁰⁰. Международному сотрудничеству было отведено особое место в принятой в 2006 году Конвенции о правах инвалидов, которая, в частности, применима "в ситуациях риска, включая вооруженные конфликты, чрезвычайные гуманитарные ситуации и стихийные бедствия"³⁰¹.

3) В связи с вопросом о сотрудничестве в контексте оказания экстренной помощи и содействия в случае стихийных бедствий в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи признано, что:

"[м]асштабы и продолжительность многих чрезвычайных ситуаций могут превышать возможности реагирования на них многих пострадавших стран. Такое сотрудничество должно осуществляться в соответствии с международным правом и национальными законами..."³⁰².

Кроме того, существует большое число договоров, представляющих особый интерес с точки зрения защиты людей в случае бедствий и свидетельствующих о важности международного сотрудничества в борьбе с последствиями бедствий. Эти договоры не только сами по себе являются результатом сотрудничества, но и обычно отражают принцип сотрудничества применительно к конкретным аспектам ликвидации последствий бедствий в своем тексте. Как правило, в двусторонних соглашениях это отражается в названии документа, в котором идет речь либо о сотрудничестве, либо о (взаимной) помощи³⁰³. Более того, настоятельная потребность в сотрудничестве в подавляющем большинстве случаев фиксируется в качестве одной из целей того или иного договора или играет позитивную роль в их достижении. Наглядным примером в этой связи является уже упоминавшаяся Конвенция Тампере, поскольку в пункте 21 ее преамбулы указывается, что стороны желают "содействовать международному сотрудничеству в целях смягчения последствий бедствий". Еще один пример встречается в соглашении между Францией и Малайзией:

²⁹⁸ Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение, пункт 1.

²⁹⁹ Резолюция 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года, приложение, статьи 11, 15, 22 и 23.

³⁰⁰ См., в частности, замечания общего порядка № 2 (E/1990/23), № 3 (E/1991/23), № 7 (E/1998/22), № 14 (E/C.12/2000/4) и № 15 (E/C.12/2002/11).

³⁰¹ Резолюция 61/106 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2006 года, приложение I, статья 11.

³⁰² Приложение, пункт 5.

³⁰³ Полный перечень соответствующих договоров см. в A/CN.4/590/Add.2. Дальнейшую классификацию договоров о международно-правовых нормах в области реагирования на стихийные бедствия см. H. Fischer, "International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae" in IFRC, *International disaster response laws, principles and practice: reflections, prospects and challenges* (2003), at pp. 24–44.

"Будучи убежденными в необходимости развития сотрудничества между компетентными органами обеих сторон в области предотвращения серьезной опасности и защиты населения, имущества и окружающей среды..."³⁰⁴.

4) При этом сотрудничество не должно толковаться как ограничивающее первостепенную роль суверенного государства в рамках международного права, как это предусмотрено в пункте 2 проекта статьи 12 [9]. Кроме того, принцип сотрудничества следует понимать также как дополняющий ответственность пострадавшего государства за оказание помощи людям, пострадавшим от стихийных бедствий и схожих чрезвычайных ситуаций, имеющих место на его территории (пункт 1 проекта статьи 12 [9])³⁰⁵.

5) Основной особенностью деятельности в области оказания экстренной помощи в случае бедствий является международное сотрудничество не только между государствами, но и с международными и неправительственными организациями. Их важная роль уже давно признана. В своей резолюции 46/182 от 19 декабря 1991 года Генеральная Ассамблея подтвердила, что:

"...[м]ежправительственные и неправительственные организации, действующие беспристрастно и исключительно по гуманитарным мотивам, должны и впредь вносить существенный вклад в дополнение национальных усилий"³⁰⁶.

В резолюции, принятой в 2008 году, Экономическим и Социальным Советом было признано, что:

"...выгоды взаимодействия и координации действий с соответствующими гуманитарными субъектами для повышения эффективности гуманитарного реагирования и рекомендо[вал] Организации Объединенных Наций продолжать и впредь осуществлять усилия по укреплению партнерских связей на глобальном уровне с Международным движением Красного Креста и Красного Полумесяца, соответствующими гуманитарными неправительственными организациями и другими членами Межучрежденческого постоянного комитета"³⁰⁷.

6) В проекте статьи 8 [5] признается важная роль международного сотрудничества при осуществлении деятельности по оказанию международной экстренной помощи и содействия в случае бедствий. В нем устанавливаются юридические обязательства различных соответствующих сторон. Вместе с тем существует понимание того, что характер обязанности сотрудничать может различаться в зависимости от субъекта и контекста обращения за помощью и ее оказания. По своей природе сотрудничество основано на взаимности, т.е., например, обязанность государства сотрудничать с международной организацией предполагает возложение аналогичной обязанности на организацию. Было признано, что попытка провести различие между сотрудничеством на уровне госу-

³⁰⁴ Agreement between the Government of the French Republic and the Government of Malaysia on Cooperation in the Field of Disaster Prevention and Management and Civil Security, 25 May 1998, preambular paragraph 4. (Соглашение между правительством Французской Республики и правительством Малайзии о сотрудничестве в области предупреждения и преодоления бедствий и в области гражданской защиты от 25 мая 1998 года, пункт 4 преамбулы).

³⁰⁵ Резолюция 46/182 от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 4. См. также Хиогскую декларацию 2005 года, A/CONF.206/6 и Corr.1, глава 1, резолюция 1, пункт 4.

³⁰⁶ Приложение, пункт 5.

³⁰⁷ Резолюция 2008/36 от 25 июля 2008 года, пункт 7.

дарств и сотрудничеством между государствами и международными организациями (в частности, Организацией Объединенных Наций), Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, а также сотрудничеством с "соответствующими неправительственными организациями" не охватывала надлежащим образом все возможные правовые взаимоотношения между государствами и различными образованиями, упомянутыми в положении. Характер юридического обязательства сотрудничать в общем положении о сотрудничестве является предметом отдельных положений (поэтому вводные слова звучат так: "в соответствии с настоящими проектами статей"), в частности проектов статей 9 [5-бис] и 10 [5-тер]. В связи с этим Комиссия добавила слова "надлежащим образом", которые уточняют смысл всего проекта статьи: с одной стороны, они служат отсылкой к конкретным существующим правилам, касающимся сотрудничества между различными упомянутыми в проекте статьи образованиями и определяющие характер обязанности сотрудничать, а с другой стороны – предполагают степень усмотрения при определении на местах, "соответствует" ли такое сотрудничество потребностям.

7) Уточняющее определение "компетентными" перед словами "межправительственными организациями" было включено для указания на то, что для целей проектов статей сотрудничество будет необходимо только с теми организациями, которые участвуют в оказании экстренной помощи и содействия в случае бедствий. Ссылка на Международный комитет Красного Креста включена как отражение того факта, что проекты статей могут также применяться в сложных чрезвычайных ситуациях, сопряженных с вооруженным конфликтом³⁰⁸.

Статья 9 [5-бис] Формы сотрудничества

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

Комментарий

1) Проект статьи 9 [5-бис] призван пояснить, какие различные формы может принимать сотрудничество между пострадавшими государствами, оказывающими помощь государствами и другими оказывающими помощь субъектами в контексте защиты людей в случае бедствий. В общем плане сотрудничество предусмотрено в проекте статьи 8 [5] в качестве руководящего принципа и основополагающей обязанности в свете данной темы, так как оно играет ключевую роль при оказании экстренной помощи в случае бедствий. Существенно важная роль сотрудничества диктует необходимость более подробного разъяснения того, о сотрудничестве какого рода идет речь в данном контексте. Таким образом, настоящий проект статьи призван дополнительно уточнить смысл проекта статьи 8 [5], не вводя при этом каких-либо дополнительных юридических обязательств.

2) Перечень форм сотрудничества в проекте статьи 9 [5-бис] – гуманитарная помощь, координация международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи, а также предоставление персонала для оказания экстренной по-

³⁰⁸ См. ниже пункт 2) комментария к статье 21.

мощи, оборудования и товаров, а также научных, медицинских и технических ресурсов – в общих чертах воспроизводит второе предложение пункта 4 статьи 17 окончательного проекта статей по праву трансграничных водоносных горизонтов, в котором общее обязательство сотрудничать, содержащееся в статье 7 упомянутых проектов статей, объясняется с помощью описания видов сотрудничества, необходимых в чрезвычайных ситуациях³⁰⁹. Второе предложение пункта 4 проекта статьи 17 гласит:

"Содействие может включать координацию международных чрезвычайных мер и сообщений, направление подготовленного для действий в чрезвычайных ситуациях персонала, предоставление специального оборудования и припасов, экспертную научно-техническую помощь и гуманитарную помощь"³¹⁰.

Поскольку вышеприведенное положение было специально разработано для похожей ситуации, т.е. необходимости сотрудничать в случае чрезвычайной ситуации, затрагивающей трансграничный водоносный горизонт, Комиссия посчитала данную формулировку полезной отправной точкой для разработки проекта статьи 9 [5-бис]. Вместе с тем текст статьи 9 [5-бис] был скорректирован, чтобы надлежащим образом отразить контекст и цели настоящих проектов статей и учесть основные области сотрудничества, охватываемые международными договорами, касающимися реагирования на бедствия. Сходные формулировки содержатся в Декларации АСЕАН о взаимной помощи в случае стихийных бедствий от 26 июня 1976 года, предусматривающей, что "государства-члены в рамках своих возможностей сотрудничают в совершенствовании каналов связи для оповещения о бедствиях, обмена экспертами и стажерами, обмена информацией и документами, распределения материалов медицинского назначения, услуг и предметов чрезвычайной помощи"³¹¹. В том же ключе при описании областей, в которых Организации Объединенных Наций следовало бы брать на себя координирующую роль и поощрять сотрудничество, в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи содержится призыв к координации в том, что касается "специалистов и групп технических специалистов, а также предметов снабжения, оборудования, и услуг..."³¹².

3) Проект статьи 9 [5-бис] начинается со слов о том, что формы сотрудничества определяются "[д]ля целей настоящего проекта статей". Исходя из этого, проект статьи 9 [5-бис], который следует читать в свете других проектов статей, ориентирован на цель всей темы в том виде, в котором она представлена в проекте статьи 2 [2], а именно: "облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав". В контексте данной темы конечной целью обязанности сотрудничать, а следовательно и любых форм сотрудничества, о которых идет речь в проекте статьи 9 [5-бис], является защита людей, пострадавших в результате бедствий.

4) Хотя в проекте статьи оговорены конкретные формы сотрудничества, данный перечень не является исчерпывающим, а, напротив, служит примером основных областей, где такое сотрудничество может быть уместно в зависимости от обстоятельств. Неисчерпывающий характер перечня передается словами "включает в себя" и их аналогами на других официальных языках. Комиссия

³⁰⁹ Резолюция 63/124 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 2008 года, приложение.

³¹⁰ Там же.

³¹¹ ASEAN Documents Series 1976.

³¹² Пункт 27.

решила, что отмеченные формы относятся к основным областям, в которых сотрудничество может быть оправдано, и что эти формы достаточно обобщены, чтобы охватывать широкий спектр совместных действий. Таким образом, сотрудничество может включать в себя упомянутые виды деятельности, но не ограничивается только ими; тем самым не исключаются и другие формы сотрудничества, не перечисленные в настоящем проекте статьи, как, например, финансовая поддержка; передача технологий, охватывающая, среди прочего, спутниковые изображения; подготовка кадров; обмен информацией и проведение совместных учений и планирование.

5) Поскольку проект статьи 9 [5-бис] содержит примеры возможных форм сотрудничества, в нем не ставится цель наложить на пострадавшие государства или же другие оказывающие им помощь субъекты какие-либо дополнительные юридические обязательства совершать те или иные действия. Возможные формы сотрудничества неизбежно будут зависеть от целого ряда факторов, включая, в частности, характер бедствия, потребности пострадавших людей и потенциал пострадавших государств и других оказывающих помощь субъектов. Как и в случае с самим принципом сотрудничества, предполагается, что формы сотрудничества, указанные в проекте статьи 9 [5-бис], носят взаимный характер, поскольку сотрудничество – это не односторонний акт, а совместная деятельность многих участников³¹³. Поэтому проект статьи должен восприниматься не в качестве перечня действий, которые могут быть предприняты оказывающим помощь государством, а как указание на те области, где может быть целесообразно согласование усилий как пострадавшего государства, так и других оказывающих помощь субъектов посредством консультаций.

6) Кроме того, сотрудничество в упомянутых областях должно согласовываться с другими проектами статей. Например, как и в случае с проектом статьи 8 [5], формы сотрудничества, о которых идет речь в проекте статьи 9 [5-бис], должны соответствовать проекту статьи 12 [9], согласно которой пострадавшему государству "в силу его суверенитета" отводится главная роль в процессе оказания экстренной помощи в случае бедствий. Сотрудничество также должно соответствовать требованию о наличии согласия пострадавшего государства на внешнюю помощь (проект статьи 14 [11]), а также признанию того, что пострадавшее государство может оговорить предоставление внешней помощи соответствующими условиями, особенно в отношении выявленных потребностей лиц, пострадавших от бедствия, и качества помощи (проект статьи 15 [13]). Сотрудничество также связано с проектом статьи 17 [14], в котором признается роль пострадавшего государства в облегчении оказания оперативной и эффективной помощи людям, пострадавшим в результате бедствия. Таким образом и в силу того, что проект статьи 9 [5-бис] не создает каких-либо дополнительных правовых обязательств, взаимосвязь между пострадавшим государством, оказывающим помощь государством и другими оказывающими помощь субъектами в реализации вышеупомянутых форм сотрудничества будет регламентироваться в соответствии с другими положениями настоящего проекта статей.

7) Гуманитарная помощь не случайно упомянута первой среди форм сотрудничества, перечисленных в проекте статьи 9 [5-бис], так как, по мнению Комиссии, именно этот вид сотрудничества имеет первостепенное значение в контексте экстренной помощи в случае бедствий. Вторая категория – координация международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи – призвана быть достаточно широкой, чтобы охватить большинство совместных дей-

³¹³ См. ниже комментарий к пункту 6) проекта статьи 8 [5].

ствий на стадии оказания помощи в случае бедствий, и может включать в себя координацию материально-технического обеспечения, контроль и поддержку действий и перемещений персонала и оборудования в чрезвычайных операциях, а также обмен и предоставление информации в связи с бедствием. Хотя в договорных документах обмен информацией часто упоминается как важная составляющая сотрудничества на этапе обеспечения готовности к бедствиям в качестве превентивной меры для уменьшения риска бедствий³¹⁴, коммуникация и информация также важны и на этапе ликвидации последствий бедствия, чтобы следить за развитием ситуации и содействовать координации экстренной помощи между различными участниками. Вопросам коммуникации и обмена информацией в контексте оказания экстренной помощи в случае бедствий посвящен ряд правовых документов³¹⁵. Под формулировкой "предоставление персонала для оказания экстренной помощи, оборудования и товаров, а также научных, медицинских и технических ресурсов" понимается предоставление всевозможных средств, необходимых для операций по реагированию на бедствия. Под "персоналом" может пониматься предоставление услуг и сотрудничество между медицинскими бригадами, поисково-спасательными группами, инженерами и техническими специалистами, письменными и устными переводчиками или другими лицами, участвующими в деятельности по оказанию экстренной помощи от имени одного из соответствующих субъектов – пострадавшего государства, оказывающего помощь государству или других оказывающих помощь субъектов. Термин "ресурсы" охватывает научные, технические и медицинские экспертные навыки и знания, а также оборудование, инструменты, медикаменты или другие предметы, которые могут пригодиться при оказании экстренной помощи.

8) В проекте статьи 9 [5-бис] приведен перечень возможных форм сотрудничества на этапе оказания экстренной помощи, т.е. когда бедствие уже произошло. Сотрудничество на этапах, предшествующих бедствию, включая предупреждение бедствий, обеспечение готовности к ним и смягчение их последствий, рассматривается в проекте статьи 10 [5-тер].

Статья 10 [5-тер]

Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий

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

³¹⁴ См., например, Соглашение АСЕАН, пункт 1 статьи 18.

³¹⁵ См., например, Конвенцию Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи, Организация Объединенных Наций, *Сборник договоров*, том 2296, стр. 5 текста на английском языке ("Конвенция Тампере"), статья 3 (в которой содержится призыв к "развертыванию наземного и спутникового телекоммуникационного оборудования для прогнозирования, наблюдения и получения информации об опасных природных явлениях, опасностях для здоровья людей и бедствиях", а также "обмену информацией об опасных природных явлениях, опасностях для здоровья людей и бедствиях между государствами-участниками и с другими государствами, негосударственными образованиями и межправительственными организациями и распространению такой информации среди населения, особенно населения, подверженного риску"); Руководящие принципы Осло, пункт 54. См. также обсуждение в Меморандуме Секретариата, A/CN.4/590, пункты 159–72.

Комментарий

- 1) Если проект статьи 9 [5-бис] касается различных форм сотрудничества на этапе оказания экстренной помощи или ликвидации последствий бедствия, то проект статьи 10 [5-тер] предусматривает, что сфера применения *ratione temporis* обязанности сотрудничать, определенная в общем виде в проекте статьи 8 [5], охватывает также этап, предшествующий бедствию. Таким образом, если в статье 9 [5-бис] говорится о реагировании на бедствия, то проект статьи 10 [5-тер] касается уменьшения риска бедствий.
- 2) Сотрудничество, упоминаемое в этом положении, квалифицируется как связанное с "принятием мер, направленных на уменьшение риска бедствий". Это словосочетание следует понимать в свете обоих пунктов проекта статьи 11 [16], в частности пункта 2, в котором предусмотрен ряд мер, направленных непосредственно на уменьшение риска бедствий.
- 3) Проект статьи 10 [5-тер] был принят без предрешения вопроса о его окончательном месте в своде проектов статей, в том числе, в частности, о его включении вместе с проектом статьи 9 [5-бис] в текст нового пересмотренного проекта статьи 8 [5]. Эти вопросы были отложены до второго чтения проекта статей.

Статья 11 [16]

Обязанность уменьшать риск бедствий

1. Каждое государство уменьшает риск бедствий, принимая необходимые и надлежащие меры, в том числе посредством законодательства и правил, в целях предотвращения бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним.
2. Меры по уменьшению риска бедствий включают проведение оценок риска, сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего оповещения.

Комментарий

- 1) Проект статьи 11 [16] касается обязанности уменьшать риск бедствий. Проект статьи состоит из двух пунктов. В пункте 1 устанавливается основная обязанность уменьшать риск бедствий путем принятия определенных мер, а в пункте 2 содержится ориентировочный перечень таких мер.
- 2) Проект статьи 11 [16] отражает признание необходимости охватить в проектах статей о защите людей в случае бедствий не только этап реагирования на бедствия, но и предшествующие этапу бедствия обязанности государств. Концепция уменьшения риска бедствий берет свое начало в ряде резолюций Генеральной Ассамблеи и получила дальнейшее развитие в рамках состоявшейся в Йогогаме в 1994 году Всемирной конференции по уменьшению опасности стихийных бедствий³¹⁶, в принятой в 2005 году Хиогской рамочной программе

³¹⁶ См. Йогогамскую стратегию по обеспечению более безопасного мира: руководящие принципы предотвращения стихийных бедствий, обеспечения готовности к ним и смягчения их последствий, A/CONF.172/9, глава I, резолюция I, приложение I.

действий на 2005–2015 годы³¹⁷ и в ходе нескольких сессий Глобальной платформы действий по уменьшению опасности бедствий.

3) Согласно Хиогской декларации 2005 года "необходимо на всех уровнях, начиная с отдельной личности и кончая международным сообществом, содействовать деятельности по формированию культуры предотвращения бедствий и противодействия им, а также связанных с ними стратегий по обеспечению заблаговременной готовности к ним, инвестиции в которую являются разумными инвестициями... Риски бедствий, опасности и их воздействия представляют собой угрозу, однако надлежащее реагирование на них может и должно обеспечить осуществление действий по снижению рисков и уязвимости в будущем". На четвертой сессии Глобальной платформы действий по уменьшению опасности бедствий, состоявшейся в 2013 году, Председатель в заключительном слове обратил внимание "на растущее признание того, что предотвращение и уменьшение опасности бедствий является юридическим обязательством, охватывающим оценку риска, создание систем раннего оповещения и право на доступ к информации о рисках".

4) Норма, закрепленная в проекте статьи 11 [16], опирается на источники права, перечисленные в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда. Комиссия исходит из основных принципов суверенитета государств и невмешательства в их внутренние дела и в то же время опирается на принципы, вытекающие из международного права прав человека, включая обязательство государств уважать и защищать права человека, в частности право на жизнь, и обеспечивать осуществление этих прав. Защита не только предусматривает реагирование на нарушения прав человека, но и налагает на государства позитивное обязательство принимать необходимые и надлежащие меры, призванные предотвращать такие нарушения независимо от источника угрозы. Это подтверждается решениями международных трибуналов, в частности решениями Европейского суда по правам человека по делам *Онерйылдыз против Турции*³¹⁸ и *Будаева и др. против России*³¹⁹, в которых подтверждается обязанность государств принимать превентивные меры. Наряду с этим проект статьи 11 [16] опирается на ряд принципов международного экологического права, включая принцип "должной осмотрительности".

5) Важной правовой основой проекта статьи 11 [16] является широко распространенная практика государств, отражающая их приверженность задаче уменьшения риска бедствий. Многие государства заключили многосторонние, региональные и двусторонние соглашения, касающиеся уменьшения риска бедствий, включая Соглашение АСЕАН³²⁰; Пекинский план действий по уменьшению опасности бедствий в Азии (2005 год); Делийскую декларацию по уменьшению опасности бедствий в Азии (2007 год); Куала-Лумпурскую декларацию по уменьшению опасности бедствий в Азии (2008 год); четвертую Азиатскую конференцию на уровне министров по вопросу об уменьшении опасности бед-

³¹⁷ Хиогская рамочная программа действий на 2005–2015 годы: создание потенциала противодействия бедствиям на уровне государств и общин ("Хиогская рамочная программа действий"), A/CONF.206/6 и Согг.1, глава I, резолюция 2.

³¹⁸ Европейский суд по правам человека, *Онерйылдыз против Турции*, дело № 48939, Большая палата, постановление от 30 ноября 2004 года.

³¹⁹ Европейский суд по правам человека, *Будаева и др. против России*, Палата (первая секция), дела № 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 и 15343/02, постановление от 20 марта 2008 года.

³²⁰ Это соглашение стало первым международным договором по вопросам уменьшения риска бедствий после принятия Хиогской рамочной программы действий.

ствий 2010 года, по итогам которой были приняты Инчхонская декларация об уменьшении опасности бедствий в Азии и Тихоокеанском регионе 2010 года, Инчхонская дорожная карта и План действий по уменьшению опасности стихийных бедствий посредством адаптации к изменению климата в Азии и Тихоокеанском регионе, в которых подтверждаются положения Рамочной программы действий и предложены азиатские инициативы по адаптации к изменению климата и уменьшению риска бедствий с учетом факторов уязвимости в этом регионе³²¹; Африканскую региональную стратегию по уменьшению опасности бедствий 2004 года, после принятия которой Африканским союзом была разработана программа действий по ее осуществлению (первоначально на период 2005–2010 годов, однако впоследствии этот срок был продлен до 2015 года)³²²; четыре сессии Африканской региональной платформы по уменьшению опасности бедствий, последняя из которых состоялась в 2013 году³²³; Арабскую стратегию по уменьшению опасности бедствий на период до 2020 года, принятую Советом министров арабских стран, отвечающих за вопросы окружающей среды, на его двадцать второй сессии в декабре 2010 года³²⁴; и наконец, Наяритское коммюнике по вопросу о направлениях деятельности по активизации мер по уменьшению опасности бедствий в Северной и Южной Америке (2011 год)³²⁵.

б) Признание этого обязательства также подтверждается включением государствами мер по уменьшению риска бедствий в свою национальную политику и нормативную базу. Как показывает подборка национальных докладов о ходе осуществления Хиогской рамочной программы³²⁶, о наличии специальных стратегий снижения риска бедствий сообщили 64 государства и района, равномерно распределенных по всем континентам и регионам, включая зоны, наиболее подверженные бедствиям. Таковыми являются: Алжир, Ангилья, Аргентина, Армения, Бангладеш, Боливия (Многонациональное Государство), Бразилия, Британские Виргинские Острова, бывшая югославская Республика Македония, Вануату, Венесуэла (Боливарианская Республика), Гана, Гватемала, Германия, Гондурас, Грузия, Доминиканская Республика, Индия, Индонезия, Италия, Кабо-Верде, Канада, Кения, Колумбия, Коста-Рика, Кот-д'Ивуар, Куба, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Ливан, Маврикий, Мадагаскар, Малави, Малайзия, Мальдивские Острова, Марокко, Маршалловы Острова, Мексика, Мозамбик, Монголия, Непал, Нигерия, Никарагуа, Новая Зеландия, Норвегия, Объединенная Республика Танзания, Острова Кука, Панама, Парагвай, Перу, Польша, Самоа, Сенегал, Сент-Китс и Невис, Сент-Люсия, Сирийская Арабская Республика, Соединенные Штаты, Таиланд, Фиджи, Финляндия, Чили, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка и Япония. Недавно секретариат Международной стратегии Организации Объединенных Наций по уменьшению опасности бедствий (МСУОБ) сообщил о том, что 76 государств создали соответствующие национальные платформы, под которыми понимается "координационный механизм для обеспечения всеобъемлющего учета мер по снижению риска бедствий

³²¹ Текст Декларации см. по ссылке http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf.

³²² Расширенная программа действий по осуществлению Африканской региональной стратегии по уменьшению опасности бедствий (2006–2015 годы), введение.

³²³ МСУОБ, "Africa seeks united position on disaster risk reduction", 13 February 2013. См. по ссылке <http://www.unisdr.org/archive/31224>.

³²⁴ Текст Стратегии см. по ссылке http://www.unisdr.org/files/18903_17934_asdrfinalenglishjanuary20111.pdf.

³²⁵ Текст коммюнике см. по ссылке http://www.unisdr.org/files/18603_communiqenayarit.pdf.

³²⁶ Хиогская рамочная программа действий, приоритет 1, основной показатель 1.1.

в контексте политики, планирования и программ в области развития" с целью осуществления стратегий по снижению риска бедствий³²⁷. Несколько стран приняли законодательные акты, непосредственно касающиеся снижения риска бедствий, либо в виде отдельных законов, либо как часть более обширного законодательства, охватывающего как управление рисками бедствий, так и реагирование на эти бедствия; к числу этих стран относятся: Алжир³²⁸, Камерун³²⁹, Китай³³⁰, Доминиканская Республика³³¹, Сальвадор³³², Эстония³³³, Франция³³⁴, Гватемала³³⁵, Гаити³³⁶, Венгрия³³⁷, Индия³³⁸, Индонезия³³⁹, Италия³⁴⁰, Мадагаскар³⁴¹, Намибия³⁴², Новая Зеландия³⁴³, Пакистан³⁴⁴, Перу³⁴⁵, Филиппины³⁴⁶, Республика Корея³⁴⁷, Словения³⁴⁸, Южная Африка³⁴⁹, Таиланд³⁵⁰ и Соединенные Штаты³⁵¹.

³²⁷ Перечень государств, создавших национальные платформы, см. по ссылке <http://www.unisdr.org/partners/countries>.

³²⁸ Алжир, Закон от 25 декабря 2004 года о предотвращении риска бедствий и обеспечении готовности к ним.

³²⁹ Камерун, указ № 037/PM от 19 марта 2003 года о создании, порядке работы и обеспечении функционирования Национального центра по наблюдению за рисками.

³³⁰ Китай, Закон о предотвращении бедствий и реагировании на них (2002 год).

³³¹ Доминиканская Республика, указ № 874-09 об утверждении Постановления о применении закона № 147-02 об управлении рисками и отмене разделов 1, 2, 3, 4 и 5 указа № 932-03 (2009 год).

³³² Сальвадор, Закон о гражданской обороне, предотвращении бедствий и смягчении их последствий (2005 год).

³³³ Эстония, Закон о готовности к чрезвычайным ситуациям (2000 год).

³³⁴ Франция, Закон № 2003-699 о предупреждении риска бедствий техногенного и природного характера и ликвидации ущерба (2003 год).

³³⁵ Гватемала, указ № 109-96 о принятии Закона о национальном координационном органе по вопросам снижения рисков бедствий природного и техногенного характера (1996 год).

³³⁶ Гаити, Национальный план управления рисками бедствий и обеспечения готовности к ним (1988 год).

³³⁷ Венгрия, Закон LXXIV об управлении и руководстве деятельностью по предупреждению бедствий и предотвращению крупных аварий с выбросом опасных веществ (1999 год).

³³⁸ Индия, Закон № 53 об обеспечении готовности к бедствиям (2005 год).

³³⁹ Индонезия, Закон № 24 от 2007 года об обеспечении готовности к бедствиям.

³⁴⁰ Италия, указ Премьер-министра о создании национальной платформы по уменьшению риска бедствий (2008 год).

³⁴¹ Мадагаскар, указ № 2005-866 о порядке применения Закона № 2003-010 от 5 сентября 2003 года о национальной стратегии управления рисками бедствий и обеспечения готовности к ним (2005 год).

³⁴² Намибия, Закон об управлении рисками бедствий (2012 год).

³⁴³ Новая Зеландия, предписание о национальном плане гражданской обороны в условиях бедствий 2005 года (SR 2005/295), часть 3.

³⁴⁴ Пакистан, Закон об обеспечении готовности к бедствиям (2010 год). См. также официальное заявление правительства Пакистана, сделанное в ходе третьей сессии Глобальной платформы действий по уменьшению опасности бедствий в 2011 году, по ссылке <http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf>.

³⁴⁵ Перу, Закон № 29664 о создании национальной системы управления рисками бедствий (2011 год).

³⁴⁶ Филиппины, Закон Филиппин об управлении рисками бедствий (2006 год).

³⁴⁷ Республика Корея, Национальный закон о мерах противодействия стихийным бедствиям (1995 год); Национальный закон об обеспечении готовности к бедствиям (2010 год).

³⁴⁸ Словения, Закон о защите от бедствий стихийного и иного характера (2006 год).

³⁴⁹ Южная Африка, Закон № 57 от 2002 года об обеспечении готовности к бедствиям.

7) Проект статьи 11 [16] следует толковать во взаимосвязи с общеприменимыми правилами, содержащимися в настоящих проектах статей, включая правила, непосредственным образом касающиеся реагирования на бедствия.

Пункт 1

8) Пункт 1 начинается со слов "Каждое государство". Комиссия отдала предпочтение этой формулировке по сравнению со словом "Государства" в интересах обеспечения единообразия с ранее принятыми проектами статей, с тем чтобы выделить государство или государства, которые несут юридическую обязанность действовать. В отличие от проектов статей, непосредственно касающихся реагирования на бедствие, когда проводится различие между пострадавшим государством или государствами и другими государствами, на предшествующем бедствию этапе указанное обязательство применяется к каждому государству. Кроме того, из пункта 2 явно следует, что обязательство по уменьшению риска бедствий подразумевает меры, принимаемые главным образом на внутригосударственном уровне. Любые такие меры, требующие взаимодействия между государствами или с другими предоставляющими поддержку субъектами, планируется охватить в статье 10 [5-тер]. Иными словами, это обязательство применяется к каждому государству по отдельности. В этой связи Комиссия приняла решение не использовать слово "Государства", с тем чтобы избежать отсылки к коллективному обязательству.

9) Слово "shall" в тексте на английском языке означает существование международного юридического обязательства действовать так, как предусмотрено в этом пункте, и является наиболее емким способом отражения характера этого юридического обязательства. Это подтверждается названием проекта статьи, где речь идет об "обязанности" уменьшать риск бедствий. Каждое государство несет одно и то же обязательство, а вопрос о разном уровне потенциала государств для выполнения этого обязательства решается с помощью слов "принимая необходимые и надлежащие меры".

10) Обязательство состоит в "уменьшении риска бедствий"³⁵². Комиссия приняла эту формулировку в знак признания того, что современный подход международного сообщества, нашедший выражение в некоторых важных документах, в частности в опубликованной в 2005 году Хиогской декларации Всемирной конференции по уменьшению опасности бедствий, состоит в уделении основного внимания уменьшению риска вреда, вызываемого опасным явлением, нежели предотвращению самих бедствий. В этой связи в пункте 1 упор сделан на уменьшении риска бедствий. Это достигается посредством принятия определенных мер в целях предотвращения бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним.

11) Слова "принимая необходимые и надлежащие меры" указывают на необходимость осуществления конкретных действий. В дополнение к приведенным в пункте 13) ниже дальнейшим пояснениям относительно законодательства и правил следует отметить, что слово "меры" уточняется с помощью слов "необходимые" и "надлежащие", что соответствует общепринятой практике. То, что

³⁵⁰ Таиланд, Закон о предотвращении бедствий и смягчении их последствий (2007 год).

³⁵¹ Соединенные Штаты, Закон о смягчении последствий бедствий (2000 год).

³⁵² Комиссия отмечает существование языковых отличий, связанных с официальным переводом в Организации Объединенных Наций термина "уменьшение риска бедствий" (УРБ) на французский язык.

может являться "необходимым и надлежащим" в любом конкретном случае, следует трактовать в свете указанной цели подлежащих принятию мер, а именно "предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним" для уменьшения риска. Соответствующая оценка должна проводиться в более широком контексте имеющегося потенциала и ресурсов данного государства, как отмечается в пункте 9) выше. Фундаментальное требование должной осмотрительности связано с понятиями "необходимые" и "надлежащие". Следует также понимать, что в этой формулировке подразумевается вопрос об эффективности мер.

12) С помощью слов "в том числе посредством законодательства и правил" в этом пункте указывается на конкретный контекст, в котором должны приниматься соответствующие меры. Искомый результат состоит в принятии ряда конкретных мер, как правило, в рамках законодательной или нормативной базы. Соответственно, для тех государств, которые еще не создали такую базу, общее обязательство по уменьшению риска бедствий будет также включать обязательство, связанное с созданием такой базы в целях обеспечения условий для принятия "необходимых и надлежащих" мер. Слова "законодательство и правила" следует понимать в широком смысле, с тем чтобы охватить как можно больше форм выражения права при общем признании того, что подобные меры правового характера представляют собой наиболее распространенный и эффективный способ содействия (отсюда слово "посредством") осуществлению деятельности по уменьшению риска бедствий на национальном уровне.

13) Уточняющее выражение "в том числе" указывает на то, что, хотя "законодательство и правила" могут являться основными методами, возможно наличие и других механизмов, в рамках которых принимаются такие меры. Слова "в том числе" были выбраны с тем, чтобы избежать толкования, в соответствии с которым принятие и осуществление конкретного законодательства и правил всегда будет являться необходимым требованием. Это оставляет каждому государству свободу определения применимой юридической основы при том понимании, что наличие юридической основы, предусматривающей принятие "необходимых и надлежащих мер", является обязательным условием уменьшения риска бедствий. Использование в английском тексте определенного артикля "the" перед словом "необходимых" выполняет, таким образом, функцию конкретного указания на то, что речь идет не просто об общих мерах, а о конкретных и специальных мерах, направленных на предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним.

14) Слова "посредством законодательства и правил" указывают на необходимость обеспечения того, чтобы механизмы реализации соответствующих обязательств и ответственности за их невыполнение были определены в рамках внутренней правовой системы. Несмотря на важность этих вопросов, они не являются единственным предметом законодательного и нормативного регулирования в области уменьшения риска бедствий, и их выделение в тексте пункта 1 могло бы привести к неясности.

15) В последней формулировке, а именно "предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним", указана цель "необходимых и надлежащих" мер, которые государства должны принимать на этапе, предшествующем бедствию, и которые направлены на уменьшение риска бедствий, которому они подвергаются. Эти слова соответствуют широко признанной в настоящее время формулировке, используемой в важнейших документах, посвященных снижению риска бедствий. Комиссия отдавала себе отчет в том, что принятие иной формулировки могло бы привести к ненамеренному толко-

ванию a contrario вопроса о том, какие виды деятельности предусмотрены в этом проекте статьи.

16) Для того чтобы пояснить значение каждого из трех используемых терминов – предотвращение, смягчение последствий и обеспечение готовности, Комиссия считает целесообразным воспользоваться Терминологическим глоссарием по снижению риска бедствий, подготовленным МСУОБ в 2009 году³⁵³, в соответствии с которым:

i) "Предотвращение – это "полное предупреждение отрицательного воздействия угроз и связанных бедствий...".

Термином предотвращение (т.е. предотвращение бедствий) обозначаются концепция и намерение, позволяющие полностью избежать потенциально отрицательного воздействия посредством принятия заблаговременных мер... Очень часто полностью избежать потерь бывает невозможно. В этом случае предотвращение превращается в митигацию. Отчасти по этой причине термины "предотвращение" и "митигация" неспециалисты иногда используют как взаимозаменяемые".

ii) "Митигация (смягчение последствий) – это "уменьшение или ограничение отрицательного воздействия угроз и связанных с ними бедствий...".

Порой невозможно полностью предотвратить отрицательное воздействие угроз, однако с помощью различных стратегий и мер мы можем существенно уменьшить их масштабы и интенсивность... Следует отметить, что в стратегии, касающейся изменения климата, понятию "митигации" дается иное определение. В данном контексте этот термин означает сокращение выбросов парниковых газов, которые служат причиной изменения климата"³⁵⁴.

iii) "Готовность – это "знания и потенциал государственных структур, профессиональных организаций, занимающихся реагированием и восстановлением, сообществ и отдельных лиц, в области прогнозирования вероятных, неизбежных или уже имеющих место опасных событий или условий, реагирования на них и ликвидации их последствий...".

Мероприятия по обеспечению готовности осуществляются в контексте управления риском бедствий и направлены на укрепление потенциала, необходимого для эффективного управления при любых чрезвычайных ситуациях и обеспечения упорядоченного перехода от реагирования к устойчивому восстановлению. Готовность основывается на тщательном анализе рисков бедствий и эффективном взаимодействии с системами раннего оповещения... [Эти мероприятия] должны подкрепляться официально существующим институциональным, правовым и бюджетным потенциалом".

Пункт 2

17) В пункте 2 указаны три категории мер по уменьшению риска бедствий, а именно: проведение оценок риска, сбор и распространение информации о

³⁵³ См. <http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>.

³⁵⁴ Комиссия осведомлена о несогласованности в официальном использовании Организацией Объединенных Наций термина "митигация/смягчение последствий" на английском и французском языках.

риске и прошлых потерях, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего оповещения. Как отмечается в пункте 3), этим трем мерам было уделено особое внимание в резюме Председателя по итогам четвертой сессии Глобальной платформы действий по уменьшению опасности бедствий, которая проводилась в мае 2013 года. Комиссия приняла решение о том, чтобы включить в текст прямое указание на эти три категории мер, поскольку в настоящее время они представляют собой самые важные направления деятельности по уменьшению риска бедствий. Слово "включают" указывает на то, что этот перечень не является исчерпывающим. Указание этих трех мер не предпрещает вопроса относительно других видов деятельности по уменьшению риска бедствий, которые осуществляются в настоящее время или могут быть предприняты в будущем.

18) Возможные практические меры являются весьма многообразными и зависят от социальных, экологических, финансовых, культурных и других соответствующих обстоятельств. В этой связи богатым источником примеров является практика в государственном и частном секторах. В числе таких мер можно назвать обеспечение готовности и просвещение на уровне общин; создание институциональных рамок; планирование на случай чрезвычайных обстоятельств; создание механизмов мониторинга; контроль за использованием земель; введение соответствующих строительных норм; управление экосистемами; обеспечение функционирования дренажных систем; финансирование и страхование.

19) Все три меры, указанные в пункте 2, объединяет общий признак: они играют решающую роль в разработке и обеспечении применения многих, если не всех, других мер, например в принятии решений, касающихся определения приоритетов или инвестиционного планирования как в государственном, так и в частном секторе.

20) Первая мера – выполнение оценки рисков – связана с накоплением знаний об угрозах и уязвимости. Таким образом, она является первым шагом в направлении принятия разумных мер по уменьшению риска бедствий. Эффективные меры не могут быть приняты без достаточно глубокого понимания обстоятельств бедствий и их характеристик. Оценка риска также позволяет провести более тщательный анализ местных условий и привлечь к участию местные общины.

21) Следующим шагом является вторая мера – сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях. Уменьшение риска бедствий требует участия всех субъектов государственного и частного секторов и гражданского общества. Сбор и распространение информации должны обеспечить свободный доступ к сведениям о рисках и прошлых потерях, что является одним из факторов, способствующих принятию эффективных мер. Это позволяет всем заинтересованным сторонам взять на себя ответственность за свои действия и более четко определять приоритеты для целей планирования; это также повышает прозрачность экономических операций и эффективность контроля со стороны общественности. С учетом преобладающей тенденции признания важности публичного доступа к информации о риске и прошлых потерях Комиссия хотела бы подчеркнуть целесообразность распространения и обеспечения свободного доступа к такой информации. Хотя Комиссия осознает важность этой тенденции, она сочла, что ее следует рассмотреть в комментарии, нежели в самом тексте пункта 2, поскольку ее превращение в единообразное юридическое требование может создать для государств определенное бремя.

22) Третья мера касается систем раннего оповещения, которые играют решающую роль в контексте задействования и осуществления планов действий на случай чрезвычайных ситуаций, ограничивая тем самым воздействие вредных факторов; наличие этих систем является предпосылкой эффективной подготовки и реагирования.

23) Как поясняется в пункте 11), проект статьи 11 [16] касается принятия соответствующих мер на внутригосударственном уровне. Любой межгосударственный компонент покрывается обязанностью сотрудничать, установленной в проекте статьи 9 [5], который следует толковать во взаимосвязи с проектом статьи 10 [5-тер]. Соответственно, объем любого международно-правового обязательства, связанного с любой из нижеобозначенных или иных мер, которые могут быть приняты в целях уменьшения риска бедствий, должен определяться соответствующими конкретными соглашениями или договоренностями каждого государства с другими субъектами, с которыми оно обязано сотрудничать.

Статья 12 [9]

Роль пострадавшего государства

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

Комментарий

1) Проект статьи 12 [9] адресован пострадавшему государству в контексте защиты людей в случае бедствия на его территории. Пункт 1 отражает обязательство пострадавшего государства обеспечивать в случае бедствия защиту людей и оказание им чрезвычайной помощи и содействия в соответствии с международным правом. В пункте 2 подтверждается главная роль пострадавшего государства при принятии мер реагирования в случае бедствия на его территории или на территории или в районе, находящихся в пределах его юрисдикции или под его контролем. Предпосылкой проекта статьи 12 [9] являются ключевые принципы суверенитета и, соответственно, невмешательства, провозглашенные в Уставе Организации Объединенных Наций³⁵⁵ и признанные в многочисленных международно-правовых документах³⁵⁶. Применительно к чрезвычай-

³⁵⁵ Устав Организации Объединенных Наций, статья 2, пункт 1 ("Организация основана на принципе суверенного равенства всех ее Членов"); статья 2, пункт 7 ("Настоящий Устав ни в коей мере не дает Организации Объединенных Наций права на вмешательство в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства, и не требует от Членов Организации Объединенных Наций представлять такие дела на разрешение в порядке настоящего Устава; однако этот принцип не затрагивает применения принудительных мер на основании Главы VII").

³⁵⁶ См., например, Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение (в котором отмечается, в частности, что "[в]се государства пользуются суверенным равенством. Они имеют одинаковые права и обязанности и являются равноправными членами международного сообщества", что "[п]рименение силы, имеющее целью лишить народы их национальной самобытности, является нарушением их неотъемлемых прав

чайной помощи в случае бедствий в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи подтверждается, что "[с]уверенитет, территориальная целостность и национальное единство государств должны полностью уважаться в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций"³⁵⁷.

2) В пункте 1 подтверждается, что обязанность пострадавшего государства обеспечивать защиту людей и оказание в случае бедствия чрезвычайной помощи и содействия на своей территории вытекает из суверенитета государства. На эту концепцию взаимосвязи между суверенными правами и сопровождающими их обязанностями государства указал судья Альварес в особом мнении к решению по делу о *Проливе Корфу*:

"Под суверенитетом мы понимаем весь комплекс прав и атрибутов, которым государство располагает в пределах своей территории, исключая при этом все другие государства, а также в его отношениях с другими государствами. Суверенитет предоставляет государствам права, но и возлагает на них обязательства"³⁵⁸.

До принятия решения в отношении нынешнего текста Комиссия рассмотрела несколько формулировок для этой концепции, включая выражения "при осуществлении своего суверенитета" и "при осуществлении своих суверенных прав и обязанностей". Определяющее выражение "в силу своего суверенитета" подчеркивает, что пострадавшее государство, которое пользуется принципом невмешательства, является стороной, которая обязана обеспечивать защиту людей, находящихся в пределах ее территории или на территории или в районе в пределах ее юрисдикции или под ее контролем. Комиссия определила, что термин "обязанность" является более подходящим, чем термин "ответственность". Она сочла, что использование термина "ответственность" может привести к путанице с учетом его принятого употребления в других областях работы Комиссии.

3) Пункт 2 далее отражает главную роль государства в принятии мер реагирования на бедствие. В основе этой позиции лежат основополагающие принципы суверенитета государства и невмешательства, закрепленные в международном праве. По вышеуказанным причинам Комиссия, определяя позицию пострадавшего государства, решила использовать слово "роль", а не "ответственность". Решение использовать слово "роль" было принято с учетом резолю-

и принципа невмешательства" и что "государства осуществляют свои международные отношения в экономической, социальной, культурной, технической и торговой областях в соответствии с принципами суверенного равенства и невмешательства"). Международный Суд установил, что "между независимыми государствами уважение территориального суверенитета составляет важную основу международных отношений"; дело о *Проливе Корфу*, (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), *Judgment, Merits, I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at стр. 35 английского текста.

³⁵⁷ Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 3.

³⁵⁸ Дело о *Проливе Корфу*, особое мнение судьи Альвареса, стр. 43 английского текста. См. также мнение арбитра Макса Хубера по делу об *Острове Пальма*, решение от 4 апреля 1928 года, *Сборник международных арбитражных решений*, том II, стр. 839 английского текста ("Как уже было сказано, территориальный суверенитет связан с исключительным правом осуществления деятельности государства. Это право имеет следствием обязанность: обязательство защищать в пределах территории права других государств...").

ции 46/182 Генеральной Ассамблеи, в которой подтверждается, в частности, что пострадавшее государство "играет главную роль в инициировании, организации, координации и оказании гуманитарной помощи в пределах его территории"³⁵⁹. Было также сочтено, что использование слова "роль" вместо слова "ответственность" дает государствам определенную свободу усмотрения при координации деятельности, связанной с реагированием на бедствие. В свою очередь формулировка, подразумевающая обязанность государств направлять или контролировать осуществление мер реагирования на бедствие, может носить ограничительный характер для государств, которые предпочитают играть менее широкую роль в координации мер реагирования на бедствие или испытывают нехватку ресурсов.

4) Главенство роли пострадавшего государства также опирается на долгосрочное признание в международном праве того, что правительство располагает наилучшими возможностями в плане определения серьезности той или иной чрезвычайной ситуации и разработки стратегий реагирования на нее. Приведенное в пункте 2 положение, в соответствии с которым пострадавшее государство играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре в деле оказания чрезвычайной помощи и содействия, следует толковать в совокупности с обязанностью сотрудничать, закрепленной в проекте статьи 8 [5]. В этом контексте в пункте 2 проекта статьи 12 [9] подтверждается, что пострадавшему государству отводится главная роль во взаимоотношениях сотрудничества с другими соответствующими субъектами, о которых говорится в проекте статьи 8 [5].

5) Ссылка на "руководство, контроль, координацию и надзор" в деле оказания чрезвычайной помощи и содействия в случае бедствий основана на пункте 8 статьи 4 Конвенции Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий стихийных бедствий и осуществления операций по оказанию помощи³⁶⁰. Комиссия сочла, что использованная в Конвенции Тампере формулировка находит широкое распространение в области оказания экстренной помощи и содействия в случае бедствий и лучше соответствует современным реалиям³⁶¹. В основе этой формулировки лежит концепция, в соответствии с которой государство осуществляет окончательный контроль над тем, каким образом проводятся операции по оказанию экстренной помощи в соответствии с международным правом.

³⁵⁹ Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 4.

³⁶⁰ Конвенция Тампере (в которой отмечается, что "[н]ичто в настоящей Конвенции не препятствует реализации права любого государства-участника в соответствии с его внутренним законодательством направлять, контролировать и координировать телекоммуникационную помощь, предоставляемую на основании настоящей Конвенции в пределах его территории, или осуществлять надзор за такой помощью").

³⁶¹ См., например, Соглашение АСЕАН, статья 3, пункт 2 (в котором отмечается, что "запрашивающая или принимающая Сторона осуществляет общее руководство, контроль, координацию и надзор применительно к оказанию помощи в пределах своей территории"); Конвенцию о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, "Сборник договоров Организации Объединенных Наций", том 1457, № 24643, стр. 133 английского текста, статья 3 а) (в которой отмечается, в частности, что если нет договоренности об ином, то "в пределах своей территории запрашивающее государство несет ответственность за общее руководство, контроль, координацию помощи и надзор за ней").

6) Комиссия отступила от текста Конвенции Тампере, приняв решение не включать ссылку на "внутригосударственное законодательство" в сформулированное ею положение о главной роли пострадавшего государства. В контексте Конвенции Тампере ссылка на внутреннее законодательство указывает на то, что соответствующая координация требует согласованности с положениями внутреннего права пострадавшего государства. Комиссия решила отказаться от включения этой ссылки, поскольку внутреннее право пострадавшего государства может не во всех случаях регулировать или предусматривать главную роль государства в деле реагирования на бедствия.

Статья 13 [10]

Обязанность пострадавшего государства обращаться за внешней помощью

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

Комментарий

1) В проекте статьи 13 [10] рассматривается ситуация, в которой масштабы бедствия превосходят имеющийся у государства потенциал в плане реагирования на это бедствие. В этих условиях пострадавшее государство обязано обращаться за помощью к другим государствам, Организации Объединенных Наций, другим компетентным межправительственным организациям и соответствующим неправительственным организациям. Подробное разъяснение этой обязанности в проекте статьи 13 [10] представляет собой конкретизацию проекта статьи 12 [9] и проекта статьи 8 [5]. В пункте 1 проекта статьи 12 [9] устанавливается, что пострадавшее государство в силу своего суверенитета обязано обеспечивать на своей территории защиту людей и оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий. В проекте статьи подтверждается центральная роль обязательств государств перед людьми в пределах их границ. Обязанность сотрудничать также лежит в основе вышеназванной обязанности пострадавшего государства в той мере, в какой масштабы бедствия превосходят его национальные возможности в плане реагирования. В проекте статьи 8 [5] подтверждается, что обязанность сотрудничать лежит не только на государствах, которые могут оказывать помощь, но и на пострадавших государствах, когда такое сотрудничество осуществляется надлежащим образом. Комиссия считает, что такое сотрудничество является надлежащим и необходимым в тех случаях, когда превышены национальные возможности государства в плане реагирования. В такой ситуации обращение за помощью является одним из дополнительных элементов выполнения пострадавшим государством своих главных обязанностей в соответствии с международными договорами по правам человека и международным обычным правом. Существование обязанности обращаться за помощью в том виде, в каком она устанавливается в проекте статьи 13 [10], было поддержано большинством членов Комиссии, но некоторые ее члены высказались против него, так как они считают, что в международном праве в его современном виде не признается такая обязанность.

2) В проекте статьи подчеркивается, что обязанность обращаться за помощью возникает только в той степени, в которой превышен национальный потенциал реагирования пострадавшего государства. Не все бедствия считаются

превосходящими возможности того или иного государства в плане реагирования. В этой связи Комиссия считает, что настоящий проект статьи относится только к той категории бедствий, которая определена в проекте статьи 3 [3].

3) Комиссия использовала выражение "в той степени, в которой", чтобы уточнить, что потенциал реагирования пострадавшего государства редко мыслится как достаточный или недостаточный в абсолютном выражении. Хотя национальный потенциал пострадавшего государства может быть превышен в отношении одного аспекта операций по оказанию чрезвычайной помощи, государство может быть по-прежнему в состоянии проводить другие операции. В целом формулировка "[в] той степени, в которой масштабы бедствия превышают национальный потенциал реагирования" охватывает ситуацию, в которой масштабы бедствия, по-видимому, превосходят национальный потенциал реагирования пострадавшего государства. Такой гибкий и упреждающий подход соответствует фундаментальной цели проектов статей, выраженной в проекте статьи 2 [2]. Этот подход создает условия для надлежащего и действенного реагирования на бедствия, позволяющего удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав. Признание обязанности государств в этой ситуации отражает осознание Комиссией необходимости обеспечить возможность своевременного и действенного оказания чрезвычайной помощи в случае бедствий.

4) Комиссия считает, что обязанность обращаться за помощью в проекте статьи 13 [10] также вытекает из обязательств пострадавшего государства в соответствии с международными договорами в области прав человека и международным обычным правом. Обращение за международной поддержкой может являться одним из необходимых элементов выполнения государством международных обязательств перед индивидами, если пострадавшее государство считает, что его собственные ресурсы недостаточны для удовлетворения их потребностей в защите. Хотя такая ситуация может возникнуть и при отсутствии бедствия, в условиях бедствия особое значение приобретают несколько прав человека, включая право на питание, право на здоровье и медицинское обслуживание, право на водоснабжение, право на достаточное жилище, одежду и санитарные услуги и право не подвергаться дискриминации³⁶². Комиссия отмечает, что Комитет по правам человека определил, что обязанность государства по осуществлению права на жизнь выходит за рамки одного только уважения этого права и включает обязанность защищать и обеспечивать реализацию этого материального права³⁶³. В соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах право на жизнь не допускает отступлений даже в случае "чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации"³⁶⁴, к числу которых в своем замечании общего порядка № 29 Комитет по правам человека относит и "стихийные бедствия"³⁶⁵. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах устанавливает, что в целях осуществления права на питание:

³⁶² См. примеры, приведенные в документе A/CN.4/598, пункт 26.

³⁶³ См. Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 6 (Право на жизнь), 30 апреля 1982 года, пункт 5.

³⁶⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах, 1966 год, статья 6, пункт 1.

³⁶⁵ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 29 (Чрезвычайное положение (статья 4)), 24 июля 2001 года, пункт 5.

"[Г]осударства-участники примут надлежащие меры к обеспечению осуществления этого права, признавая важное значение в этом отношении международного сотрудничества, основанного на свободном согласии"³⁶⁶.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам в замечании общего порядка № 12 о праве на достаточное питание отметил, что если государство-участник заявляет, что в силу ограниченности ресурсов у него нет возможности обеспечить доступ нуждающихся к продовольствию, то:

"это государство должно продемонстрировать, что им были предприняты все усилия для использования всех находящихся в его распоряжении ресурсов в целях обеспечения в приоритетном порядке выполнения этих минимальных обязательств. [...] В этой связи на государстве, заявляющем о своей неспособности выполнить свое обязательство по независимым от него причинам, лежит бремя доказывания того, что дело обстоит именно так и что оно безуспешно старалось добиться международной поддержки для обеспечения доступности необходимого продовольствия"³⁶⁷.

В этой связи Комиссия отмечает, что "соответствующие шаги", которые государство должно предпринять для выполнения своих обязательств, включают обращение за международной помощью, если в силу сложившейся в этом государстве ситуации оно не способно обеспечить осуществление права на питание. Важно, что эта мера принимается в тех случаях, когда само государство утверждает, что оно неспособно выполнить свои обязательства.

5) Конкретные указания относительно защиты прав в случае бедствий приведены в Африканской хартии прав и основ благосостояния ребенка³⁶⁸ и Конвенции о правах инвалидов³⁶⁹. В соответствии со статьей 23 Африканской хартии о правах и благосостоянии ребенка государства принимают "все надлежащие меры", чтобы обеспечить детям, желающим получить или имеющим статус беженца, а также детям, которые являются внутренне перемещенными лицами в результате событий, включающих стихийные бедствия, "надлежащую защиту и гуманитарную помощь в пользовании правами, изложенными в настоящей Хартии и других международных документах по правам человека или гуманитарных документах, участниками которых являются указанные государства". В Конвенции о правах инвалидов говорится об обязательстве государств по отношению к инвалидам в случае бедствий:

"Государства-участники принимают в соответствии со своими обязательствами по международному праву, включая международное гуманитарное право и международное право прав человека, все необходимые меры для обеспечения защиты и безопасности инвалидов в ситуациях риска, включая вооруженные конфликты, чрезвычайные гуманитарные ситуации и стихийные бедствия"³⁷⁰.

³⁶⁶ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, 1966 год, статья 11.

³⁶⁷ Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, замечание общего порядка № 12 (Право на достаточное питание (статья 11)), 1999 год, пункт 17.

³⁶⁸ Африканская хартия прав и основ благосостояния ребенка, 1990 год, ОАЕ, документ САВ/LEG/24.9/49 (1990 год).

³⁶⁹ Конвенция Организации Объединенных Наций о правах инвалидов, резолюция 61/106 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2006 года, приложение I.

³⁷⁰ Там же, статья 11.

Комиссия считает, что выражение "все необходимые меры" можно рассматривать как включающее обращение за возможной помощью членов международного сообщества в случае, если собственные возможности пострадавшего государства превышены. Такой подход согласуется с руководящим принципом гуманности, применимым в международно-правовой системе. Международный Суд подтвердил в деле о *Проливе Корфу (существо дела)*, что элементарные соображения гуманности считаются общими и широко признанными принципами международного правопорядка, которые в мирных условиях "должны соблюдаться даже строже, чем в военное время"³⁷¹. В проекте статьи 7 [6] подтверждается первостепенная важность принципа гуманности при реагировании на бедствия.

6) В контексте проекта статьи 13 [10] Комиссия считает более уместным говорить об обязанности "обращаться" за помощью, нежели "запрашивать" ее. Комиссия выводит эту формулировку из обязанности, определенной в резолюции о гуманитарной помощи, принятой Институтом международного права; эта резолюция гласит:

"В тех случаях, когда пострадавшее государство неспособно предоставить достаточную гуманитарную помощь жертвам, находящимся под ее юрисдикцией или фактическим контролем, оно обращается за помощью к компетентным международным организациям и/или третьим государствам"³⁷².

Аналогичное положение содержится в руководстве МФОКК и КП:

"Если пострадавшее государство решит, что собственных возможностей и ресурсов для оказания помощи при данной чрезвычайной ситуации недостаточно, ему необходимо обратиться за помощью на международном или региональном уровне с целью удовлетворения потребностей пострадавших лиц"³⁷³.

Кроме того, содержащиеся в приложении к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи руководящие принципы, по-видимому, также подразумевают обязанность пострадавших государств заручиться международным сотрудничеством, если масштабы чрезвычайной ситуации превосходят их возможности реагирования:

"Масштабы и продолжительность многих чрезвычайных ситуаций могут превышать возможности реагирования на них многих пострадавших стран. Поэтому международное сотрудничество в связи с чрезвычайными ситуациями и укрепление возможностей реагирования на них пострадавших стран имеет огромное значение. Такое сотрудничество должно осу-

³⁷¹ *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, *Judgment, Merits, I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 22 (где отмечается: "Обязательства, которые несут албанские власти, состоят в том, что они должны были сообщить в интересах судоходства в целом о существовании минных полей в территориальных водах Албании, а также предупредить приближающиеся британские военные корабли о неминуемой опасности, которую для них представляют минные поля. В основе таких обязательств лежит не Гаагская конвенция № VIII 1907 года, применяемая во время войны, а определенные общепризнанные принципы, а именно: элементарные соображения гуманности, которые в условиях мира должны соблюдаться даже строже, чем в военное время...").

³⁷² Резолюция о гуманитарной помощи, статья III, пункт 3.

³⁷³ Руководство МФОКК и КП, раздел 3, пункт 2.

ществляться в соответствии с международным правом и национальными законами"³⁷⁴.

7) Альтернативная формулировка со словом "запрашивать" включена в Руководящие принципы Осло, в которых отмечается, что, "[е]сли международная помощь необходима, пострадавшему государству следует запрашивать ее или давать согласие на ее предоставление как можно скорее после наступления бедствия, с тем чтобы обеспечить ее максимальную эффективность"³⁷⁵. Комиссия считает, что "запрос" на оказание помощи предполагает, что пострадавшее государство дало согласие на ее получение после принятия этого запроса третьим государством. В свою очередь Комиссия считает, что обязанность "обращаться" за помощью подразумевает более широкий, согласованный подход к предоставлению международной помощи. Термин "обращаться" предполагает активное инициирование пострадавшим государством процесса, в ходе которого может быть достигнута договоренность. Поэтому в проекте статьи 13 [10] на пострадавшее государство возлагается обязанность предпринимать позитивные шаги по обращению за помощью в той мере, в какой масштабы бедствия превышают его национальные возможности реагирования.

8) По мнению Комиссии, правительство пострадавшего государства лучше всего сможет определить серьезность ситуации, сложившейся в результате бедствия, и пределы своих национальных возможностей реагирования. Комиссия считает, что оценка пострадавшим государством серьезности бедствия должна быть выполнена добросовестно. Принцип добросовестности подробно разъясняется в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций³⁷⁶, где предусматривается, что "[к]аждое государство обязано добросовестно выполнять" обязательства, принятые им "в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций"³⁷⁷, "обязательства в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права"³⁷⁸, а также "обязательства в соответствии с международными соглашениями, имеющими силу согласно общепризнанным принципам и нормам международного права"³⁷⁹. Добросовестная оценка серьезности бедствия представляет собой элемент обязанности пострадавшего государства, которое в силу своего суверенитета обязано обеспечивать защиту людей и оказание им гуманитарной помощи на своей территории в соответствии с пунктом 1 проекта статьи 12 [9].

9) Выражение "надлежащим образом" было использовано Комиссией для того, чтобы подчеркнуть наличие у пострадавшего государства дискреционных полномочий в том, что касается выбора различных государств, Организации Объединенных Наций, компетентных межправительственных организаций и соответствующих неправительственных организаций для получения помощи, которая в наибольшей степени соответствует его конкретным потребностям. Это выражение также указывает на то, что обязанность обращаться за помощью не предполагает, что государство обязано обращаться за помощью к каждому из источников, перечисленных в проекте статьи 13 [10]. Таким образом, при по-

³⁷⁴ Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 5.

³⁷⁵ Руководящие принципы Осло, пункт 58.

³⁷⁶ Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение.

³⁷⁷ Там же.

³⁷⁸ Там же.

³⁷⁹ Там же.

мощи слов "надлежащим образом" подчеркивается главная роль пострадавшего государства в руководстве, контроле, координации и надзоре применительно к оказанию чрезвычайной помощи и содействия, как это предусмотрено в пункте 2 проекта статьи 12 [9].

10) Существование обязанности обращаться за помощью в той степени, в которой масштабы бедствия превосходят потенциал государства, не следует толковать в том плане, что Комиссия не поощряет обращение пострадавших государств за помощью в случае бедствий менее значительного масштаба. Комиссия считает, что сотрудничество на всех этапах оказания помощи в случае бедствия является центральным элементом содействия надлежащему и эффективному реагированию на бедствия, а также практическим проявлением принципа солидарности. Даже если пострадавшее государство способно и готово оказать требуемую помощь, сотрудничество и помощь международных субъектов во многих случаях обеспечит более надлежащее, оперативное и масштабное реагирование на бедствие и более эффективную защиту пострадавших людей.

Статья 14 [11]

Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь

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

Комментарий

1) Проект статьи 14 [11] касается согласия пострадавшего государства на оказание внешней помощи. В целом проект статьи создает для пострадавшего государства режим условного согласия в отношении операций по оказанию помощи в случае бедствий. Пункт 1 отражает ключевой принцип, согласно которому предоставление международной помощи в случае бедствий зависит от согласия пострадавшего государства. Пункт 2 гласит, что в согласии на внешнюю помощь нельзя отказывать произвольно, тогда как пункт 3 налагает на пострадавшее государство обязанность извещать, когда это возможно, о своем решении относительно предложения о помощи.

2) Принцип, согласно которому оказание внешней помощи требует согласия пострадавшего государства, имеет фундаментальное значение в международном праве. Соответственно, в пункте 3 руководящих принципов, содержащихся в приложении к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи, отмечается, что "гуманитарная помощь должна предоставляться с согласия пострадавшей страны и в принципе на основе просьбы пострадавшей страны"³⁸⁰. Конвенция Тампере предусматривает, что "[н]икакая телекоммуникационная помощь не предоставляется на основании Конвенции без согласия запрашивающего государства-участника"³⁸¹, в то время как Соглашение АСЕАН о ликвидации последствий стихийных бедствий и экстренном реагировании предусматривает, что "внешняя помощь или предложение о помощи должны поступать только по

³⁸⁰ Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 3.

³⁸¹ Конвенция Тампере, статья 4, пункт 5.

просьбе или с согласия пострадавшего участника"³⁸². Признание требования согласия государства на предоставление внешней помощи согласуется с признанием в пункте 2 статьи 12 [9] главной роли пострадавшего государства в руководстве, контроле, координации и надзоре применительно к оказанию чрезвычайной помощи и содействия на своей территории.

3) Признание в пункте 2 того, что право пострадавшего государства отказаться от предложения не является неограниченным, отражает дуализм суверенитета, который подразумевает как права, так и обязанности. Этот подход выражен в пункте 1 проекта статьи 12 [9], который гласит, что пострадавшее государство "в силу своего суверенитета обязано обеспечивать на своей территории защиту людей и оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий". С другой стороны, ряд членов Комиссии полагали, что обязанность не отказывать в согласии произвольно не признается международным правом.

4) Комиссия считает, что обязанность пострадавшего государства обеспечивать защиту и помощь тем, кто находится на его территории, в случае бедствия призвана сохранять жизнь и достоинство жертв бедствия и гарантировать нуждающимся доступ к гуманитарной помощи. Эта обязанность имеет решающее значение для гарантированного обеспечения права на жизнь тех, кто оказался на территории пострадавшего государства³⁸³. Комитет по правам человека истолковал право на жизнь, закрепленное в статье 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, как содержащее обязательство государств принимать позитивные меры для обеспечения реализации этого права³⁸⁴. Иными словами, отказ от предложения о помощи может в определенных обстоятельствах представлять собой нарушение права на жизнь. В своих резолюциях 43/131 и 45/100 Генеральная Ассамблея подтвердила, что "оставление жертв стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций без гуманитарной помощи представляет собой угрозу жизни людей и посягательство на человеческое достоинство"³⁸⁵.

5) Признание того, что усмотрение пострадавшего государства в отношении согласия не является неограниченным, отражено в Руководящих принципах по вопросу о перемещении лиц внутри страны³⁸⁶. В Руководящих принципах, которые получили одобрение бывшей Комиссии по правам человека и Генеральной Ассамблеи в единогласно принятых резолюциях и были названы Генеральным секретарем "базовой международной нормой для защиты" внутренне перемещенных лиц, отмечается³⁸⁷:

"[Предложения о гуманитарной помощи] не могут произвольно отклоняться, особенно если соответствующие органы власти не способны или не желают оказать требуемую гуманитарную помощь"³⁸⁸.

³⁸² Соглашение АСЕАН, статья 3, пункт 1.

³⁸³ См. Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 6, пункт 1.

³⁸⁴ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 6 (Право на жизнь), пункт 5 ("Выражение "неотъемлемое право на жизнь" не может быть правильно понято, если его толковать ограниченно, и защита этого права требует от государств принятия позитивных мер").

³⁸⁵ Резолюция 43/131 Генеральной Ассамблеи от 8 декабря 1988 года, восьмой пункт преамбулы; резолюция 45/100 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года, шестой пункт преамбулы.

³⁸⁶ E/CN.4/1998/53/Add.2.

³⁸⁷ A/59/2005, пункт 210.

³⁸⁸ E/CN.4/1998/53/Add.2, принцип 25, пункт 2.

Институт международного права дважды занимался вопросом согласия в контексте гуманитарной помощи. В переводе с французского языка подлинный текст пункта 2 статьи 5 его резолюции 1989 года по вопросу о защите прав человека и принципе невмешательства во внутренние дела государств звучит следующим образом:

"Государства, на территории которых существуют такие ситуации бедствия [когда жизни или здоровью населения грозит серьезная опасность], не могут произвольно отклонять такие предложения о гуманитарной помощи"³⁸⁹.

В 2003 году Институт международного права вернулся к этому вопросу, определив в разделе "Обязанность пострадавших государств не отклонять произвольно предложение *bona fide* о гуманитарной помощи" своей резолюции о гуманитарной помощи, что:

"Пострадавшие государства обязаны не отклонять произвольно и необоснованно предложение *bona fide*, преследующее исключительную цель предоставить гуманитарную помощь, и не отказывать в доступе к жертвам. В частности, они не могут отклонить предложение или отказать в доступе, если это может поставить под угрозу основные права человека жертв или будет равнозначно нарушению запрета на использование голода среди гражданского населения в качестве метода ведения войны"³⁹⁰.

6) Слово "отказывать" указывает на то, что при установлении произвольного характера отказа во внимание принимается временной элемент. Как отказ от помощи, так и необъявление пострадавшего государства о своем решении в соответствии с пунктом 3 проекта статьи 14 [11] в разумные сроки можно считать произвольными. Эта точка зрения отражена в резолюциях 43/131³⁹¹ и 45/100³⁹² Генеральной Ассамблеи, каждая из которых содержит следующие пункты преамбулы:

"будучи обеспокоена трудностями, с которыми могут сталкиваться жертвы стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций в получении гуманитарной помощи,

будучи убеждена в том, что при оказании гуманитарной помощи, в частности в виде продовольствия, медикаментов и медицинского обслуживания, для чего необходим доступ к жертвам, оперативность позволяет избежать трагического увеличения числа этих жертв".

³⁸⁹ Институт международного права, Резолюция по вопросу о защите прав человека и принципе невмешательства во внутренние дела государств, 13 сентября 1989 года, Сантьяго-де-Компостела, статья 5, пункт 2. В тексте на французском языке формулировка носит императивный характер, тогда как перевод на английский язык звучит следующим образом: "States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance" ["Государствам, на территории которых существует такая чрезвычайная ситуация, не следует произвольно отвергать такие предложения о гуманитарной помощи"]. Пояснение "когда жизни или здоровью населения грозит серьезная опасность" основано на пункте 1 статьи 5 указанной резолюции.

³⁹⁰ Резолюция о гуманитарной помощи, статья VIII, пункт 1.

³⁹¹ Резолюция 43/131 Генеральной Ассамблеи от 8 декабря 1988 года, девятый и десятый пункты преамбулы.

³⁹² Резолюция 45/100 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года, восьмой и девятый пункты преамбулы.

В Рамочной конвенции об оказании помощи в области гражданской обороны 2000 года в число принципов, которые государства-участники обязуются соблюдать при оказании помощи в случае бедствия, входит следующий принцип: "рассмотрение предложений и просьб о помощи и принятие решений по ним должны осуществляться в кратчайшие сроки государствами, которым они адресованы"³⁹³.

7) Термин "произвольно" направляет внимание на основании решения пострадавшего государства об отказе в предоставлении согласия. Хотя вопрос о том, является ли отказ в согласии произвольным, должен решаться индивидуально в каждом конкретном случае, можно вывести несколько общих принципов. Во-первых, Комиссия считает, что отказ в согласии на внешнюю помощь не является произвольным, если государство может и желает обеспечить надлежащее и эффективное реагирование на бедствие, опираясь на собственные ресурсы. Во-вторых, отказ в согласии на помощь из одного источника не является произвольным, если пострадавшее государство приняло надлежащую и достаточную помощь от кого-либо еще. В-третьих, отказ в согласии не является произвольным, если соответствующее предложение не направлено в соответствии с настоящими проектами статей. В частности, в проекте статьи 7 [6] устанавливается, что гуманитарная помощь должна предоставляться в соответствии с принципами гуманности, нейтралитета, беспристрастности и отсутствия дискриминации. Напротив, если предложение помощи направлено в соответствии с настоящими проектами статей и не имеется каких-либо других источников помощи, то возникают веские основания заключить, что решение об отказе в предоставлении согласия является произвольным.

8) Усмотрение пострадавшего государства при определении наиболее целесообразной формы помощи является одним из проявлений его главной роли в руководстве, контроле, координации и надзоре за чрезвычайной помощью и содействием в соответствии с пунктом 2 статьи 12 [9]. Это право выбора должно осуществляться добросовестно в соответствии с международными обязательствами пострадавшего государства³⁹⁴. Вместе с тем Комиссия призывает пострадавшие государства указывать причины отказа в предоставлении согласия на оказание помощи. Указание таких причин имеет принципиальное значение для установления добросовестности решения пострадавшего государства отказать в согласии. Неуказание причин может послужить одним из доводов в пользу того, что отказ в согласии является произвольным.

9) В пункте 3 Комиссия сделала выбор в пользу формулировки "сообщает о решении, принятом по такому предложению", чтобы предоставить пострадавшим государствам как можно более гибкие возможности при определении того, каким образом целесообразнее реагировать на предложения о помощи. Было признано, что жесткая обязанность давать официальный ответ на каждое предложение о помощи может создавать для пострадавшего государства в ситуациях бедствия слишком большое бремя. Комиссия считает, что нынешняя формули-

³⁹³ Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны, статья 3, пункт е).

³⁹⁴ См., например, резолюцию 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение, пункт 1 (где, в частности, отмечается, что "[к]аждое государство обязано добросовестно выполнять" обязательства, принятые им "в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций", "обязательства в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права" и "обязательства в соответствии с международными соглашениями, имеющими силу согласно общепризнанным принципам и нормам международного права").

ровка охватывает широкий круг возможных средств реагирования, включая открытую публикацию решения пострадавшего государства по всем предложениям о помощи. Этот пункт применяется как в отношении ситуаций, в которых пострадавшее государство принимает помощь, так и в отношении ситуаций, в которых пострадавшее государство отказывается предоставить свое согласие.

10) Комиссия считает, что словосочетание "когда это возможно" имеет весьма узкий охват. Оно относится к крайним ситуациям, когда государство оказывается не в состоянии принять решение о предоставлении согласия в силу отсутствия функционирующего государственного аппарата или аналогичных случаев недееспособности. Комиссия считает далее, что в отсутствие чрезвычайных обстоятельств, обозначенных в этом пункте, пострадавшее государство в состоянии объявить о своем решении наиболее подходящим для себя образом.

Статья 15 [13]

Условия оказания внешней помощи

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

Комментарий

1) В проекте статьи 15 [13] речь идет об установлении пострадавшими государствами условий, касающихся оказания внешней помощи на их территории. Он подтверждает право пострадавших государств оговаривать такую помощь условиями в соответствии с настоящими проектами статей и применимыми нормами международного и национального права. В проекте статьи говорится о том, каким образом должны определяться подобные условия. Характер условий предопределяется выявленными потребностями лиц, пострадавших в результате бедствий, и качеством помощи. Он также требует от пострадавшего государства при определении условий указывать объем и вид необходимой помощи.

2) Проект этой статьи развивает принцип, закрепленный в проекте статьи 12 [9], где признана главная роль пострадавшего государства в руководстве, контроле, координации и надзоре за оказанием помощи и содействия в случае бедствий на его территории. С помощью слов "может оговаривать условиями", которые согласуются с добровольным характером оказания помощи, проект статьи 15 [13] признает право пострадавшего государства оговаривать такую помощь условиями, желательно до того, как бедствие произошло, но также и в отношении конкретных форм помощи со стороны конкретных субъектов на этапе реагирования на бедствие. Комиссия говорит о "внешней" помощи, поскольку речь идет о помощи со стороны третьих государств или других субъектов, таких как компетентные международные организации, а не о помощи, поступающей из внутренних источников, например от национальных неправительственных организаций.

3) Проект статьи налагает ограничения на право пострадавшего государства оговаривать помощь условиями в том смысле, что это должно делаться в соответствии с применимыми нормами права. Во втором предложении излагается правовая основа возможного введения таких условий, а именно: "настоящие проекты статей, применимые нормы международного права и национальное за-

конодательство пострадавшего государства". Комиссия включила слова "настоящие проекты статей", чтобы подчеркнуть, что все условия должны соответствовать принципам, отраженным в проектах статей, дабы не повторять перечисление гуманитарных и юридических принципов, которые уже были постулированы в других местах, а именно таких принципов, как добрая воля, суверенитет и гуманитарные принципы, предусмотренные в проекте статьи 7 [6], т.е.: гуманность, нейтральность, беспристрастность и недискриминация.

4) Ссылка на национальное законодательство подчеркивает, что внутреннее законодательство в конкретном пострадавшем районе сохраняет свою силу. Однако она не подразумевает, что должен заранее существовать какой-либо национальный (внутренний) закон, определяющий конкретные условия, которые могут быть установлены пострадавшим государством в случае бедствия. Несмотря на отсутствие требования о наличии конкретного национального законодательства до установления таких условий, эти условия должны соответствовать тому внутреннему законодательству, которое уже действует в пострадавшем государстве, как предусмотрено в проекте статьи 17 [14].

5) Соблюдать применимые нормы национального законодательства пострадавшего государства должны как пострадавшее государство, так и оказывающий помощь субъект. Пострадавшее государство может устанавливать лишь те условия, которые соответствуют такому законодательству, а оказывающий помощь субъект должен всегда соблюдать такое законодательство при ее оказании. Эта взаимность прямо не прописана в проекте статьи, поскольку она подразумевается более общим принципом уважения национального законодательства. Обязанность оказывающих помощь субъектов соблюдать национальное законодательство подтверждается действующими международными соглашениями. Например, в пункте 2 статьи 13 Соглашения АСЕАН сказано, что "участники операции по оказанию помощи уважают и выполняют все национальные законы и правила". В нескольких других международных соглашениях также содержится требование о том, чтобы оказывающие помощь субъекты уважали национальное законодательство³⁹⁵ или действовали в соответствии с законодательством пострадавшего государства³⁹⁶.

6) Обязанность оказывающих помощь субъектов уважать национальное законодательство предполагает обязательство требовать, чтобы участники операции по оказанию помощи соблюдали национальные законы и правила пострадавшего государства³⁹⁷, чтобы руководитель операции по оказанию помощи принимал все надлежащие меры для обеспечения соблюдения национальных законов и правил пострадавшего государства³⁹⁸ и чтобы занятый в оказании по-

³⁹⁵ См., например, Межамериканскую конвенцию об облегчении оказания помощи в случае бедствий, 1991 год, статья VIII и пункт d) статьи XI; и Конвенцию о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, 1986 год, пункт 7 статьи 8.

³⁹⁶ Там же; Соглашение между правительствами государств – участников Черноморского экономического сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, 1998 год, статьи 5 и 9.

³⁹⁷ См., например, Конвенцию о трансграничном воздействии промышленных аварий, 17 марта 1992 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2105, p. 457, annex X (1) ("Персонал, участвующий в операциях по оказанию помощи, действует согласно соответствующим законам Стороны, обратившейся с просьбой").

³⁹⁸ См., например, Соглашение АСЕАН, пункт 2 статьи 13 ("Руководитель операции по оказанию помощи принимает все надлежащие меры к обеспечению соблюдения национальных законов и правил").

мощи персонал сотрудничал с национальными органами власти³⁹⁹. Обязанность уважать национальные законы и сотрудничать с властями пострадавшего государства согласуется с основополагающим принципом суверенитета пострадавшего государства и принципом сотрудничества.

7) Право оговаривать помощь условиями отражает признание права пострадавшего государства отказываться от нежелательной или ненужной помощи и определять, какая помощь ему требуется и когда. В третьем предложении проекта статьи поясняется, чему должны удовлетворять условия, поставленные пострадавшими государствами, а именно они должны "учитывать" не только выявленные потребности лиц, пострадавших в результате бедствий, но и качество помощи. Тем не менее глагол "учитывать" не означает, что условия, связанные с выявленными потребностями и качеством помощи, являются единственными условиями, которыми государства могут оговаривать оказание внешней помощи.

8) Комиссия включила слово "выявленные" для указания на то, что потребности должны быть очевидны в момент постановки условий и что потребности могут меняться по мере изменения обстановки на месте и поступления дополнительной информации. Это означает, что условия не должны быть произвольными, а устанавливаются с целью защиты людей, пострадавших от бедствия. Слово "выявленные" предполагает необходимость определенного процесса, посредством которого о таких потребностях становится известно и который может осуществляться в форме оценки потребностей, также желательно в консультации с оказывающими помощь субъектами. Вместе с тем процедура выявления потребностей не предопределена, и выбор наиболее подходящего варианта оставлен на усмотрение пострадавшего государства. Речь идет о гибком требовании, которое может быть выполнено с учетом обстоятельств бедствия и возможностей пострадавшего государства. Ни при каких обстоятельствах выявление потребностей не должно препятствовать оперативной и эффективной помощи или задерживать ее оказание. Положение, сформулированное в третьем предложении, направлено на "удовлетворение основных потребностей затрагиваемых лиц" в случае бедствия, как об этом сказано в проекте статьи 2 [2], и должно рассматриваться в качестве дополнительной гарантии защиты прав и потребностей людей, пострадавших от бедствия. Ссылка на "потребности" в проектах обеих статей является достаточно широкой, чтобы охватывать особые потребности женщин, детей, пожилых людей, инвалидов и уязвимых и находящихся в неблагоприятном положении лиц и групп.

9) Слово "качество" включено в текст для того, чтобы гарантировать пострадавшим государствам право отказываться от помощи, которая не является необходимой или может пойти во вред. Условия могут включать ограничения, продиктованные, в частности, соображениями защиты, безопасности, питания и культурной приемлемости.

³⁹⁹ См., например, Peter MacAlister-Smith, *Draft international guidelines for humanitarian assistance operations*, пункт 22 b) ("При проведении операций по оказанию гуманитарной помощи персонал, оказывающий помощь, ...постоянно сотрудничает с назначенным компетентным органом принимающего помощь государства").

10) Проект статьи 15 [13] содержит ссылку на "объем и вид запрашиваемой помощи". Это согласуется с предыдущими международными соглашениями, которые содержат аналогичное положение⁴⁰⁰. Использование в настоящем времени глагола "указывает" в проекте этой статьи возлагает на пострадавшее государство ответственность за уточнение вида и объема запрашиваемой помощи, когда оно определяет условия ее оказания. В то же время это подразумевает, что после определения условий субъекты, которые могут оказать такую помощь, будут поставлены в известность относительно ее объема и вида, что упростит проведение консультаций. Это повысит эффективность процесса оказания помощи и обеспечит своевременное поступление соответствующей помощи тем, кто в ней нуждается.

11) Комиссия рассмотрела несколько вариантов выбора надлежащих глаголов для использования вместе с существительным "условия". Решение Комиссии использовать два разных глагола – "оговаривать" и "определять" – отражает чисто стилистические предпочтения без какого-либо смыслового различия между ними.

Статья 16 [12]

Предложения внешней помощи

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

Комментарий

1) В проекте статьи 16 [12] подтверждается заинтересованность международного сообщества в защите людей в случае бедствий, которую надлежит рассматривать как дополнение к главной роли пострадавшего государства, предусмотренной в проекте статьи 12 [9]. Она является выражением принципа солидарности, который лежит в основе всего проекта статей по этой теме, и в частности принципа сотрудничества, закрепленного в проектах статей 8 [5], 9 [5-бис] и 10 [5-тер].

2) Проект статьи 16 [12] касается только "предложений" помощи, а не ее фактического "оказания". Такие жесты, будь то односторонние или в ответ на просьбу о помощи, по существу носят добровольный характер и не могут рассматриваться как признание юридической обязанности оказать помощь. Равным образом предложение помощи не создает для пострадавшего государства встречного обязательства принять эту помощь. В соответствии с основополагающим принципом суверенитета, пронизывающим весь комплекс проектов статей, пострадавшее государство может согласиться воспользоваться предлагаемой помощью государств или негосударственных субъектов полностью или частично, либо не согласиться это сделать, последовав проекту статьи 14 [11].

Требование о том, чтобы предложения помощи делались "в соответствии с настоящими проектами статей", предполагает, среди прочего, что такие предложения должны соответствовать принципам, предусмотренным в настоящих проектах статей, в частности в проекте статьи 7 [6].

⁴⁰⁰ См., например, Конвенцию Тампере, пункт 2 статьи 4 ("Государство-участник, запрашивающее телекоммуникационную помощь, указывает размер и характер необходимой помощи").

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

"Предложение со стороны какого-либо государства, группы государств, какой-либо международной организации или беспристрастного гуманитарного органа, например Международного комитета Красного Креста, обеспечить поставки продовольствия или медикаментов другому государству, на территории которого существует серьезная угроза жизни или здоровью населения, не может рассматриваться в качестве незаконного вмешательства во внутренние дела этого государства [...]"⁴⁰¹.

4) В проекте статьи 16 [12] вопрос о поступающих в адрес пострадавших государств предложений помощи от третьих сторон рассмотрен путем перечисления в двух отдельных предложениях тех, от кого скорее всего будут исходить такие предложения в случае бедствия. В первом предложении перечислены государства, Организация Объединенных Наций и другие компетентные межправительственные организации, а второе касается неправительственных организаций. Комиссия приняла решение использовать в этих двух фразах разные формулировки. В первом предложении она остановила свой выбор на формулировке "вправе предлагать помощь", чтобы привлечь к этому внимание. Государства, Организация Объединенных Наций и межправительственные организации не просто правомочны предлагать помощь пострадавшим государствам, но и всячески к этому побуждаются. Что касается неправительственных организаций во втором предложении, то Комиссия вместо этого остановила свой выбор на словах "также могут предлагать помощь", чтобы подчеркнуть существующее различие с точки зрения как характера, так и юридического статуса, которое существует между этими организациями и государствами и межправительственными организациями.

5) Во втором предложении проекта статьи 16 [12] признается важная роль таких неправительственных организаций, которые в силу своего характера, местонахождения и опыта хорошо подходят для оказания помощи при ликвидации последствий конкретного бедствия. Участие неправительственных и других субъектов в проведении операций по оказанию экстренной помощи не является новеллой в международном праве. В Женевских конвенциях 1949 года уже предусматривалось, что в ситуациях вооруженного конфликта:

"[...] Беспристрастная гуманитарная организация, такая как Международный комитет Красного Креста, может предложить свои услуги сторонам, находящимся в конфликте"⁴⁰².

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

"Общества помощи, находящиеся на территории Высокой Договаривающейся Стороны, такие как организации Красного Креста (Красного Полумесяца, Красного Льва и Солнца), могут предлагать услуги с целью выполнения своих традиционных функций в отношении жертв вооружен-

⁴⁰¹ Статья 5.

⁴⁰² См., например, Женевскую конвенцию об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, 1949 год, пункт 2 статьи 3.

ного конфликта. Гражданское население может, даже по своей собственной инициативе, предлагать подбирать раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, и ухаживать за ними"⁴⁰³.

Важный вклад неправительственных организаций, руководствующихся в своей работе исключительно гуманитарными мотивами, в ликвидацию последствий бедствий был особо отмечен Генеральной Ассамблеей в резолюции 43/131 от 8 декабря 1988 года, озаглавленной "Гуманитарная помощь жертвам стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций", в которой Ассамблея, в частности, предложила всем пострадавшим государствам "содействовать деятельности этих организаций по оказанию гуманитарной помощи, в частности в виде продовольствия, медикаментов и медицинского обслуживания, для чего необходим доступ к жертвам", и призвала "все государства оказывать поддержку этим организациям в их деятельности по предоставлению гуманитарной помощи жертвам стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций, где это необходимо"⁴⁰⁴.

Статья 17 [14]

Облегчение оказания внешней помощи

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

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

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

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

Комментарий

1) Проект статьи 17 [14] касается вопроса об облегчении оказания внешней помощи. Его цель заключается в обеспечении наличия в национальном законодательстве благоприятного режима для предоставления оперативной и эффективной помощи. С этой целью он дополнительно требует от пострадавшего государства обеспечения для оказывающих помощь субъектов простого доступа к его соответствующим законам и правилам.

2) Проект статьи предусматривает, что пострадавшие государства "принимают необходимые меры" для облегчения оперативного и эффективного оказания помощи. Слова "в рамках своего национального законодательства принимают необходимые меры" могут охватывать, в частности, законодательные, исполнительные или административные меры. Меры также могут включать в себя действия, принятые на основании чрезвычайного законодательства, и допусти-

⁴⁰³ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 1977 год, пункт 1 статьи 18.

⁴⁰⁴ См. резолюцию 43/131 Генеральной Ассамблеи от 8 декабря 1988 года, пункты 4 и 5.

мое временное изменение определенных национальных законов или правил или приостановку их действия, если это уместно. Сформулировав таким образом данный проект статьи, Комиссия побуждает государства разрешать временную приостановку действия их национальных законов в случае бедствий и включать в свое национальное законодательство надлежащие положения, которые позволили бы избежать правовой неопределенности в критический период после бедствия, когда возникает необходимость в задействовании таких чрезвычайных положений.

3) Проект статьи содержит примеры областей, в которых национальное законодательство должно делать возможным принятие надлежащих мер. Слова "в частности" перед такими примерами указывают на то, что этот перечень не является исчерпывающим и служит иллюстрацией различных областей, где могут потребоваться положения национального законодательства, призванные содействовать оперативной и эффективной помощи.

4) В подпункте а) речь идет о персонале по оказанию экстренной помощи. Конкретное упоминание как гражданского, так и военного персонала по оказанию экстренной помощи говорит о признании Комиссией того, что военные часто играют ключевую роль в реагировании на бедствия. Под военным персоналом по оказанию экстренной помощи понимается тот персонал, который задействован в оказании гуманитарной помощи. Области, упомянутые в этом подпункте, служат ориентиром в отношении того, как можно наилучшим образом учесть потребности такого персонала. Предоставление привилегий и иммунитетов оказывающим помощь субъектам является важной мерой, которая предусмотрена во многих международных соглашениях для стимулирования помощи со стороны иностранных гуманитарных работников⁴⁰⁵. Отказ от применения или упрощение визовых и въездных требований и разрешений на работу необходимы для обеспечения оперативной помощи⁴⁰⁶. Отсутствие специального режима может приводить к ситуациям, когда работники окажутся блокированы на границе или не смогут на законных основаниях выполнять работу в критические дни после бедствия, или же будут вынуждены выезжать из страны, а затем неоднократно возвращаться в нее, чтобы не просрочить свои визы. Свобода передвижения означает способность работников свободно перемещаться в пределах зоны бедствия, чтобы надлежащим образом выполнять свои конкретно согласованные функции⁴⁰⁷. Пострадавшие государства могут ограничивать доступ к определенным особо важным районам, не затрагивая при этом свободу пере-

⁴⁰⁵ См., например, Рамочную конвенцию об оказании помощи в области гражданской обороны, пункт 5 статьи 4 ("Принимающее государство обязуется обеспечить, в рамках национального законодательства, все привилегии, иммунитеты и средства, необходимые для оказания помощи").

⁴⁰⁶ Лига обществ Красного Креста уже давно констатировала, что въездные требования и визы являются "процедурой, требующей значительного времени, которая часто задерживает отправку этого персонала и групп", тем самым задерживая жизненно важную помощь, которую пострадавшее государство обязано предоставить. Резолюция, принятая Советом управляющих Лиги обществ Красного Креста на его тридцать третьей сессии, Женева, 28 октября – 1 ноября 1975 года.

⁴⁰⁷ См. *Типовые правила для операций по оказанию помощи в случае бедствий*, 1982 год, Учебный и научно-исследовательский институт Организации Объединенных Наций, Policy and Efficacy Studies № 8 (Sales № E.82.XV.PE/8), приложение А, правило 16, согласно которому пострадавшее государство должно предоставлять оказывающему помощь "персоналу свободу доступа к пострадавшим от бедствия районам и свободу передвижения в них, необходимые для выполнения их конкретно согласованных функций".

движения в пределах затронутой зоны. Неоправданное ограничение свободы передвижения персонала, занимающегося оказанием экстренной помощи, подрывает способность таких работников предоставлять помощь на гибкой основе.

5) В подпункте b) речь идет об оборудовании и товарах, под которыми понимаются всевозможные предметы, инструменты, механизмы, продукты питания, медикаменты и другие предметы, необходимые для операций по оказанию экстренной помощи. Комиссия считает, что эта категория также включает в себя поисковых собак, которые обычно включаются в категорию товаров и оборудования, чтобы не создавать отдельную категорию для животных. Товары и оборудование абсолютно необходимы для облегчения эффективной помощи, и национальные законы должны обладать необходимой гибкостью, чтобы учитывать потребности людей, пострадавших в результате бедствий, и гарантировать оперативную доставку таких товаров и оборудования. Должны быть предусмотрены положения об отмене или снижении таможенных требований и тарифов, а также налогов в целях сокращения расходов и предотвращения задержек с поставкой товаров⁴⁰⁸. Проволочки с доставкой могут привести к тому, что оборудование и товары быстро потеряют свою практическую полезность и обычные процедуры, призванные оградить экономические интересы государства, могут стать препятствием для доставки гуманитарного оборудования, которое способно спасти жизнь людей или обеспечить необходимую экстренную помощь.

6) Второй пункт проекта статьи требует, чтобы оказывающим помощь субъектам был предоставлен простой доступ ко всем соответствующим законам и правилам. Под словами "простой доступ" понимается удобство доступа к таким законам, с тем чтобы не налагать на пострадавшее государство бремя физически предоставлять эту информацию каждому из оказывающих помощь субъектов.

Статья 18

Защита оказывающего экстренную помощь персонала, оборудования и товаров

Пострадавшее государство принимает необходимые меры для обеспечения защиты оказывающего экстренную помощь персонала, оборудования и товаров, находящихся на его территории с целью оказания внешней помощи.

Комментарий

1) Проект статьи 18 налагает на пострадавшее государство обязательство принимать необходимые в сложившихся обстоятельствах меры для обеспечения защиты персонала, оборудования и товаров, задействованных в оказании внешней помощи. С учетом того, что в результате бедствий часто возникают хаотические ситуации, причины для беспокойства по поводу безопасности этих лиц и предметов могут препятствовать осуществлению мероприятий по оказанию поддержки жертвам, уменьшая таким образом вероятность того, что их основные потребности будут должным образом удовлетворены.

2) В этой связи настоящий проект статьи дополняет проект статьи 17 [14], налагая на пострадавшее государство комплекс взаимосвязанных обязательств, согласно которым ему надлежит принять ряд мер, с тем чтобы гарантировать

⁴⁰⁸ Это подчеркивается в различных международных договорах. См., например, Конвенцию Тампере, пункт 4 статьи 9; см. также Соглашение АСЕАН, пункт b) статьи 14.

оказывающим помощь государствам и другим оказывающим помощь субъектам возможность оказания эффективной и оперативной помощи. При этом данные два положения несколько отличаются друг от друга по основной идее и подходу. В проекте статьи 17 [14] подчеркивается, что пострадавшему государству необходимо установить такой национальный правовой порядок, который может облегчить оказание внешней помощи, в основном путем принятия ряда законодательных и нормативно-правовых мер. С другой стороны, вопрос о защите оказывающего помощь персонала и его оборудования и товаров традиционно (и в силу веских политических причин, обусловленных его характером и видом мер, которые надлежит принять) рассматривается в качестве отдельной темы, заслуживающей особого внимания, как это делается в настоящем проекте статьи.

3) В связи с тем, что характер соответствующего обязательства зависит от обстоятельств, пострадавшее государство может прибегать к различным мерам и формам поведения. В частности, присущая выражению "необходимые меры" гибкость предполагает, что пострадавшее государство может брать на себя различные обязательства в зависимости от того, какие субъекты причастны к потенциальным угрозам оказывающему помощь персоналу, оборудованию и товарам.

4) Одно из предварительных требований к пострадавшему государству заключается в том, чтобы оно не позволяло своим органам отрицательным образом влиять на деятельность по оказанию помощи. В этом случае обязательство ориентировано на результат и имеет четкий смысл, согласно которому на пострадавшее государство возлагается обязанность не причинять вреда через свои органы персоналу, оборудованию и товарам, задействованным в оказании внешней помощи.

5) Во-вторых, в проекте статьи 18 предусматривается принятие ряда мер по предотвращению ущерба от деятельности негосударственных субъектов, пытающихся, например, извлечь выгоду из нестабильных условий в плане безопасности, которые могут являться следствием бедствий, с тем чтобы получить незаконную прибыль от преступной деятельности, направленной против оказывающего помощь персонала, оборудования и товаров в случае бедствий. В этой связи в проекте статьи предусмотрено обязательство, ориентированное не на результат, а на поведение. От пострадавшего государства ожидается не достижение успехов независимо от обстоятельств в деле предотвращения совершения наносящих вред действий, а активные усилия по достижению цели соответствующего обязательства. В частности, слова "необходимые меры" предоставляют пострадавшему государству свободу выбора таких мер. Государству необходимо действовать достаточно осторожным и осмотрительным образом, пытаясь не допускать наступления наносящих ущерб событий, которые могут быть вызваны действиями негосударственных субъектов. Меры, которые надлежит принимать государствам, прилагая максимальные усилия по достижению преследуемой цели, зависят от обстоятельств. Следовательно, в проекте статьи 18 не указаны средства достижения желаемого результата, поскольку характер данного обязательства может меняться по мере развития ситуации.

6) При оценке необходимости мер, которые надлежит принимать в ситуации бедствия в порядке выполнения данного обязательства, могут учитываться различные обстоятельства. Речь идет о трудностях, с которыми государство может столкнуться при попытке осуществления своей обычной деятельности из-за неуправляемой ситуации, возникшей в результате бедствия, а также объеме ресурсов, имеющихся в распоряжении затронутого государства, которое могло

серьезно пострадать от бедствия. Речь идет также о преобладающих в соответствующем районе операций условиях в плане безопасности и позиции и поведения субъектов, участвующих в операциях по оказанию гуманитарной помощи, которые могут пренебрегать руководящей ролью местных органов власти, повышая таким образом вероятность того, что они столкнутся с рисками для безопасности. Кроме того, если наносящие ущерб действия направлены против оказывающего помощь персонала, оборудования и товаров, то пострадавшее государство реагирует на них путем осуществления своей компетенции в области пресечения преступлений, совершаемых в районе бедствия.

7) Участники международной гуманитарной деятельности сами могут способствовать достижению преследуемой цели, включив в свои собственные планы и проводимые операции ряд мер по смягчению, направленных на снижение степени их уязвимости в случае возникновения угроз для безопасности. Это может быть достигнуто, например, путем выработки надлежащих кодексов поведения в этой сфере, осуществления мероприятий по подготовке и предоставления своим сотрудникам соответствующей информации об условиях, в которых они призваны действовать, и нормах поведения, которые им необходимо соблюдать. В любом случае принятие таких мер по смягчению не должно препятствовать осуществлению автономных мер, принимаемых пострадавшим государством.

8) В то же время необходимо особо отметить, что риски для безопасности следует оценивать с учетом характера миссий по оказанию помощи и необходимости гарантировать жертвам надлежащее и эффективное реагирование на бедствие. Проект статьи 18 нельзя толковать превратно в целях создания неоправданных и несоразмерных препятствий для деятельности по оказанию помощи. Как уже было особо отмечено в проекте статьи 17 [14], меры по ограничению свободы передвижения оказывающего помощь персонала, которые могут быть приняты по соображениям безопасности, не должны без надобности приводить к подрыву способности этих субъектов оказывать помощь жертвам бедствий.

9) Помимо этого, возможность использования вооруженного сопровождения в операциях по оказанию помощи в случае бедствий с целью устранения причин для беспокойства по поводу безопасности должна рассматриваться строго в соответствии с оптимальными видами практики, разработанными в этой области основными участниками гуманитарной деятельности. Особое внимание обращается на не имеющие обязательной силы Руководящие принципы Межучрежденческого постоянного комитета 2013 года, касающиеся использования вооруженного сопровождения для автоколонн с гуманитарными грузами⁴⁰⁹, разработанные с целью содействия соответствующим субъектам в принятии в надлежащем порядке важного решения об использовании такой возможности. В этом документе разъясняется, что, как общее правило, автоколонны с гуманитарными грузами не будут использовать вооруженное сопровождение, если использование вооруженного сопровождения не является необходимым в связи с наличием исключительных обстоятельств. Прежде чем принимать решение о наличии исключительных обстоятельств, соответствующие субъекты рассматривают последствия и возможные альтернативы применению вооруженного сопровождения, особо учитывая тот факт, что причины для беспокойства по поводу безопасности, которые могут преобладать в ситуациях бед-

⁴⁰⁹ 27 февраля 2013 года.

ствий, обычно оказываются значительно менее серьезными, чем те, которые возникают в ходе реализации других сценариев.

10) В проекте статьи 18 предусмотрена защита "оказывающего помощь персонала, оборудования и товаров", т.е. соответствующих лиц и предметов, признаваемых таковыми согласно подпунктам е) и f) проекта статьи 4 и задействованных в оказании внешней помощи. Как особо отмечено в других проектах статей, главным образом в проектах статей 12 [9] и 14 [11], предоставление внешней помощи требует согласия пострадавшего государства, которое играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре применительно к такой деятельности. Следовательно, после того как пострадавшее государство обратилось за помощью или приняло предложения готовых оказать помощь государств, оно принимает меры, с тем чтобы гарантировать защиту, предусмотренную в проекте статьи 18.

11) Такой всеобъемлющий подход направлен на надлежащее выполнение обязательства, закрепленного в проекте статьи 18. Национальные органы власти находятся в наилучшем положении для обеспечения надлежащих условий в плане безопасности для осуществления деятельности по оказанию помощи. В частности, им предлагается оценивать риски для безопасности международного персонала по оказанию помощи, сотрудничать с ним в решении проблем с безопасностью и координировать действия внешних субъектов с учетом этих причин для беспокойства.

12) В соответствии с пунктом е) проекта статьи 4 положения проекта статьи 18 касаются в зависимости от обстоятельств как гражданского, так и военного персонала, направленного оказывающим помощь государством, компетентной межправительственной организацией, соответствующей неправительственной организацией или любым другим внешним субъектом в пострадавшее государство в целях оказания помощи этому государству по его просьбе или с его согласия. Таким образом, проект статьи 18 охватывает все вышеперечисленные категории лиц. Употребление словосочетания "внешней помощи" отражает тот факт, что проекты статей, как уже было подтверждено в комментарии к проекту статьи 15 [13]⁴¹⁰, регулируют исключительно деятельность внешних по отношению к пострадавшему государству субъектов.

13) Аналогичным образом проект статьи 18 касается оборудования и товаров, определенных в пункте f) проекта статьи 4 и имеющих отношение к деятельности оказывающего помощь персонала. Проект статьи 18 охватывает имеющиеся в распоряжении оказывающих помощь государств или других оказывающих помощь субъектов оборудование и товары независимо от места их происхождения. Эти предметы могут быть приобретены и непосредственно на внутреннем рынке пострадавшего государства. Этот аспект поясняется с помощью слов "находящихся на его территории".

Статья 19 [15]

Прекращение внешней помощи

Пострадавшее государство и оказывающее помощь государство, а также по мере необходимости другие оказывающие помощь субъекты проводят консультации по вопросу прекращения внешней помощи и порядка ее прекращения. Пострадавшее государство, оказывающее помощь

⁴¹⁰ См. ниже, пункт 2) комментария к проекту статьи 15 [13].

государство или другой оказывающий помощь субъект, желающие прекратить помощь, направляют соответствующее уведомление.

Комментарий

- 1) Проект статьи 19 [15] касается вопроса о прекращении внешней помощи. Положение состоит из двух предложений. В первом предложении сформулировано требование, согласно которому пострадавшее государство, оказывающее помощь государству, а также в надлежащих случаях другие оказывающие помощь субъекты должны проводить друг с другом консультации по вопросу прекращения внешней помощи, включая порядок ее прекращения. Во втором предложении установлено требование о том, чтобы стороны, желающие прекратить помощь, направляли соответствующее уведомление.
- 2) Когда пострадавшее государство принимает предложение о помощи, оно сохраняет за собой контроль над тем, в течение какого срока такая помощь будет ему оказываться. В пункте 2 проекта статьи 12 [9] прямо признано, что пострадавшее государство играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре за экстренной помощью и содействием в случае бедствий на его территории. В свою очередь проект статьи 14 [11] требует согласия пострадавшего государства на внешнюю помощь с той оговоркой, что в таком согласии нельзя отказывать произвольно. Общий смысл вышеуказанных положений заключается в том, что пострадавшее государство может отозвать свое согласие, тем самым прекратив внешнюю помощь и отменив правовой режим, в соответствии с которым эта помощь оказывается.
- 3) В проекте статьи 19 [15] отражено стремление найти равновесие между правом пострадавшего государства прекратить внешнюю помощь и позицией оказывающих такую помощь субъектов с целью обеспечения надлежащей защиты людей, пострадавших в результате бедствий. Таким образом, это положение не подтверждает исключительное право пострадавшего государства прекращать помощь в одностороннем порядке. Напротив, Комиссия признает, что оказывающим помощь государствам и другим оказывающим помощь субъектам может понадобиться самим прекратить их деятельность по оказанию помощи. Поэтому проект статьи 19 [15] сохраняет за любой стороной право прекратить помощь при том понимании, что это будет сделано надлежащим образом в консультации с другими оказывающими помощь государствами или субъектами.
- 4) Слова "другие оказывающие помощь субъекты" взяты из существующих правовых инструментов⁴¹¹ для обозначения международных организаций и неправительственных организаций, которые обеспечивают оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий и которые определены в проекте статьи 4 об употреблении терминов. Проект статьи 19 [15] разработан исходя из двустороннего сценария, но он не исключает сценарий оказания внешней помощи многими субъектами.
- 5) Требование о проведении консультаций отражает дух солидарности и сотрудничества, пронизывающий весь проект статей, и принцип сотрудничества, закрепленный в проектах статей 8 [5], 9 [5-бис] и 10 [5-тер]. Комиссия предполагает, что прекращение помощи может стать необходимым в силу различных причин и на различных этапах оказания помощи. Операции по оказанию экстренной помощи могут достигнуть такой стадии, когда станет вполне логичным прекращение операций либо пострадавшим государством, либо одной или не-

⁴¹¹ Статья 12 Руководства МФОКК 2007 года и аннотации к нему.

сколькими оказывающими помощь сторонами. Обстоятельства, ведущие к прекращению, могут включать случаи, когда ресурсы оказывающего помощь государства или другого оказывающего помощь субъекта иссякнут или когда какое-то новое бедствие потребует перенаправления ресурсов. Проект статьи 19 [15] сформулирован гибко, позволяя корректировать длительность помощи в зависимости от обстоятельств, при том условии, что стороны будут проводить консультации в духе доброй воли. В любом случае проект статьи 19 [15] следует рассматривать в свете цели проекта статей, сформулированной в проекте статьи 2 [2]; поэтому решения в отношении прекращения помощи должны приниматься с учетом потребностей лиц, пострадавших в результате бедствия, т.е. того, насколько эти потребности удовлетворены.

6) Под словом "порядок" понимаются процедуры, которые должны соблюдаться при прекращении помощи. Хотя прекращение на взаимной основе не всегда может оказаться достижимым, консультации о порядке прекращения позволят соответствующим сторонам содействовать дружественному и эффективному прекращению помощи.

7) Во втором предложении вводится требование об уведомлении от стороны, желающей прекратить внешнюю помощь. Соответствующее уведомление требуется для обеспечения известной стабильности ситуации, с тем чтобы ни одна сторона не пострадала от внезапного прекращения помощи. Это положение гибко составлено таким образом, чтобы допускать направление уведомления до процесса консультаций, во время этого процесса или после него. Процесс уведомления не оговорен никакими процедурными условиями. Тем не менее уведомление должно быть "соответствующим" в зависимости от обстоятельств уведомления, в том числе в отношении формы и сроков, и желательно заблаговременным.

Статья 20

Связь со специальными или другими нормами международного права

Настоящие проекты статей не затрагивают специальных или других норм международного права, применимых в случае бедствий.

Комментарий

1) Проект статьи 20 посвящен связи между проектами статей и специальными или другими нормами международного права. Он призван пояснить, каким образом проекты статей взаимодействуют с отдельными нормами международного права, которые либо касаются того же вопроса, что и проекты статей, либо не имеют прямого отношения к бедствиям, но, тем не менее, применимы к ситуациям, охваченным проектами статей.

2) Отсылка к "специальным нормам" призвана пояснить, что настоящие проекты статей не заменяют собой договоры или другие нормы международного права, налагающие более конкретные обязательства. Этот подход отражает принцип *lex specialis* и направлен на обеспечение непрерывного применения тесно взаимосвязанных действующих обязательств, касающихся вопросов, которые охватываются настоящими проектами статей.

3) Проект статьи охватывает различные виды специальных норм. К последним относятся и более подробные нормы, закрепленные в договорах, сфера применения которых *ratione materiae* охвачена настоящими проектами статей (например, в региональных или двусторонних договорах о взаимопомощи в

случае бедствий), а также в договорах, посвященных другим вопросам, однако содержащих конкретные нормы, касающиеся ситуаций бедствий (например, в статье F раздела 5 приложения к Конвенции по облегчению международного морского судоходства 1965 года).

4) Этот подход также согласуется с позицией Комиссии по проекту статьи 21 [4], касающемуся применимости проектов статей в ситуациях вооруженного конфликта. Хотя признается, что в таких ситуациях нормы международного гуманитарного права имеют преимущественную силу перед нормами, изложенными в настоящих проектах статей, они продолжают применяться "в той степени", в которой действие норм международного гуманитарного права не распространяется на некоторые правовые вопросы, возникшие в результате бедствия, происходящего в районе вооруженного конфликта. Таким образом, настоящие проекты статей будут способствовать восполнению возможных правовых пробелов в области защиты людей, пострадавших от бедствий, которые произошли во время вооруженного конфликта.

5) Отсылка к "другим нормам" касается взаимодействия настоящих проектов статей с такими нормами международного права, которые не имеют прямого отношения к бедствиям, но, тем не менее, могут применяться в случае бедствий. Примерами служили бы положения о праве международных договоров, в частности те, которые связаны с последующей невозможностью выполнения и коренным изменением обстоятельств, а также нормами, касающимися ответственности государств и международных организаций и ответственности физических лиц. Данное положение подтверждает, что настоящие проекты статей не заменяют собой и эту категорию норм, дополняя таким образом принцип *lex specialis*, закрепленный в первой части проекта статьи.

6) "Преюдициальная" оговорка в проекте статьи 20 также применяется к нормам международного обычного права. Дело в том, что проекты статей не охватывают все те вопросы, которые могут быть актуальны в случае бедствий. Более того, проекты статей не исключают дальнейшего развития норм международного обычного права в этой сфере. Проект статьи основан на пункте преамбулы Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, в котором изложено следующее: "Нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции".

7) Кроме того, следует учитывать, что право международных договоров может также включать в себя нормы общего применения, не имеющие прямого отношения к бедствиям. В этой связи Комиссия приняла решение об использовании формулировки "других норм международного права" для определения всех норм международного права, которые могут взаимодействовать с данными проектами статей, так как она выражает идею о том, что "преюдициальная" оговорка в проекте статьи 20 применима ко всем категориям международно-правовых норм.

Статья 21 [4]

Связь с международным гуманитарным правом

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

Комментарий

- 1) В проекте статьи 21 [4] речь идет о связи проектов статей с международным гуманитарным правом и, соответственно, о пределах охвата проектами статей ситуаций вооруженного конфликта, которые могут иметь такие же катастрофические последствия для функционирования обществ. Это положение сформулировано таким образом, чтобы разъяснить данную взаимосвязь, подчеркнув приоритетный характер норм международного гуманитарного права в ситуациях, когда они применимы.
- 2) Комиссия рассмотрела вопрос о том, чтобы четко указать на неприменимость проектов статей к ситуациям вооруженного конфликта в качестве дополнительного элемента определения "бедствия" (проект статьи 3 [3]), с тем чтобы избежать толкований, согласно которым для целей проектов статей вооруженный конфликт будет охватываться в той степени, в какой он отвечает критериям порога, установленного в проекте статьи 3 [3]. Такой подход был признан неприемлемым, поскольку включение категорического отрицания возможности применения может быть контрпродуктивным, в частности, в "сложных чрезвычайных ситуациях", когда бедствие происходит в зоне вооруженного конфликта. Абсолютное исключение возможности применения проектов статей по причине вооруженного конфликта будет иметь негативные последствия для защиты людей, пострадавших в результате бедствия, особенно в ситуациях, когда начало бедствия предшествовало началу вооруженного конфликта.
- 3) Комиссия также изначально рассматривала возможность использования более конкретной формулировки "не затрагивают", как это сделано в проекте статьи 20, сохранив возможность применения обоих сводов правил и подразумевая тем самым, что проекты статей могут применяться в контексте вооруженного конфликта в тех же пределах, что и действующие нормы международного права. Вместо этого Комиссия решила рассматривать вопрос с точки зрения связи между проектами статей и международным гуманитарным правом. Хотя проекты статей и не предназначены для регулирования последствий вооруженных конфликтов, они, тем не менее, могут применяться в ситуациях вооруженного конфликта в той степени, в которой действующие нормы международного права, в частности международного гуманитарного права, являются неприменимыми.

Глава VI

Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)

А. Введение

57. На своей пятьдесят седьмой сессии (в 2005 году) Комиссия постановила включить в программу своей работы тему "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)" и назначила Специальным докладчиком г-на Здислава Галицкого⁴¹².

58. Специальный докладчик представил четыре доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году), второй доклад – на своей пятьдесят девятой сессии (в 2007 году), третий доклад – на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и четвертый доклад – на своей шестьдесят третьей сессии (в 2011 году)⁴¹³.

59. На шестьдесят первой сессии (в 2009 году) была учреждена Рабочая группа открытого состава под председательством г-на Алена Пелле⁴¹⁴, и по итогам ее обсуждений были разработаны предлагаемые общие рамки для рассмотрения данной темы, конкретизирующие вопросы, которыми должен заниматься Специальный докладчик⁴¹⁵. На шестьдесят второй сессии (в 2010 году) Рабочая группа была учреждена вновь, и в отсутствие ее Председателя в ней председательствовал г-н Энрике Кандиоти⁴¹⁶. На рассмотрении Рабочей группы находился подготовленный Секретариатом обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы над данной темой (A/CN.4/630).

60. На шестьдесят четвертой (в 2012 году) и шестьдесят пятой (в 2013 году) сессиях Комиссия учреждала под председательством г-на Криангсака Киттичасайри Рабочую группу открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) для оценки прогресса в работе Комиссии по данной теме, в частности в свете принятия Международным Судом 20 июля 2012 года решения по делу *Вопросы, связанные с обя-*

⁴¹² На своем 2865-м заседании 4 августа 2005 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 10* (A/60/10), пункт 500). В пункте 5 резолюции 60/22 от 23 ноября 2005 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят шестой сессии (в 2004 году) на основе предложения, содержащегося в приложении к ежегодному докладу за тот год (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10* (A/59/10), пункты 362–363).

⁴¹³ A/CN.4/571 (предварительный доклад); A/CN.4/585 и Согг.1 (второй доклад); A/CN.4/603 (третий доклад); и A/CN.4/648 (четвертый доклад).

⁴¹⁴ На своем 2988-м заседании 31 июля 2008 года во время своей шестидесятой сессии Комиссия постановила учредить рабочую группу по данной теме под председательством г-на Алена Пелле, мандат и членский состав которой предстояло определить на шестьдесят первой сессии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10* (A/63/10), пункт 315).

⁴¹⁵ Предложенные общие рамки, подготовленные Рабочей группой, см. там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункт 204.

⁴¹⁶ На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад временного Председателя Рабочей группы (там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10* (A/65/10), пункты 337–340).

зательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)⁴¹⁷ и изучения возможных направлений работы Комиссии на будущее⁴¹⁸.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

61. На данной сессии Комиссия учредила под председательством г-на Криангсак Киттичасайри Рабочую группу по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*). Рабочая группа продолжила оценку прогресса в работе по данной теме, в частности в свете замечаний, сделанных в Шестом комитете на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи по докладу Рабочей группы⁴¹⁹. Рабочая группа провела два заседания, 6 мая и 4 июня 2014 года.

62. Рабочая группа рассмотрела несколько вариантов того, как Комиссия могла бы продолжить свою работу над этой темой. После тщательного анализа Рабочая группа решила, что Комиссии следует активизировать свою работу по этой теме и подготовить итоговый документ, который имел бы практическую ценность для международного сообщества. Доклад 2013 года послужил основой окончательного доклада Рабочей группы. Рабочая группа также рассмотрела вопросы, которые были охвачены частично или не охвачены ее докладом 2013 года, однако впоследствии были подняты в Шестом комитете в ходе шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи, а именно пробелы в действующем договорном режиме; передача подозреваемого в Международный Суд или специальный суд в качестве потенциальной "третьей" альтернативы выдаче или судебному преследованию; взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и обязательствами *erga omnes* или нормами *jus cogens*; статус обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве; а также другие вопросы, которые сохраняют актуальность в Общих рамках 2009 года. По мнению Рабочей группы, указанные выше вопросы исчерпали все то, что ей оставалось проанализировать в связи с этой темой.

63. На своем 3217-м заседании 7 июля 2014 года Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы (A/CN.4/L.844), в котором, в частности, содержалась рекомендация Комиссии: а) принять доклады 2013–2014 годов, которые служат полезным руководством для государств, и б) завершить свое обсуждение темы "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)".

64. На своем 3242-м заседании 7 августа 2014 года Комиссия утвердила окончательный доклад по теме "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)" (см. раздел С ниже) и постановила завершить свое рассмотрение данной темы. Она также выразила глубокую

⁴¹⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

⁴¹⁸ На своем 3152-м заседании 30 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Рабочей группы (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 208–221) и на своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 149).

⁴¹⁹ Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, приложение А.

признательность Председателю Рабочей группы, г-ну Криангсаку Киттичасайри, за его очень ценный вклад в работу, которая была проведена эффективно и оперативно. Комиссия также с благодарностью отметила работу бывшего Специального докладчика по теме, г-на Здзислава Галицкого.

С. Окончательный доклад по данной теме

65. Настоящий доклад призван подытожить и высветить определенные аспекты работы Комиссии по теме "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)", чтобы оказать содействие государствам в этом вопросе.

1. Обязательство бороться с безнаказанностью в соответствии с принципом верховенства права

1) Комиссия отмечает, что государства выразили желание сотрудничать между собой, а также с компетентными международными трибуналами в борьбе с безнаказанностью преступлений, и в частности правонарушений, вызывающих международную озабоченность⁴²⁰ и в соответствии с верховенством права⁴²¹. В Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях главы государств и правительств, присутствовавшие на совещании 24 сентября 2012 года, взяли на себя обязательство "обеспечить непримиримое отношение к безнаказанности за геноцид, военные преступления, преступления против человечности, нарушения норм международного гуманитарного права и грубые нарушения норм в области прав человека, а также... обеспечить надлежащее расследование таких нарушений и соответствующее наказание за них, в том числе путем привлечения к суду ответственных за любые совершенные преступления, используя для этого национальные механизмы или, когда это необходимо, региональные или международные механизмы в соответствии с нормами международного права..."⁴²². Обязательство сотрудничать в борьбе против безнаказанности предусмотрено в многочисленных конвенциях, в частности посредством обязательств выдавать или осуществлять судебное преследование⁴²³.

⁴²⁰ См., например, резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года, озаглавленную "Вопросы наказания военных преступников и лиц, совершивших преступление против человечества", резолюцию 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 1973 года о "Принципах международного сотрудничества в отношении обнаружения ареста, выдачи, наказаний лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества"; а также принцип 18 резолюции 1989/65 Экономического и Социального Совета от 24 мая 1989 года, озаглавленной "Эффективное предупреждение и расследование незаконных, произвольных и суммарных казней".

⁴²¹ Резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года.

⁴²² Там же, пункт 22.

⁴²³ См. часть 3 ниже. В деле *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* Международный Суд заявляет: "...выдача и судебное преследование являются альтернативными способами борьбы с безнаказанностью в соответствии с пунктом 1 статьи 7 [Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года]. ..." (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, р. 422, at р. 443, para. 50). Суд добавляет, что у государств – участников Конвенции против пыток есть "общая заинтересованность в том, чтобы обеспечить, ввиду

Государства широко разделяют мнение о том, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет ключевую роль в борьбе против безнаказанности⁴²⁴; это обязательство применимо в отношении широкого круга преступлений, вызывающих серьезную озабоченность международного сообщества, и включено во все секторальные конвенции по борьбе с международным терроризмом, заключенные с 1970 года.

2) Роль, которую обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет в международном сотрудничестве в деле борьбы против безнаказанности, признается по меньшей мере со времен Гуго Гроция, который постулировал принцип *aut dedere aut punire* (либо выдать либо наказать): "Государство, в котором находится тот, кто уличен в преступлении, должно или само, по требованию другого государства, наказать по заслугам преступника, или же предоставить это на рассмотрение соответствующего государства"⁴²⁵. В современной лексике слово "наказание" в качестве альтернативы выдачи заменено на "преследование", чтобы лучше отразить возможность признания предполагаемого правонарушителя невиновным.

2. Важность обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в работе Комиссии международного права

3) Можно считать, что этот вопрос был включен в тему "Юрисдикция в отношении преступлений, совершенных вне национальной территории", которая значилась в предварительном перечне из 14 тем для обсуждения на первой сессии Комиссии в 1949 году⁴²⁶. Она также затрагивает статью 8 ("Установление юрисдикции") и статью 9 ("Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования") Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года. В статье 9 Проекта кодекса предусматривается обяза-

разделяемых ими ценностей, предотвращение актов пыток, а в случаях совершения – не допустить безнаказанности совершивших их лиц" (*ibid.*, p. 449, para. 68). Суд напоминает, что объект и цель Конвенции заключаются в повышении эффективности борьбы против пыток, не допуская безнаказанности виновных в подобных деяниях" (*ibid.*, p. 451, para. 74 and cf. also para. 75).

В своем четвертом докладе Специальный докладчик Здислав Галицкий подробно рассмотрел вопрос об обязанности сотрудничества в борьбе против безнаказанности. Он привел следующие примеры международных договоров, закладывающих правовую основу обязанности сотрудничать: статья 1, пункт 3, Устава Организации Объединенных Наций, Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, преамбула к Римскому статуту Международного уголовного суда 1998 года и принцип XII Руководящих принципов Комитета министров Совета Европы, касающихся искоренения безнаказанности за серьезные нарушения прав человека, принятых Комитетом министров 30 марта 2011 года, A/CN.4/648, пункты 26–33.

⁴²⁴ Например, Бельгия (A/CN.4/612, пункт 33); Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция (A/C.6/66/SR.26, пункт 10); Швейцария (там же, пункт 18); Сальвадор (там же, пункт 24); Италия (там же, пункт 42); Перу (там же, пункт 64); Беларусь (A/C.6/66/SR.27, пункт 41); Российская Федерация (там же, пункт 64); Индия (там же, пункт 81).

⁴²⁵ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Book II, chapter XXI, section IV (English translation by Francis W. Kelsey (Oxford/London: Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925), pp. 527–529 at 527).

⁴²⁶ United Nations, *The Work of the International Law Commission*, Eighth edition (New York: United Nations 2012), vol. 1, p. 37.

тельство выдавать или осуществлять судебное преследование за геноцид, преступления против человечности, преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военные преступления⁴²⁷. Считается, что принцип *aut dedere aut judicare* проистекает из "ряда многосторонних конвенций"⁴²⁸, которые содержат это обязательство. Анализ истории проекта кодекса наводит на мысль о том, что статья 9 обусловлена потребностью в действенной системе криминализации и судебного преследования указанных основных преступлений, а не фактической практикой государств и *opinio juris*⁴²⁹. Статья обосновывается тяжестью соответствующих преступлений и желанием бороться с безнаказанностью лиц, совершающих эти преступления⁴³⁰. Хотя в проекте кодекса речь идет об основных преступлениях⁴³¹, материальная сфера обязательств выдавать или осуществлять судебное преследование

⁴²⁷ "Без ущерба для юрисдикции Международного уголовного суда государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренного в статье 17 [геноцид], 18 [преступления против человечности], 19 [преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала] или 20 [военные преступления], выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование". См. также комментарий Комиссии к этой статье (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, глава II).

⁴²⁸ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, статья 8, пункт 3 (там же).

⁴²⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 10 (A/49/10)*, стр. 80, пункт 142.

⁴³⁰ Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, статья 8, пункты 3, 4 и 8 и статья 9, пункт 2 (там же, *пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*).

⁴³¹ В первом чтении в 1991 году Проект кодекса охватывал следующие 12 преступлений: агрессия; угроза агрессии; вмешательство; колониальное господство и другие формы иностранного господства; геноцид; апартеид; систематические и массовые нарушения прав человека; исключительно серьезные военные преступления; вербовка, финансирование и обучение наемников; международный терроризм; незаконный оборот наркотических средств; и преднамеренный и серьезный ущерб окружающей среде. На сессиях в 1995 и 1996 годах Комиссия сократила количество преступлений в итоговом Проекте кодекса до четырех: агрессия, геноцид, военное преступление и преступления против человечности, – придерживаясь наследия Нюрнбергского трибунала в качестве критерия отбора преступлений для проекта кодекса. Главной причиной такого подхода, по-видимому, оказались неблагоприятные комментарии 24 государств по поводу списка из 12 преступлений, предложенных в 1991 году. Пятое преступление – преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала – было добавлено в последний момент в силу его масштабов, остроты проблемы нападений на такой персонал и "ее основополагающего значения для поддержания мира и безопасности" (A/CN.4/448 и Add.1).

Преступление агрессии не входило в положение статьи 9 Проекта кодекса. По мнению Комиссии: "[в]ынесение национальным судом одного государства решений по вопросу о том, имела ли место в данном случае агрессия со стороны другого государства, противоречило бы основополагающему принципу международного права *par in parem imperium non habet* ... [и] осуществление национальным судом государства юрисдикции, сопряженной с рассмотрением вопроса о совершении агрессии другим государством, имело бы серьезные последствия для международных отношений и международного мира и безопасности" (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, стр. 59, пункт 14).

охватывает большинство преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, как указано в пункте 1) выше.

3. Резюме работы

4) Ниже приводится краткое изложение некоторых ключевых аспектов работы Комиссии по данной теме. В прошлом некоторые члены Комиссии, включая специального докладчика Здислава Галицкого, ставили под сомнение использование латинской формулы "aut dedere aut judicare", особенно в отношении термина "judicare", который, по их мнению, не вполне соответствовал объему термина "судебное преследование". Вместе с тем Специальный докладчик на тот момент считал, что было бы преждевременно углубляться в точное определение терминов и было бы лучше оставить это для будущего проекта статьи "Использование терминов"⁴³². В своем докладе Комиссия решила исходить из того, что приоритетность обязательной "выдачи" по сравнению с "судебным преследованием" или наоборот зависит от контекста и применимого правового режима в конкретных ситуациях.

5) Комиссия сочла многочисленные документы полезными в работе, в особенности: Обзор многосторонних конвенций, которые могут быть полезны Комиссии в ее работе по теме "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)", проведенное Секретариатом⁴³³ (ниже – "Обзор Секретариата 2010 года"), где указаны многосторонние договоры универсального и регионального охвата, которые содержат положения, объединяющие выдачу и судебное преследование в качестве альтернативы наказанию правонарушителей, а также постановление Международного Суда от 20 июля 2012 года по делу *Вопросы, связанные с обязательством судебного преследования или выдачи (Бельгия против Сенегала)*.

а) Типология положений многосторонних договоров

6) Обзор секретариата 2010 года предлагает описание и типологию соответствующих договоров в свете этих положений и содержит анализ работы по разработке текстов некоторых ключевых конвенций, которые стали моделями в этой области. По некоторым положениям в нем также анализируются любые сделанные оговорки. В нем отмечены сходства и различия между рассматриваемыми положениями разных конвенций и их эволюция, а также представлены общие выводы в отношении: а) взаимосвязи между выдачей и судебным преследованием в соответствующих положениях; б) условий, применимых к выдаче в соответствии с различными конвенциями; в) условий, применимых к судебному преследованию в соответствии с различными конвенциями. Конвенции, которые включают в себя такие положения, разбиваются в Обзоре на четыре следующие категории: а) Конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие конвенции, которые следуют той же модели; б) региональные конвенции о выдаче; в) Женевские конвенции 1949 года и Дополни-

⁴³² A/CN.4/603, пункты 36–37. В своем предварительном докладе Специальный докладчик представил на обсуждение различные латинские формулы, относящиеся к данной теме, а именно: aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergiversari; и aut dedere aut poenam persequi (A/CN.4/571, пункты 5–8). См. также: Raphaël van Steenberghe, "The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature" (*Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), p. 1089 at pp. 1107-8, on the formulas aut dedere aut punire, aut dedere aut prosequi, and aut dedere aut judicare.

⁴³³ A/CN.4/630.

тельный протокол I 1977 года; d) Гаагскую конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года и другие конвенции, которые следуют той же модели.

7) Конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие конвенции, которые следуют той же модели⁴³⁴, обычно: а) криминализуют соответствующее правонарушение, которое государства-участники обязуются сделать наказуемым в соответствии с национальным законодательством; б) предусматривают положение о судебном преследовании и экстрадиции, которое учитывает различные точки зрения государств в отношении выдачи своих граждан и осуществления экстерриториальной юрисдикции, причем за последней признается разрешительный, а не обязательный характер; в) содержат положения, которые налагают обязательство выдачи, с использованием судебного преследования в случае отказа в выдаче; г) устанавливают такой режим выдачи, при котором государства обязуются в определенных обстоятельствах считать правонарушение влекущим выдачу; е) содержат положение, согласно которому подход государства к общему вопросу уголовной юрисдикции в качестве вопроса международного права не затрагивается участием этого государства в конвенции; ф) содержат клаузулу о ненанесении ущерба уголовному законодательству и системе уголовного правосудия каждого государства. Если одни из договоров, построенных по этой модели, содержат терминологические различия лишь только редакционного характера, то другие существенным образом меняют обязательства, принятые государствами-участниками.

8) Многочисленные региональные конвенции и соглашения по вопросам выдачи также содержат положения, предусматривающие как выдачу, так и осуществление судебного преследования⁴³⁵, хотя, как правило, в этих документах основной упор ставится на обязательство по выдаче (которое подробно регламентируется), а судебное преследование рассматривается лишь в качестве альтернативы, призванной не допустить безнаказанности в контексте правового сотрудничества. В соответствии с данной моделью выдача является одной из гарантий эффективности уголовной юрисдикции. Государства-участники несут общую обязанность выдавать, если только просьба о выдаче не подпадает под особое условие или исключение, включая императивные и дискреционные основания для отказа. Например, выдача граждан может быть запрещена или для ее осуществления могут быть затребованы особые гарантии. Положения заключенных впоследствии соглашений и договоренностей с течением времени претерпевали изменения, в частности в отношении таких условий и исключений⁴³⁶.

⁴³⁴ Например, а) Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года; б) Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него 1937 года; в) Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 года; г) Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года; и е) Конвенция о психотропных веществах 1971 года.

⁴³⁵ К этим документам относятся: а) раздел III ("О выдаче") книги IV ("Международный процесс") Конвенции о международном частном праве 1928 года, также известной как "Кодекс Бустаманте"; б) Конвенция о выдаче 1933 года; в) Межамериканская конвенция о выдаче 1981 года; г) Европейская конвенция о выдаче 1957 года; е) Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области 1961 года (*Convention générale de coopération en matière de justice*); ф) Конвенция о выдаче Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС) 1994 года; г) Лондонская схема экстрадиции в рамках Содружества.

⁴³⁶ Следует также напомнить, что Генеральная Ассамблея приняла Типовой договор об экстрадиции (резолюция 45/116, приложение) и Типовой договор о взаимной помощи в области уголовного правосудия (резолюция 45/117). См. также Типовой закон

9) Четыре Женевские конвенции 1949 года содержат одинаковое положение, согласно которому каждая из высоких договаривающихся сторон обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передавать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной высокой договаривающейся стороне в том случае, если эта договаривающаяся сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинения этих лиц⁴³⁷. Следовательно, согласно данной модели обязательство разыскивать предполагаемого правонарушителя и осуществлять судебное преследование не обуславливается какими-либо юрисдикционными соображениями и существует независимо от того, поступает ли от другой стороны просьба о выдаче⁴³⁸. Тем не менее выдача является одним из возможных вариантов при том условии, что государство, осуществляющее преследование, имеет доказательства, дающие основания для обвинения. Этот механизм делается применимым к Протоколу I 1977 года путем отсылки⁴³⁹.

10) В статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года предусматривается, что "Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования". Данная "Гагская формула" является разновидностью формулы Женевских конвенций и послужила моделью для последующих конвенций, направленных на пресечение конкретных правонарушений, прежде всего в борьбе с терроризмом, но также и во многих других сферах (включая пытки, наемничество, преступления против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, транснациональную преступность, коррупцию, насильственные исчезновения и т.д.)⁴⁴⁰. Однако во многих после-

2004 года о выдаче, подготовленный Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности, по адресу http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf. См. также Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, доступно по адресу http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf (просмотрено 3 июня 2014 года).

⁴³⁷ Статьи 49, 50, 129 и 146 соответственно первой, второй, третьей и четвертой Женевских конвенций. В статье 54 Обзора секретариата (2010) объясняется, почему в этих Женевских конвенциях употребляется термин "передавать" вместо "выдавать". Как считает Клаус Кресс ("Reflection on the *Judicare* Limb of the Grave Breaches Regime" *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 789), ветвь *judicare* режима грубых нарушений фактически влечет за собой обязанность расследования и, при необходимости, привлечения к ответственности и осуждения.

⁴³⁸ См. Jean S. Pictet (ed), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV (International Committee of the Red Cross 1958) p. 593.

⁴³⁹ Статья 85 1), 3) и статья 88 2) Дополнительного протокола I 1977 года.

⁴⁴⁰ К ним относятся, в частности: а) Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и связанного с этим посягательства, когда эти акты носят международный характер, принятая Организацией американских государств (ОАГ) в 1971 году; б) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 года; в) Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 года; г) Европейская конвенция о пресечении терроризма 1977 года; д) Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в

дующих документах первоначальная терминология была изменена, что иногда сказывается на сути обязательств, содержащихся в Гаагской формуле.

11) В своем особом мнении к постановлению Международного Суда по делу *Вопросы, связанные с обязательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* от 20 июля 2012 года судья Юсуф также рассматривает вопрос о типологии "договоров, содержащих формулу *aut dedere aut judicare*" и разбивает их на две обширные категории⁴⁴¹. Первая кате-

Африке 1977 года; f) Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года; g) Конвенция о физической защите ядерного материала 1979 года; h) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года; i) Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года; j) Региональная конвенция Ассоциации регионального сотрудничества стран Южной Азии (СААРК) о пресечении терроризма 1987 года и Дополнительный протокол к ней 2004 года; k) Протокол 1988 года о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации; l) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 года; m) Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года; n) Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников 1989 года; o) Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц 1994 года; p) Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала 1994 года и ее Факультативный протокол 2005 года; q) Межамериканская конвенция против коррупции 1996 года; r) Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов 1997 года; s) Конвенция Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций 1997 года; t) Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 года; u) Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства 1998 года; v) Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию 1999 года; w) Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1999 года; x) Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 года; y) Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии 2000 года; z) Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 года и Протоколы к ней; aa) Конвенция Совета Европы о киберпреступности 2001 года; bb) Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 2003 года; cc) Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года; dd) Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года; ee) Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма 2005 года; ff) Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года; gg) Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии о противодействии терроризму 2007 года; hh) Протокол, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 2010 года; и ii) Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации 2010 года.

⁴⁴¹ Особое мнение судьи Юсуфа по делу *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at pp. 567-568 пункты 19–22. См. также Обзор секретариата (2010), пункт 126. См. также комментарий Бельгии, представленный Комиссии международного права в 2009 году, в котором Бельгия выделила два типа договоров: а) договоры, содержащие оговорку

гория международных конвенций включает клаузулы, которые налагают обязательство выдавать какое-либо лицо, при этом судебное преследование становится обязательством лишь после получения отказа в выдаче. Эти конвенции оформлены таким образом, что приоритет на выдачу имеет то государство, на территории которого совершено преступление. Большинство из этих конвенций не налагают каких-либо общих обязательств на государства-участники разыскивать предполагаемого правонарушителя, а преследование государством, на территории которого находится предполагаемый правонарушитель, становится обязательством лишь в том случае, если в выдаче было отказано или если существуют какие-либо факторы, такие как гражданство предполагаемого правонарушителя. Примерами этой первой категории являются пункт 22 статьи 9 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года, статья 15 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней и статья 5 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии.

Международные конвенции второй категории содержат клаузулы, налагающие обязательство осуществлять судебное преследование, при которых выдача является одним из возможных вариантов, а также клаузулы, налагающие обязательство осуществлять преследование, при которых выдача становится обязательством лишь в том случае, если государство оказывается неспособным передать дело в суд. Такие клаузулы второй категории можно найти, например, в соответствующих положениях четырех Женевских конвенций 1949 года, в пункте 1 статьи 7 Гаагской Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года и пункте 1 статьи 7 Конвенции против пыток.

12) В свете вышеизложенного Комиссия считает, что государства при разработке договоров могут сами решать, какая из договорных формул касательно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование наилучшим образом соответствует их цели в данном конкретном случае. По причине того, что в договорной практике отсутствует единообразие в формулировке, содержании и сфере охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, участие Комиссии в процессе согласования разных договорных клаузул, касающихся обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, было бы бесполезным⁴⁴².

aut dedere aut judicare и обуславливающие обязательство осуществлять судебное преследование отказом в удовлетворении просьбы о выдаче предполагаемого преступника; и b) договоры, содержащие оговорку *judicare vel dedere* и обязывающие государства осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении исполнителей тяжких преступлений, предусмотренных конвенциями, которые не обуславливают это обязательство наличием отказа в удовлетворении предшествующей просьбы о выдаче (A/CN.4/612, пункт 15), процитировано Специальным докладчиком г-ном Галицким в его четвертом докладе (A/CN.4/648, пункт 85 и сноска 56).

⁴⁴² Как говорится в Обзоре Секретариата (2010) (A/CN.4/630, пункт 153):

"...Изучение договорной практики в этой области показывает, что в разных конвенциях, регулирующих эти вопросы, степень конкретности весьма разная и что существует лишь весьма узкий круг конвенций, в которых установлены идентичные механизмы наказания преступников (в том числе в вопросе связи между выдачей и преследованием). Вариации в изложении положений, касающихся преследования и выдачи, по всей видимости, определяются рядом факторов, включая географический, институциональный и тематический контекст, в котором принималась каждая конвенция, в частности существование других конвенций в том же регионе или

13) Хотя Рабочая группа установила, что сфера охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках соответствующих конвенций должна быть проанализирована для каждого конкретного случая, она признает, что в более поздних конвенциях, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, могут просматриваться некоторые общие тенденции и общие характеристики. Одной из наиболее значимых тенденций, по-видимому, является применение "Гаагской формулы", которая служит "моделью для большинства современных конвенций о пресечении конкретных преступлений"⁴⁴³. Среди всех конвенций, которые были подготовлены в 1970 году или впоследствии, примерно три четверти конвенций придерживаются "Гаагской формулы". В конвенциях, подготовленных после 1970 года, прослеживается общая тенденция, согласно которой государство местонахождения в случае невыдачи предполагаемого правонарушителя, без исключения, передает его дело компетентному органу. Это обязательство дополняется положениями, которые требуют от государств-участников: а) квалифицировать соответствующее правонарушение в качестве уголовного преступления по своему внутреннему законодательству; б) установить юрисдикцию в отношении правонарушений, когда прослежена связь с преступлением или когда предполагаемый правонарушитель находится на территории этого государства и не подлежит выдаче; в) разработать положения относительно мер по заключению предполагаемого правонарушителя под стражу и проведению предварительного расследования; г) рассматривать правонарушение в качестве юридического основания для выдачи⁴⁴⁴. Так, в части обязательства, касающегося осуществления судебного преследования, в конвенциях подчеркивается только то, что дело должно быть передано на рассмотрение компетентного органа с целью судебного преследования. В меньшей степени оговаривается, что если государство, в котором содержится предполагаемый правонарушитель, не предпринимает в его отношении никакого судебного преследования, то он должен быть выдан без каких-либо исключений.

14) Комиссия отмечает, что в настоящее время в договорном режиме, регламентирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное решение, существуют значительные лакуны, которые, возможно, потребуются заполнить. В частности, существует недостаточно международных конвенций касательно данного обязательства в отношении большинства преступлений против человечности⁴⁴⁵, военных преступлений, отличных от серьезных нарушений, и во-

области, которые могли оказать влияние на разработку; специфические проблемы, заявленные делегациями в ходе переговоров; конкретные вопросы, обусловленные характером преступления, для борьбы с которым создается конвенция; определенная общая эволюция в разработке таких клаузул, учитывающая новые проблемы, возникшие на практике; развитие смежных областей международного права, таких как права человека и международная уголовная юстиция. Отсюда следует, что, хотя и можно выявить общие тенденции и общие характеристики в соответствующих положениях, окончательные выводы в отношении точного объема каждого положения можно делать только для каждого случая в отдельности с учетом формулировки положения, общей структуры договора, в котором оно содержится, и соответствующих подготовительных трудов".

⁴⁴³ Там же, пункт 91.

⁴⁴⁴ Там же, пункт 109.

⁴⁴⁵ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года следует Гаагской формуле и ссылается на "чрезвычайную серьезность" данного правонарушения, которое квалифицируется, в случае широкого или систематического распространения, в качестве преступления против человечности.

енных преступлений при вооруженных конфликтах, не имеющих международного характера⁴⁴⁶. В отношении геноцида можно было бы укрепить режим международного сотрудничества сверх базового режима, предусмотренного в соответствии с Конвенцией о пресечении преступления геноцида и наказании за него 1948 года. Как пояснил Международный Суд по делу *Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)*, обязательство в соответствии со статьей VI Конвенции о геноциде применяется в том смысле, что данная статья всего лишь обязывает договаривающиеся стороны устанавливать и осуществ-

Тем не менее, если не брать в учет данную Конвенцию, существует мало

международных конвенций, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, когда дело касается преступлений против человечности.

⁴⁴⁶ В основе четырех Женевских конвенций 1949 года лежит принцип установления универсальной юрисдикции в отношении серьезных нарушений Конвенций. Каждая из этих Конвенций содержит статью, описывающую, какие деяния составляют серьезные нарушения, за которой следуют положения о выдаче и судебном преследовании.

В первой и второй Женевских конвенциях эти статьи совпадают (статьи 50 и 51 соответственно). "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с одним из следующих действий, в том случае, если эти действия направлены против лиц или имущества, пользующихся покровительством настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью".

Статья 130 третьей Женевской конвенции предусматривает: "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, принуждение военнопленного служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его прав на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное данной Конвенцией".

Статья 147 четвертой Женевской конвенции гласит: "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное депортирование, перемещение и арест покровительствуемого лица, принуждение покровительствуемого лица служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его права на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное настоящей Конвенцией, взятие заложников, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью".

Четыре Конвенции и Дополнительный протокол I 1977 года не устанавливают обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, за исключением случаев серьезных нарушений. Другие международные договоры, связанные с военными преступлениями, также не содержат этого обязательства.

лять территориальную уголовную юрисдикцию, а также сотрудничать с международным уголовным судом в определенных обстоятельствах⁴⁴⁷.

b) Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

15) *Гаагская формула*. Комиссия считает решение Международного Суда по делу *Вопросы, связанные с обязательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* полезным в раскрытии некоторых аспектов, имеющих отношение к осуществлению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Постановление ограничивается анализом механизма по борьбе с безнаказанностью в рамках Конвенции против пыток. В частности, в постановлении изучается взаимосвязь между различными статьями об установлении юрисдикции (статья 5), обязательстве участвовать в предварительном расследовании (статья 6) и обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (статья 7)⁴⁴⁸. В то время как обоснование Суда относится к конкретной реализации и применению вопросов, связанных с Конвенцией, поскольку соответствующие положения Конвенции против пыток, касающиеся судебного преследования или выдачи, сформулированы по "Гаагской формуле", постановление Суда также способствует прояснению смысла режима судебного преследования или выдачи в соответствии с Гаагской конвенцией 1970 года и другими конвенциями, которые следуют той же формуле⁴⁴⁹. Поскольку Суд также постановляет, что запрет пыток является императивной нормой (*jus cogens*)⁴⁵⁰, формула осуществления судебного преследования или выдачи в соответствии с Конвенцией против пыток может служить в качестве модели для новых положений о судебном преследовании или выдаче, регулирующих другие категории основных преступлений, которые запрещены норма-

⁴⁴⁷ *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, at pp. 226-227 and 229, paras. 442, 449. Статья VI гласит: "Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в статье III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении договаривающихся сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда". Суд не исключает другие основания и в пункте 442 заявляет, что "Статья VI обязует Стороны настоящей Конвенции только устанавливать и осуществлять территориальную уголовную юрисдикцию; хотя она, конечно, не препятствует государствам наделять юрисдикцией свои уголовные суды в отношении геноцида, опираясь на критерии, совместимые с международным правом, отличные от того, где было совершено преступление, как, например, национальность обвиняемого лица, она не обязует их поступать таким образом".

⁴⁴⁸ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at pp. 450-461, paras. 71-121.

⁴⁴⁹ Суд отмечает, что статья 7, пункт 1, Конвенции против пыток основывается на похожем положении, которое содержится в Гаагской конвенции 1970 года (там же, пункт 90). Как выразился судья Донохью: "Диспозитивные пункты сегодняшнего заключения являются обязательными только для Сторон. Однако толкование Судом многостороннего договора (или обычного международного права) может иметь последствия для других государств. На далеко идущие последствия правовых вопросов, порожаемых этим делом, указывает большое число вопросов, заданных членами Суда во время устных слушаний..." (Заявление судьи Донохью в деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 590, para. 21).

⁴⁵⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 457, para. 99.

ми *jus cogens*, такие как геноцид, преступления против человечности и серьезные военные преступления.

16) Суд постановляет, что государства – участники Конвенции против пыток обязаны криминализовать пытку, установить их юрисдикцию в отношении преступления пытки, чтобы снабдить себя необходимыми правовыми инструментами для осуществления судебного преследования за данное правонарушение, а также расследовать факты сразу же после того, как подозреваемое лицо оказывается на их соответствующих территориях. Суд постановляет: "Эти обязательства в своей совокупности могут рассматриваться в качестве элементов единого механизма Конвенции, целью которого является не дать подозреваемым уйти от уголовной ответственности, если их вина доказана"⁴⁵¹. Пункт 1 статьи 7 налагает обязательство "передать дело в компетентные органы для целей судебного разбирательства", которое Суд также называет "обязательством осуществлять судебное преследование", возникающее вне зависимости от того, поступил ли предварительно запрос на выдачу подозреваемого. Тем не менее на усмотрение национальных органов власти остается решение, нужно ли возбуждать дело в свете имеющихся доказательств и соответствующих норм уголовно-процессуального права⁴⁵². В частности, Суд постановил, что "выдача – это выбор, который Конвенция предоставляет государству, в то время как судебное преследование – это международное обязательство в соответствии с Конвенцией, нарушение которого является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства"⁴⁵³. Суд также отмечает, что как в Гаагской конвенции 1970 года, так и в Конвенции против пыток делается акцент на то, "что органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства"⁴⁵⁴.

17) *Основные элементы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, которые необходимо включить в национальное законодательство.* Эффективное выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование требует принятия необходимых национальных мер по признанию соответствующих правонарушений в качестве уголовных преступлений, установлению юрисдикции в отношении данных правонарушений и лица, находящегося на территории данного государства, проведению расследования или предварительного установления фактов, задержанию подозреваемого и передаче дела органам уголовного преследования (что необязательно приводит к возбуждению дела) или по выдаче, если она была запрошена государством, обладающим необходимой юрисдикцией и способным преследовать подозреваемого в судебном порядке.

18) *Установление необходимой юрисдикции.* Установление юрисдикции является "логичным первым шагом" к исполнению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование предполагаемого преступника, находящегося на территории государства⁴⁵⁵. Для целей рассматриваемой темы, когда

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 455, para. 91. См. также pp. 451-452 and 456, paras. 74–75, 78, 94.

⁴⁵² *Ibid.*, pp. 454-456, paras. 90, 94.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 456, para. 95.

⁴⁵⁴ Статья 7, пункт 2 Конвенции против пыток и статья 7 Гаагской конвенции 1970 года, там же, пункт 90.

⁴⁵⁵ Report of the AU-EU Technical *ad hoc* Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction (8672/1/09/ Rev.1), annex, para. 11. В деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* Международный Суд отмечает, что исполнение обязательств по установлению универсальной юрисдикции местных

преступление было предположительно совершено на территории другого государства и отсутствует какая-либо связь с государством суда, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование неизбежно будет отражать осуществление универсальной юрисдикции⁴⁵⁶, которая представляет собой "юрисдикцию, позволяющую установить территориальную юрисдикцию в отношении отдельных лиц в связи с событиями, произошедшими вне его территории"⁴⁵⁷ в случаях, если ни потерпевшие, ни предполагаемые правонарушители не являются гражданами государства суда и национальным интересам данного государства, предположительно, не было нанесено никакого ущерба. Однако обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может также отражать осуществление юрисдикции на иных основаниях. Таким образом, если у государства существует другое основание для осуществления юрисдикции, универсальная юрисдикция не обязательно должна задействоваться для целей выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

Универсальная юрисдикция является ключевой составляющей уголовного преследования предполагаемых исполнителей преступления, когда лица, совершившие преступления, которые вызывают обеспокоенность международного сообщества, не подвергаются судебному преследованию по месту совершения преступления⁴⁵⁸. Ряд международных договоров, например четыре очень широко ратифицированных Женевских конвенции 1949 года и Конвенция против пыток, требуют осуществления универсальной юрисдикции в отношении правонарушений, охватываемых данными договорами, или же выдачи предполагаемых правонарушителей другому государству для судебного преследования.

19) *Задержка с принятием законодательства.* Согласно решению Суда в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* задержка с принятием необходимого

судов государствами – участниками Конвенции против пыток является необходимым условием для проведения предварительного следствия и передачи дела компетентным органам для целей уголовного преследования (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 451, para. 74).

⁴⁵⁶ По словам одного из авторов, "принцип *aut dedere aut judicare* совпадает с универсальной юрисдикцией в случае, когда единственной связью между государством и предполагаемым преступлением или подозреваемым является само присутствие данного лица на его территории". (Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Intersentia 2005), p. 122.)

⁴⁵⁷ Дело об *Ордере на арест от 11 апреля 2000 года (Демократическая Республика Конго против Бельгии)* I.C.J. Reports 2002, p. 3, Совместное особое мнение судей Хиггинс, Коэйманса и Бюргентала, стр. 75, пункт 42.

⁴⁵⁸ Следует напомнить, что "обязательство в отношении выдачи или судебного преследования" в статье 9 проекта кодекса 1996 года тесно связано с "установлением юрисдикции" по его статье 8, согласно которой каждое государство-участник должно принимать такие меры, которые могут быть необходимы для установления своей юрисдикции в отношении геноцида, преступлений против человечности, преступлений против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военных преступлений, независимо от того, где и кем были совершены эти преступления. Из комментария Комиссии к статье 8 очевидно, что предусматривается универсальная юрисдикция (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, пункт 7).

законодательства для осуществления судебного преследования подозреваемых негативно влияет на исполнение государством-участником обязательства проводить предварительное следствие и передавать дело компетентным органам для целей уголовного преследования⁴⁵⁹. Обязательство государства не ограничивается принятием законодательства. Государство должно также реально осуществлять свою юрисдикцию над подозреваемым начиная с установления фактов⁴⁶⁰.

20) *Обязательство проводить расследование.* Согласно решению Суда в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* обязательство проводить расследование состоит из нескольких элементов.

Как общее правило, обязательство проводить расследование должно истолковываться в свете объекта и цели применимого договора, заключающихся в повышении эффективности борьбы против безнаказанности⁴⁶¹.

Цель данного обязательства заключается в подтверждении обоснованности подозрений в отношении соответствующего лица⁴⁶². Исходной посылкой является установление соответствующих фактов, что представляет собой существенный этап в процессе борьбы против безнаказанности⁴⁶³.

Власти обязаны проводить расследование, как только у них появляется причина подозревать лицо, находящееся на их территории, в деяниях, влекущих за собой выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Они должны незамедлительно приступить к предварительному следствию. Это следствие должно начинаться не позднее, чем после подачи первой жалобы против данного лица⁴⁶⁴, когда установление фактов становится обязательным⁴⁶⁵.

Однако простой допрос подозреваемого с целью установления его/ее личности и уведомления о выдвинутых обвинениях не может расцениваться как исполнение обязательства проводить предварительное следствие⁴⁶⁶.

Следствие должно проводиться властями, задача которых заключается в подготовке материалов дела и сборе фактов и доказательств (например, документов и свидетельских показаний относительно рассматриваемых событий и возможной причастности подозреваемого). Речь идет о властях государства, в котором было совершено предполагаемое преступление, или любого другого государства, где были поданы жалобы, имеющие отношение к данному делу. Для выполнения своего обязательства проводить предварительное следствие государству местонахождения подозреваемого следует сотрудничать с вышеупомянутыми государствами⁴⁶⁷.

⁴⁵⁹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at pp. 451-452, paras. 76, 77.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 453, para. 84.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 454, para. 86.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 453, para. 83.

⁴⁶³ *Ibid.*, pp. 453-454, paras. 85-86.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 454, para. 88.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 454, para. 86.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, pp. 453-454, para. 85.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 453, para. 83.

Следствие, проводимое на основе принципа универсальной юрисдикции, должно осуществляться в соответствии с теми же стандартами в отношении доказательств, что и в случае, когда юрисдикция государства основана на существующей связи с рассматриваемым делом⁴⁶⁸.

21) *Обязательство осуществлять судебное преследование.* Согласно решению Суда в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* обязательство осуществлять судебное преследование состоит из нескольких элементов.

По сути обязательство осуществлять судебное преследование представляет собой обязательство по передаче дела органам уголовного преследования, оно не предполагает обязательство по возбуждению преследования. Так, в зависимости от наличия доказательств выполнение данного обязательства не всегда приводит к возбуждению дела⁴⁶⁹. Компетентные органы принимают решение о возбуждении дела согласно законодательству соответствующего государства, как и в случае с любым другим тяжким преступлением⁴⁷⁰.

Процедура, связанная с выполнением обязательства осуществлять судебное преследование, должна осуществляться безотлагательно, в максимально короткие сроки, особенно в случае, если на подозреваемого уже была подана первая жалоба⁴⁷¹.

Своевременность судебного преследования должна гарантировать защиту от несправедливости; следовательно, необходимые действия должны быть предприняты в разумные сроки⁴⁷².

22) *Обязательство выдавать.* Что касается обязательства выдавать:

Выдача может осуществляться только в государство, обладающее в том или ином качестве юрисдикцией, необходимой для того, чтобы подвергнуть предполагаемого правонарушителя уголовному преследованию в соответствии с международно-правовым обязательством, связывающим государство местонахождения данного лица⁴⁷³.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 453, para. 84.

⁴⁶⁹ Ср. также *Chili Komitee Nederland v. Pinochet*, Ct. of Appeal of Amsterdam, 4 Jan. 1995 *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997) pp. 363–365, дело, в котором Апелляционный суд подтвердил обоснованность отказа голландского прокурора от преследования бывшего чилийского президента Пиночета во время его визита в Амстердам, так как Пиночет мог обладать неприкосновенностью от судебного преследования, а все необходимые доказательства для обоснования его судебного преследования находились в Чили, с которой у Нидерландов отсутствовали соглашения о сотрудничестве в отношении уголовного судопроизводства. См. Kimberley N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism* (Oxford: Oxford University Press 2011), p. 88, fn. 132.

⁴⁷⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at pp. 454 and 456, paras. 90, 94.

⁴⁷¹ *Ibid.*, paras. 115, 117.

⁴⁷² *Ibid.*, paras. 114, 115. Cp. Separate Opinion of Judge Çancado Trindade in that case at pp. 546–548, paras. 148, 151–153; Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Sur in the same case at p. 620, para. 50; and Dissenting Opinion of Judge Xue, at p. 578, para. 28.

⁴⁷³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 461, para. 120.

Выполнение обязательства в отношении выдачи не может быть заменено высылкой, чрезвычайной выдачей или любой другой неофициальной формой отправки подозреваемого в другое государство⁴⁷⁴. Официальные просьбы о выдаче предполагают соблюдение важных гарантий защиты прав человека, которые могут отсутствовать в рамках неофициальных форм отправки подозреваемого в другое государство, например при чрезвычайной выдаче. В законодательстве о выдаче большинства, если не всех государств подразумевается соблюдение определенных требований, в том числе принципа двойной уголовной ответственности, *ne bis in idem*, *nullem crimen sine lege*, специализации и невысылки подозреваемого, обвинения против которого основаны на признаках этнической принадлежности, вероисповедания, гражданства или политических убеждений.

23) *Соответствие объекту и цели.* Предпринятые государством шаги должны толковаться в свете объекта и цели соответствующего международного договора или любого другого источника международного обязательства, связывающего данное государство, что обеспечивает повышение эффективности борьбы против безнаказанности⁴⁷⁵. Следует также напомнить о том, что в силу статьи 27 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой отражено международное обычное право, государство – участник договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора⁴⁷⁶. Кроме того, предпринимаемые шаги должны соответствовать верховенству права.

24) В случаях тяжких преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, цель обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование состоит в том, чтобы не допустить безнаказанности лиц, предположительно совершивших преступление, посредством обеспечения того, чтобы они не могли найти убежище в каком-либо государстве⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Ср. проект статьи 12 Проекта статей о высылке иностранцев, принятого Комиссией во втором чтении в 2014 году, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, глава. IV и European Court of Human Rights, *Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986, Application No. 9990/82, paras. 52–60, дело, в котором Европейский суд по правам человека постановил, что выдача, замаскированная под высылку с целью обойти требования выдачи, является противозаконной и несовместимой с правом человека на личную неприкосновенность, гарантированным статьей 5 Европейской конвенции по правам человека.

⁴⁷⁵ См. аргументацию Международного Суда в деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at pp. 453–454, paras. 85–86. В силу этих обстоятельств Суд постановляет, что финансовые трудности не могут служить оправданием для невыполнения Сенегалом своих обязательств в рамках Конвенции против пыток (*ibid.*, para. 112). Подобным же образом обращение к Африканскому союзу за консультацией не является оправданием промедления Сенегала с выполнением своих обязательств в рамках данной Конвенции (*ibid.*).

⁴⁷⁶ *Ibid.*, para. 113.

⁴⁷⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 461, para. 120. Согласно объяснению судьи Кансаду Триндаде, "...Поведение государства должно способствовать соблюдению обязательства в отношении результата (в данном случае речь идет о запрете пыток). Государство не может оправдываться тем, что, несмотря на надлежащее поведение, полное выполнение его обязательства (по запрещению пыток и судебному преследованию лиц, совершивших подобные деяния) оказалось невозможным из-за недостатков или трудностей, связанных с его внутренним правом, а Суд не может

25) *Временная сфера действия обязательства.* Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование на основании какого-либо договора распространяется только на факты, которые имели место после вступления договора в силу для указанного государства⁴⁷⁸. После присоединения государства к договору, содержащему обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, оно имеет право требовать от другого государства соблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование⁴⁷⁹. Таким образом, как только договор, содержащий обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, вступает в силу в отношении данного государства, оно должно выполнять обязательство по криминализации деяний, запрещенных данным договором, и установлению в отношении этих деяний необходимой юрисдикции⁴⁸⁰. Однако ничто не мешает государству проводить расследование или осуществлять судебное преследование в отношении совершенных деяний до вступления договора в силу для такого государства⁴⁸¹.

26) *Последствия несоблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.* В деле *Бельгия против Сенегала* Суд пришел к выводу, что нарушение международного обязательства в рамках Конвенции против пыток является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства⁴⁸². Государство считается нарушающим данное обязательство до тех пор, пока не были приняты все меры для его выполнения⁴⁸³. В статьях Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния предусматривается, что совершение международно-противоправного деяния, относимого на счет самого государства, влечет за собой юридические последствия, включая прекращение и неповторение деяния (статья 30), возмещение (статьи 31, 34–39) и контрмеры (статьи 49–54).

27) *Связь между обязательством и "третьей альтернативой".* Благодаря созданию Международного уголовного суда и различных международных уголовных трибуналов *ad hoc* государство, несущее обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование обвиняемого, может теперь прибегнуть к третьей альтернативе – передаче подозреваемого компетентному международному уголовному трибуналу⁴⁸⁴. Такая третья альтернатива оговорена в пункте 1

считать дело прекращенным из-за предполагаемого "надлежащего поведения" соответствующего государства". (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 508, para. 50 and see also his full reasoning at pp. 505–508, paras. 44–51).

⁴⁷⁸ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at pp. 457–458, paras. 100–102, со ссылкой на статью 28 Венской конвенции о праве международных договоров, которая отражает международное обычное право.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 458, paras. 103–105.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 451, para. 75.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 458, paras. 102, 105.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 456, para. 95.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 460–461, para. 117.

⁴⁸⁴ В статье 9 Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года указывается, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование в силу данной статьи "не наносит ущерба юрисдикции международного уголовного суда".

статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года⁴⁸⁵.

28) В своем несогласном мнении по делу *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* судья Сюэ высказывает мнение о том, что, если бы Сенегал выдал предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, специально образованному Африканским союзом, он не нарушил бы свое обязательство осуществлять судебное преследование по статье 7 Конвенции против пыток, поскольку целью создания подобного трибунала было бы осуществление цели Конвенции и такая выдача не запрещена ни самой Конвенцией, ни практикой государств⁴⁸⁶. Разумеется, если "иное намерение явствует из договора или установлено иным образом"⁴⁸⁷, с тем чтобы не допустить передачи предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, подобная передача не освобождает государства-участники договора от обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование данного лица согласно их соответствующими национальным правовым системам.

29) Высказывается мысль о том, что в свете растущего значения международных уголовных трибуналов эту третью альтернативу следует включать в положения новых договоров относительно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а также в национальное законодательство.

30) *Дополнительное замечание.* Государство может также пожелать выполнить обе части обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, например, путем осуществления преследования, предания суду и назначения наказания правонарушителю, а затем путем его выдачи или передачи другому государству для приведения приговора в исполнение⁴⁸⁸.

с) Пробелы в действующем договорном режиме и "третья альтернатива"

31) Как отмечалось в пункте 14) выше, Комиссия вновь отмечает, что в нынешнем договорном режиме, регулирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, существуют важные пробелы, в частности в связи с большинством преступлений против человечности, военных преступлений, не являющихся серьезными нарушениями, а также военных преступлений, совершенных в ходе немеждународного вооруженного конфликта. Кроме того, Комиссия отмечает, что она включила в свою программу работы в 2014 году тему преступлений против человечности, которая будет включать в качестве одного из элементов нового договора обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за совершение этих преступлений⁴⁸⁹. Далее она предположила, что в отношении геноцида можно было бы укрепить режим между-

⁴⁸⁵ "Государство-участник, юрисдикция которого распространяется на территорию, где было обнаружено лицо, предположительно совершившее преступление насильственного исчезновения, обязано передать дело в свои компетентные органы для целей уголовного преследования, если оно отказывается выдавать данное лицо или передавать его другому государству в соответствии с международными обязательствами государства или передавать его международному уголовному трибуналу, чью юрисдикцию он признает".

⁴⁸⁶ Dissenting Opinion of Judge Xue, at p. 582, para. 42 (несогласие по другим вопросам).

⁴⁸⁷ Статья 28 Венской конвенции о праве международных договоров.

⁴⁸⁸ Об этой возможности упомянул в своем предварительном докладе Специальный докладчик Здислав Галицкий (A/CN.4/571), пункты 49–50.

⁴⁸⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), приложение В.*

народного сотрудничества сверх режима, предусмотренного Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года⁴⁹⁰.

32) Вместо разработки ряда типовых положений для устранения пробелов в действующем договорном режиме в отношении обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование Комиссия напоминает о том, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за совершение, среди прочего, геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений уже предусмотрено статьей 9 проекта кодекса 1996 года, где сказано:

"Без ущерба для юрисдикции международного уголовного суда государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренных в статье 17 [геноцид], 18 [преступления против человечности], 19 [преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала] или 20 [военные преступления], выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование"⁴⁹¹.

33) Комиссия также ссылается на "Гаагскую формулу", приведенную в пункте 10) выше. Как отмечается в этом пункте, "Гаагская формула" послужила моделью для большинства современных конвенций, предусматривающих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование⁴⁹², включая Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции, которая упоминалась несколькими делегациями в Шестом комитете в 2013 году в качестве возможной модели устранения пробелов в договорном режиме. Кроме того, постановление Международного Суда по делу *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* помогает интерпретировать Гаагскую формулу⁴⁹³. Комиссия рекомендует государствам учитывать Гаагскую формулу при принятии мер по устранению каких-либо пробелов в действующем договорном режиме.

34) Комиссия далее отмечает, что некоторые государства⁴⁹⁴ задали вопрос о связи между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и передачей подозреваемого в международный или специальный суд или

⁴⁹⁰ Там же, приложение А, пункт 20. В исследовании института "Чатем хаус" предлагается сконцентрировать будущую работу Комиссии по этой теме на установлении договорного обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование применительно к основным международным преступлениям и взять при этом за основу механизм выдачи или осуществления судебного преследования, описанный в статье 7 *Гаагской конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов* 1970 года и включенный в *Конвенцию Организации Объединенных Наций против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания* 1984 года и совсем недавно в *Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений* 2006 года. См. Miša Zgonec-Rožej and Joanne Foakes, "International criminals: Extradite or Prosecute?", Chatham House Briefing Paper, Doc. IL BP 2013/01, Jul. 2013.

⁴⁹¹ См. также комментарий Комиссии к этой статье в документе *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, глава II.

⁴⁹² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, приложение А, пункт 16 и связанная с ним сноска 28.

⁴⁹³ Там же, пункты 21–22.

⁴⁹⁴ Таиланд, Франция и Чили.

трибунал, в то время как другие государства⁴⁹⁵ относятся к такой передаче иначе, чем к выдаче. Как отмечается в пункте 27) выше, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выполнено путем передачи предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному суду⁴⁹⁶. В пункте 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений от 2006 года содержится соответствующее положение, в котором указано:

"Если предполагаемый исполнитель [геноцида/преступления против человечности/военного преступления] обнаруживается на территории, находящейся под юрисдикцией государства-участника, и если это государство не выдает указанное лицо или не передает его другому государству в соответствии со своими международными обязательствами или международному уголовному суду, чью компетенцию оно признает, то оно направляет данное дело своим компетентным органам для уголовного преследования".

35) В соответствии с этим положением обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выполнено посредством "третьей альтернативы", которая заключалась бы в передаче государством предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу или компетентному суду, чью юрисдикцию соответствующее государство признает. Такой компетентный трибунал или суд может по своему характеру напоминать Чрезвычайные африканские палаты, созданные в судебной системе Сенегала на основе соглашения от 22 августа 2012 года между Сенегалом и Африканским союзом для осуществления судебного разбирательства по делу г-на Хабре в результате вынесения решения по делу *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*⁴⁹⁷. Такого рода "интернационализация" в рамках национальной судебной системы не уникальна. Чрезвычайные африканские палаты, будучи судом, созданным на основании соглашения между Сенегалом и Африканским союзом и предполагающим участие в их работе национальных и иностранных судей, повторяют модель чрезвычайных палат в судах Камбоджи, специального суда по Сьерра-Леоне и Специального трибунала по Ливану.

36) Вышеупомянутые примеры демонстрируют основные элементы положения, содержащего обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, и могут помочь государствам в выборе формулы, которую они считают наиболее приемлемой для конкретного контекста.

⁴⁹⁵ Канада и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

⁴⁹⁶ См. также the Council of Europe, *Extradition, European Standards: Explanatory notes on the Council of Europe convention and protocol and minimum standards protecting persons subject to transnational criminal proceedings* (Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006), где указано, что: "...в области международных уголовных судов этот принцип [aut dedere aut judicare] можно интерпретировать *lato sensu* как предполагающий обязанность государства передавать соответствующее лицо под юрисдикцию международного органа, такого как Международный уголовный суд" (*ibid.*, p. 119, footnote omitted).

⁴⁹⁷ Чрезвычайные африканские палаты уполномочены преследовать в судебном порядке лицо или лиц, несущих основную ответственность за международные преступления, совершенные в Чаде в период с 7 июня 1982 года по 1 декабря 1990 года. Как судебная камера, так и апелляционная камера состоят из двух сенегальских судей и одного несенегальского судьи, который выполняет роль председателя в ходе судебного разбирательства. См. *Statute of the Extraordinary African Chambers*, articles 3 and 11, *International Legal Materials*, vol. 52, (2013), pp. 1020–1036.

d) Выбор приоритета между обязательством осуществлять судебное преследование и обязательством выдавать и сфера охвата обязательства осуществлять судебное преследование

37) Комиссия принимает к сведению предложение, высказанное одной из делегаций⁴⁹⁸ в Шестом комитете в 2013 году, о проведении анализа этих двух аспектов этой темы. Кроме того, она отмечает предложения других делегаций⁴⁹⁹ о создании Комиссией общей концепции правонарушений, влекущих за собой выдачу, или руководящих принципов выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Она хотела бы обратить внимание на Обзор секретариата 2010 года и пункты 6)–13) выше, в которых рассматриваются эти вопросы.

38) Резюмируя, можно сказать, что, помимо основных общих характеристик, положения многосторонних конвенций, предусматривающие обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, существенно различаются по своим формулировкам, содержанию и сфере охвата. Это особенно касается налагаемых на государства условий для выдачи и осуществления судебного преследования, а также взаимосвязи между этими двумя способами действий. Хотя связь между обязательством выдавать и обязательством осуществлять судебное преследование не всегда бывает одинаковой, представляется, что соответствующие положения можно разделить на две основные категории: а) те, согласно которым обязательство осуществлять судебное преследование появляется лишь в результате отказа выдать предполагаемого правонарушителя по соответствующей просьбе, и б) те, которые налагают обязательство осуществлять судебное преследование *ipso facto* при нахождении предполагаемого правонарушителя на территории государства, которое может быть освобождено от этого обязательства в случае выдачи данного лица.

39) Договоры, содержащие положения первой категории, налагают на государства-участники (по крайней мере на тех из них, которые не имеют особой связи с правонарушением) обязательство осуществлять судебное преследование лишь в случае отказа удовлетворить запрос о выдаче, а не обязательство *ipso facto* преследовать в судебном порядке предполагаемого правонарушителя, находящегося на их территории. Они признают, что государство может отказать в удовлетворении запроса о выдаче какого-либо лица на основаниях, указанных либо в самом договоре, либо в национальном законодательстве. Однако в случае отказа в выдаче государство обязано преследовать это лицо в судебном порядке. Иными словами, эти договоры устанавливают определенный приоритет варианта выдачи и предусматривают альтернативу судебного преследования в качестве гарантии от безнаказанности⁵⁰⁰. Кроме того, инструменты этой категории могут предусматривать совершенно различные механизмы наказания правонарушителей, что может повлиять на взаимодействие между процессами выдачи и судебного преследования. В некоторых случаях существуют подробные положения о судебном преследовании за правонарушения, которые являются объектом договора, а в других случаях более подробно регулируется процесс выдачи. Международная конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков

⁴⁹⁸ Делегация Мексики.

⁴⁹⁹ Соответственно делегации Кубы и Беларуси.

⁵⁰⁰ Обзор секретариата 2010 года, пункт 132. Таким образом, эти конвенции, как представляется, идут именно тем путем, который первоначально предвидел Гуго Гроций, когда он ссылаясь на принцип *aut dedere aut punire*. Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Book II, chapter XXI, section IV (English translation by Francis W. Kelsey, Oxford/London, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925), pp. 527–529, at p. 527.

1929 года и последующие основанные на ней конвенции⁵⁰¹ принадлежат к первой категории⁵⁰². Многосторонние конвенции о выдаче также принадлежат к этой категории⁵⁰³.

40) Положения второй категории налагают на государства обязательство осуществлять судебное преследование *ipso facto*, которое возникает, как только будет подтверждено присутствие предполагаемого правонарушителя на территории соответствующего государства, независимо от наличия запроса о выдаче. Лишь когда поступает запрос о выдаче, государство может по своему усмотрению выбирать между выдачей или судебным преследованием⁵⁰⁴. Наиболее на-

⁵⁰¹ Например, *Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами* 1936 года; *Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него* 1937 года; *Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами* 1950 года; *Единая конвенция о наркотических средствах* 1961 года и *Конвенция о психотропных веществах* 1971 года. См. также Обзор Секретариата 2010 года, пункт 29.

⁵⁰² Общая структура механизма наказания правонарушителей в этих конвенциях основана на идее о том, что государство, на территории которого было совершено преступление, будет просить о выдаче преступника, бежавшего в другое государство, и что, в принципе, этот запрос о выдаче должен быть удовлетворен. Вместе с тем эти конвенции признают, что государства могут быть не в состоянии выдать это лицо в некоторых случаях (прежде всего, когда это лицо является их гражданином или они предоставили ему убежище), и предусматривают обязательство осуществлять судебное преследование в качестве альтернативы. Обзор Секретариата 2010 года, пункт 133 и сноска 327 с цитатой Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité* (Basel/Geneva/Munich/Brussels, Helbing&Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000), p. 286, который квалифицирует эту систему как *primo dedere secundo prosequi*.

⁵⁰³ Например, *Межамериканская конвенция о выдаче* 1981 года; *Европейская конвенция о выдаче* 1957 года; *Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области* 1961 года (*Convention générale de coopération en matière de justice*); *Конвенция о выдаче Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС)* 1994 года и *Лондонская схема экстрадиции в рамках Содружества*. Эти конвенции основаны на общем обязательстве государств-участников передавать друг другу всех лиц, против которых компетентные органы запрашивающей стороны осуществляют преследование или которые разыскиваются для применения наказания или во исполнение ордера на арест. Однако на это обязательство осуществлять выдачу распространяется целый ряд исключений, особенно в случае, когда лицо, которое просят выдать, является гражданином запрашиваемого государства. В этих конвенциях предусматривается альтернативное обязательство осуществлять преследование предполагаемого правонарушителя, когда в его выдаче отказано, в качестве механизма для недопущения безнаказанности. См. также Обзор Секретариата 2010 года, пункт 134.

⁵⁰⁴ Обзор Секретариата 2010 года, пункт 127 и сноска 307. К лицам, считающим, что обвиняемый должен находиться на территории соответствующего государства в качестве предварительного условия для констатации универсальной юрисдикции, относятся судьи Хиггинс, Койманс и Бюргенталь (*Joint Separate Opinion in Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2002, p. 80, para. 57). См. также *Separate Opinion of Judge Guillaume*, *ibid.*, para. 9 и Gilbert Guillaume, "Terrorisme et droit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 215, 1990, pp. 368–369. Однако Марк Хензелин (сноска 502 выше, стр. 354 англ. текста) утверждает, что наличие предполагаемого правонарушителя на территории государства не обязательно для его судебного преследования согласно соответствующему положению Женевских конвенций 1949 года.

глядным примером положений этой категории является соответствующая общая статья Женевских конвенций 1949 года, которая предусматривает, что каждое государство-участник "обязуется передавать" лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить серьезные нарушения этих Конвенций, каково бы ни было их гражданство, своему суду, однако "сможет также, если... этого пожелает", передавать таких лиц для судебного разбирательства другому соответствующему государству-участнику⁵⁰⁵. Что касается Гаагской формулы, то ее формулировка не позволяет однозначно решить вопрос о том, возникает ли обязательство осуществлять судебное преследование *ipso facto* или только после того, как была получена и не была удовлетворена просьба о выдаче⁵⁰⁶. В этой связи показательными являются выводы Комитета против пыток и Международного Суда по делу *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* в отношении аналогичного положения, содержащегося в статье 7 Конвенции против пыток 1984 года⁵⁰⁷. Комитет против пыток объяснил:

"...обязательство преследовать в судебном порядке лицо, подозреваемое в совершении актов пыток, не зависит от предварительного получения ходатайства о выдаче такого лица. Такая альтернатива, которой располагает государство-участник в соответствии со статьей 7 Конвенции, возникает лишь тогда, когда подобная просьба о выдаче была действительно направлена, и она соответственно предоставляет государству-участнику возможность выбора между: а) проведением упомянутой выдачи или

⁵⁰⁵ Хотя это положение, как представляется, устанавливает определенный приоритет в пользу преследования со стороны государства местонахождения, в нем также признается, что это государство может по своему усмотрению выбрать вариант выдачи, при условии что запрашивающее государство представило доводы *prima facie*. Обзор Секретариата 2010 года, пункт 128, цитирующий Declan Costello, "International Terrorism and the Development of the Principle Aut Dedere Aut Judicare", *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, p. 486; M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995), p. 15; и Christian Maierhöfer, "Aut dedere – aut iudicare". *Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung* (Berlin, Duncker & Humblot, 2006), pp. 75–76. Что касается авторов, которые подчеркивают приоритет преследования в Женевских конвенциях 1949 года, см.: Luigi Condorelli, "Il sistema della repressione dei crimini di Guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo protocollo addizionale del 1977", in P. Lamberti Zanardi & G. Venturini, eds., *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15-17 maggio 1997* (Milan, Giuffrè, 1998), pp. 35-36; и Henzelin, цит. выше, стр. 353 англ. текста (он считает, что в Женевских конвенциях 1949 года закреплена модель *primo prosequi secundo dedere*). Ср. также с пунктом 2 статьи 88 *Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям* 1949 года, в соответствии с которым государства-участники "надлежащим образом учитывают просьбу государства, на территории которого якобы было совершено данное правонарушение", что подразумевает идею желательности преследования со стороны последнего государства.

⁵⁰⁶ В статье 7 *Гаагской конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов* 1970 года указано, что "Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не выдает его, обязано... передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования".

⁵⁰⁷ В статье 7 указано: "Государство-участник, на территории которого, находящейся под его юрисдикцией, обнаружено лицо, подозреваемое в совершении любого из преступлений, указанных в статье 4, в случаях, предусмотренных в статье 5, если оно не выдает преступника, передает данное дело своим компетентным властям для судебного преследования".

b) передачей данного дела своим собственным судебным органам для возбуждения судебного преследования, ибо цель этого положения заключается в предотвращении безнаказанности любых лиц, совершивших акты пыток"⁵⁰⁸.

41) Аналогичным образом в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* Международный Суд интерпретировал пункт 1 статьи 7 как требующий

"от государств-участников передать дело своим компетентным органам в целях возбуждения уголовного преследования независимо от наличия предварительной просьбы о выдаче подозреваемого лица. Вот почему в соответствии с пунктом 2 статьи 6 государство должно провести предварительное расследование сразу же после того, как подозреваемое лицо оказывается на его соответствующей территории. Обязательство передавать дело компетентным органам, предусмотренное пунктом 1 статьи 7, в зависимости от имеющихся у них доказательств, связанных с обвинениями, выдвинутыми в отношении подозреваемого, может приводить или не приводить к возбуждению дела.

Однако, если государство, на территории которого находится подозреваемое лицо, получило просьбу о выдаче в любых случаях, предусмотренных положениями Конвенции, оно может освободить себя от обязательства осуществлять судебное преследование путем удовлетворения этой просьбы..."⁵⁰⁹.

42) Таким образом, из этого следует, что выбор между выдачей и передачей для судебного преследования в соответствии с Конвенцией не означал, что два этих варианта равноценны. Выдача предлагалась государству по Конвенции в качестве одного из вариантов действий, а осуществление судебного преследования было предусмотренным Конвенцией обязательством, нарушение которого являлось противоправным действием, влекущим за собой ответственность государства⁵¹⁰.

43) Что касается проекта кодекса Комиссии 1996 года, то статья 9 предусматривает, что государство-участник, на территории которого находится лицо, которое, как предполагается, совершило эти преступления "выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование". В комментарии к статье 9 разъясняется, что обязательство осуществлять судебное преследование возникает независимо от какой-либо просьбы о выдаче⁵¹¹.

⁵⁰⁸ *Генгенг и др. против Сенегала*, Решение по существу Комитета против пыток в соответствии со статьей 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, тридцать шестая сессия, документ ООН CAT/C/36/D/181/2001 от 19 мая 2006 года, пункт 9.7.

⁵⁰⁹ В деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 456, paras. 94–95.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 456, para. 95.

⁵¹¹ Государство местонахождения обязано "принять меры для обеспечения того, чтобы такое лицо преследовалось в судебном порядке либо национальными властями этого государства, либо другим государством, заявившем, что оно намерено возбудить дело путем направления просьбы о выдаче". Para. 3 of the commentary to art. 9, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II (Part Two), p. 31. Следует также отметить комментарий к статье 8 (в соответствии с которым каждое государство-участник "принимает такие меры, какие могут быть необходимы для установления своей

44) Сфера применения обязательства осуществлять судебное преследование уже подробно рассматривалась в пунктах 21)–26) выше.

е) Взаимосвязь между обязательствами выдавать или осуществлять судебное преследование и обязательствами erga omnes или нормами jus cogens

45) Комиссия отмечает, что одна из делегаций⁵¹² в Шестом комитете подняла вопрос о влиянии принципа aut dedere aut judicare на международную ответственность, когда он связан с обязательствами erga omnes или нормами jus cogens, такими как запрещение пыток. Эта делегация предложила проанализировать следующие вопросы: а) в отношении кого существует обязательство; б) кто может направлять просьбу о выдаче; и с) кто с юридической точки зрения заинтересован в том, чтобы сослаться на международную ответственность государства в случае нарушения им своего "обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать".

46) Несколько членов Комиссии отметили, что эта область, скорее всего, касается толкования обычных норм. Высказывания Международного Суда в этой связи по делу *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* должны восприниматься с учетом особого контекста этого конкретного дела. В этом случае Суд пришел к выводу о том, что объект и цель Конвенции против пыток предусматривают "обязательства erga omnes partes", в соответствии с которыми у каждого государства-участника есть "общая заинтересованность" в выполнении этих обязательств, и, следовательно, каждое государство-участник имеет право предъявить требование о прекращении предполагаемого нарушения другим государством-участником⁵¹³. Вопрос о jus cogens не является здесь центральным. Как понимает Комиссия, Суд говорил о том, что, пока государства являются участниками Конвенции против пыток, они имеют общую заинтересованность в предупреждении пыток и обеспечении того, чтобы в случае их совершения виновные не остались безнаказанными.

47) Другие договоры, даже если они и не предусматривают норм jus cogens, могут также приводить к возникновению обязательств erga omnes. Другими словами, все государства-участники могут с юридической точки зрения быть заинтересованы в том, чтобы задействовать международную ответственность государства-участника в случае нарушения им своего обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать.

48) Государством, которое может обратиться с просьбой о выдаче, как правило, является государство-участник соответствующей конвенции или государство, у которого есть взаимные обязательства/договоренности с запрашиваемым государством и которое обладает юрисдикцией в отношении этого преступления, желает и способно преследовать предполагаемого правонарушителя в су-

юрисдикции" в отношении преступлений, указанных в проекте кодекса, "независимо от того, где и кем были совершены эти преступления").

⁵¹² Делегация Мексики.

⁵¹³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at pp. 449-450, paras. 67-70. См. также Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 527-529, paras. 104-108, и Declaration of Judge Donoghue, pp. 586-589, paras. 9-17. Ср. также с Dissenting Opinion of Judge Xue, pp. 571-577, paras. 2-23, и Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Sur, pp. 608 and 610-611, paras. 13, 19-20. Ср. также с Separate Opinion of Judge Skotnikov, pp. 482-485, paras. 9-22.

дебном порядке и соблюдает применимые международные нормы защиты прав человека обвиняемого лица⁵¹⁴.

f) Статус обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве

49) Комиссия отмечает, что несколько делегаций в Шестом комитете высказали мнение, что обычное международное право не предусматривает обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а другие считали, что Комиссии стоит продолжить рассматривать вопрос о статусе обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в международном обычном праве⁵¹⁵.

50) Можно напомнить, что в 2011 году тогдашний Специальный докладчик Галицкий в своем четвертом докладе предложил проект статьи о международном обычае как источнике обязательства *aut dedere aut judicare*⁵¹⁶.

51) Однако проект этой статьи не получил положительной оценки ни в Комиссии⁵¹⁷, ни в Шестом комитете⁵¹⁸. Было выражено общее несогласие с выводом о том, что обычно-правовой характер обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование может быть выведен из существования обычных норм, запрещающих конкретные международные преступления.

⁵¹⁴ См., например, сноску 496 выше, Council of Europe, Chap. 4: Material human rights guarantees as limitations to extradition; Danai Azaria, *Code of Minimum Standards of Protection to Individuals Involved in Transnational Proceedings*, Report to the Committee of Experts on Transnational Criminal Justice, European Committee on Crime Problems, Council of Europe, PC-TJ/Docs 2005/PC-TJ (2005) 07 E. Azaria], Strasbourg, 16 Sept. 2005.

⁵¹⁵ A/CN.4/666, пункт 60.

⁵¹⁶ A/CN.4/648, пункт 95. Проект статьи гласит следующее:

"Статья 4

Международный обычай как источник обязательства *aut dedere aut judicare*

1. Каждое государство обязано либо выдать, либо осуществить судебное преследование предполагаемого правонарушителя, если такое обязательство вытекает из обычной нормы международного права.

2. Такое обязательство может вытекать, в частности, из обычных норм международного права, касающихся [серьезных нарушений международного гуманитарного права, геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений].

3. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование вытекает из императивной нормы общего международного права, принятой и признанной международным сообществом государств (*jus cogens*) в форме международного договора либо международного обычая, по которым любые лица, совершившие деяния, указанные в пункте 2, признаются преступниками".

⁵¹⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 320–326.

⁵¹⁸ В частности, некоторые государства не согласились с выводом о том, что обычно-правовой характер обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование может быть автоматическим следствием наличия обычных норм, запрещающих конкретные международные преступления. *Тематическое резюме обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят шестой сессии, подготовленное Секретариатом (A/CN.4/650)*, пункт 48. См. также позиции Аргентины и Российской Федерации, изложенные соответственно в пункте 58 документа A/C.6/62/SR.22 и пункте 54 документа A/CN.4/599.

52) Определение того, стало ли или становится ли обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование нормой обычного международного права или по крайней мере регионального обычного права, может помочь обозначить, кодифицирует ли предлагаемый Комиссией проект статьи нормы международного права или представляет собой прогрессивное развитие этих норм. Однако, поскольку Комиссия решила не представлять итоговый документ работы Комиссии по этой теме в качестве проекта статей, она сочла нецелесообразным разрабатывать альтернативы формуле, предложенной г-ном Галицким.

53) Комиссия хотела бы четко заявить, что вышесказанное не следует толковать как вывод о том, что она пришла к выводу, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование еще не стало и не становится нормой международного обычного права, будь то общего или регионального.

54) Когда Комиссия утвердила проект кодекса в 1996 году, содержащееся в нем положение об обязательстве выдавать и осуществлять судебное преследование представляло собой прогрессивное развитие международного права, как поясняется в пункте 3) выше. После завершения проекта кодекса в международном праве могли произойти дальнейшие изменения, отражающие практику государства и *opinio juris* в этой связи.

55) Комиссия отмечает, что в 2012 году в деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* Международный Суд постановил, что он не компетентен рассматривать утверждения Бельгии о предполагаемых нарушениях Сенегалом обязательств по международному обычному праву, поскольку на момент обращения Бельгии в Суд спор между Бельгией и Сенегалом не был связан с нарушениями обязательств по международному обычному праву⁵¹⁹. Следовательно, у Суда еще не было возможности определить, составляет ли или не составляет обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование часть международного обычного права⁵²⁰.

⁵¹⁹ *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, paras. 53–55, 122 (2), вместе с несогласным мнением по этому вопросу судьи Абрахама и судьи *ad hoc* Сюра (*ibid.*, Separate Opinion of Judge Abraham, pp. 471–476, paras. 3–20; Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Sur, p. 610, para. 17).

⁵²⁰ Судья Абрахам и судья *ad hoc* Сюр пришли к выводу о том, что Суд при наличии у него соответствующей юрисдикции не поддержал бы утверждение Бельгии о наличии в соответствии с международным обычным правом обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. В своем особом мнении судья Абрахам пришел к выводу об отсутствии достаточных доказательств, основанных на государственной практике и *opinio juris*, наличия обычного обязательства для государств преследовать в своих национальных судах лиц, подозреваемых в совершении военных преступлений или преступлений против человечности на основе универсальной юрисдикции, даже в том случае, если подозреваемый находится на территории государства суда (*ibid.*, Separate Opinion of Judge Abraham, pp. 611–617, paras. 21, 24–25, 31–39). В своем несогласном мнении судья *ad hoc* Сюр заявил, что, несмотря на молчание Суда или, возможно, из-за такого молчания, "кажется очевидным, что существование обычного обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать или даже просто осуществлять судебное преследование не может быть установлено в позитивном праве" (*ibid.*, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Sur, p. 610, para. 18). В отличие от них в своих особых мнениях судья Кансаду Триндаде (*ibid.*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 544, para. 143) и судья Себутинде (*ibid.*, Separate Opinion of Judge Sebutinde, p. 604, paras. 41–42) подчеркнули, что Суд лишь

g) Другие по-прежнему актуальные вопросы Общих рамок 2009 года

56) Комиссия отмечает, что Общие рамки 2009 года⁵²¹ по-прежнему упоминаются в Шестом комитете⁵²² как актуальный элемент работы Комиссии по этой теме.

постановил, что он не обладает юрисдикцией для рассмотрения по существу вопросов обычного международного права с учетом представленных по этому делу фактов. В любом случае любое упоминание наличия или отсутствия предусмотренного обычным правом обязательства в деле *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* касалось обязательства в случае преступлений против человечности и военных преступлений, совершенных в ходе внутренних вооруженных конфликтов. Речь не шла об этом обязательстве в контексте геноцида, военных преступлений, совершенных в ходе международных вооруженных конфликтов, или других преступлений международного значения, таких как терроризм.

⁵²¹ Для удобства здесь воспроизводятся Общие рамки 2009 года. Они гласят:

Перечень подлежащих рассмотрению вопросов/проблем

a) Правовые основы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

- i) Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и обязанность сотрудничать в борьбе против безнаказанности;
- ii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках существующих договоров: типология договорных положений; различия и сходства соответствующих положений и их эволюция (см., в частности, конвенции о терроризме);
- iii) имеет ли и в какой степени обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование базу в рамках международного обычного права*;
- iv) связано ли обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование непосредственно с некоторыми конкретными "преступлениями по обычному праву" (например, с пиратством)*;
- v) можно ли определить региональные принципы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование*.

b) Материальная сфера обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

Определение категорий преступлений (например, преступлений по международному праву; преступлений против мира и человечности; преступлений международного характера; других серьезных преступлений), охватываемых обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование в соответствии с договорным и/или обычным международным правом:

- i) является ли признание преступного деяния в качестве международного преступления достаточным основанием для существования обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование по международному обычному праву*;
- ii) если нет, то каков/каковы отличительный критерий/отличительные критерии? Актуальность характера *jus cogens* правила, криминализирующего определенное поведение*?
- iii) существует ли и в какой степени данное обязательство по отношению к преступлениям в рамках национального закона?

c) Содержание обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

- i) Определение двух элементов; значение обязательства осуществлять судебное преследование; шаги, которые следует предпринять для того, чтобы судебное преследование считалось "достаточным"; вопрос о своевременности судебного преследования;
- ii) имеет ли значение порядок этих двух элементов;

- iii) имеет ли один элемент приоритет над другим – право свободной оценки (*pouvoir discrétionnaire*) запрашиваемого государства?

d) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами

- i) Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип универсальной юрисдикции (обязательно ли одно предполагает другое?);
- ii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и общий вопрос о "правооснованиях" на осуществление юрисдикции (территориальность, гражданство);
- iii) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принципы *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege***;
- iv) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип *non bis in idem* (двойной риск)**;
- v) обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование и принцип невыдачи граждан**;
- vi) что происходит в случае коллизии принципов (например, между невыдачей граждан и невозможностью предъявления обвинений по нормам национального законодательства между препятствиями для судебного преследования и рисками для обвиняемого подвергнуться пыткам или при отсутствии надлежащей правовой процедуры в государстве, в которое предполагается осуществить выдачу?); конституционных ограничений**.

e) Условия приведения в действие обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

- i) Присутствие предполагаемого правонарушителя на территории государства;
- ii) наличие юрисдикции государства в отношении соответствующего преступления;
- iii) наличие запроса о выдаче (уровень требуемых формальностей); связь с правом на высылку иностранцев;
- iv) наличие/последствия предыдущего запроса о выдаче, который был отклонен;
- v) стандарт доказательств (в какой мере должен быть подкреплён запрос о выдаче);
- vi) наличие обстоятельств, которые могут исключить осуществление обязательства (например, политические преступления или политический характер запроса о выдаче; чрезвычайные ситуации; иммунитет).

f) Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

- i) Соответствующие роли судебной и исполнительной властей;
- ii) как примирить обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование с дискреционными полномочиями осуществляющих судебное преследование властей;
- iii) влияет ли наличие доказательств на осуществление обязательства;
- iv) как поступать с множественными запросами о выдаче;
- v) гарантии в случае выдачи;
- vi) следует ли содержать под стражей предполагаемого правонарушителя до вынесения решения о его или ее выдаче или привлечении к суду; или существуют какие-либо другие возможности для ограничения свободы?
- vii) контроль за осуществлением обязательства;
- viii) последствия несоблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

g) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и выдачей предполагаемого правонарушителя компетентному международному уголовному трибуналу ("третья альтернатива")

57) В Общих рамках 2009 года был рассмотрен ряд вопросов, связанных с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование, которые охвачены в предыдущих пунктах, однако некоторые вопросы рассмотрены не были, а именно: связь этого обязательства с принципами *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege* и принципом *non bis in idem* (двойная ответственность); последствия коллизии между различными принципами (например, между невыдачей граждан и невозможностью предъявления обвинений по нормам национального законодательства; между препятствиями для судебного преследования и рисками для обвиняемого подвергнуться пыткам или ненадлежащему судебному процессу в государстве, в которое предполагается осуществить выдачу); конституционные ограничения; наличие обстоятельств, которые могут исключить осуществление этого обязательства (например, политические преступления или политический характер просьбы о выдаче; чрезвычайные ситуации; различные виды иммунитета); проблема множественных просьб о выдаче; гарантии в случае выдачи и другие вопросы, связанные с выдачей в целом.

58) Комиссия отмечает, что Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности разработало в 2004 году Типовой закон о выдаче, который охватывает большинство из этих вопросов⁵²³. В Обзоре Секретариата 2010 года также объясняется, что многосторонние конвенции о выдаче обычно предусматривают условия, применимые к процессу выдачи⁵²⁴. Практически все эти конвенции предусматривают, что выдача осуществляется в соответствии с условиями, указанными в законодательстве запрашиваемого государства. Могут быть основания для отказа, которые связаны с преступлением (например, истечение срока давности, неспособность удовлетворить требования, касающиеся двойной уголовной ответственности, норма специальности, *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege* или *non bis in idem*, или тот факт, что совершение преступления влечет за собой смертную казнь в запрашивающем государстве) или не совсем связаны с ним (например, предоставление политического убежища соответствующему лицу или наличие гуманитарных причин для отказа в выдаче). Степень применения особых условий выдачи разнится по ряду факторов, таких как конкретные озабоченности, высказанные в ходе перегово-

В какой мере "третья альтернатива" влияет на две другие.

[*Как представляется, окончательное решение этих вопросов станет возможным лишь на более позднем этапе, в частности после проведения досконального анализа сферы охвата и содержания обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках существующих договорных режимов. Кроме того, возможно было бы целесообразным изучить обычную природу данного обязательства в связи с конкретными преступными деяниями.

** Этот вопрос, возможно, следует рассмотреть также в связи с осуществлением обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование (f).]

⁵²² В ходе прений Шестого комитета в 2012 году Австрия, Вьетнам и Нидерланды назвали Общие рамки 2009 года ценным дополнением к работе Комиссии. По мнению Нидерландов, работа Комиссии должна в конечном итоге привести к представлению проекта статей на основе Общих рамок. В ходе прений в Шестом комитете в 2013 году Австрия подтвердила полезность Общих рамок 2009 года для работы нынешней Рабочей группы.

⁵²³ Доступно по адресу http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf. См. также Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, доступно по адресу http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf (просмотрено 3 июня 2014 года).

⁵²⁴ Обзор Секретариата 2010 года, пункт 139.

воров (например, невыдача граждан, применение или неприменение положений о политических или финансовых оговорках), особый характер преступления (например, риск отказа в выдаче на основании политического характера преступления в отношении отдельных преступлений представляется более высоким) и внесение изменений, учитывающих проблемы, которые в прошлом могли быть упущены (например, возможная несущественность оснований запроса о выдаче или защита прав предполагаемого преступника), или учитывающих новые изменения или смену обстановки⁵²⁵.

59) Взаимосвязь между обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование и другими принципами, перечисленными в Общих рамках 2009 года, предусмотрена не только в нормах международного права, но и в конституционном праве и национальном законодательстве соответствующих государств. Какими бы ни были условия, предусмотренные национальным законодательством или договором о выдаче, они не должны применяться недобросовестно и ограждать предполагаемого правонарушителя от судебного преследования или выдачи уголовному суду соответствующего государства. В случае основных преступлений объект и цель соответствующего национального законодательства и/или применимого договора направлены на недопущение того, чтобы виновные в совершении таких преступлений оставались безнаказанными, и подразумевают, что такие преступления никогда не могут считаться политическими, а совершенные их лица – освобождаться от выдачи⁵²⁶.

⁵²⁵ Там же, пункт 142.

⁵²⁶ Удачным примером в этой связи служит статья 1 Дополнительного протокола от 15 октября 1975 года к Европейской конвенции 1957 года о выдаче, которая гласит:

"Для целей применения статьи 3 [о политических преступлениях]

Конвенции следующие преступления не считаются политическими преступлениями:

а) преступления против человечества, указанные в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 9 декабря 1948 года;

б) нарушения, указанные в статье 50 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1949 года, статье 51 Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море 1949 года, статье 130 Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1949 года и статье 147 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 года;

с) любые сравнимые нарушения законов войны, действующих при вступлении настоящего Протокола в силу, и обычаев войны, существующих на это время, которые еще не предусмотрены вышеупомянутыми положениями Женевских конвенций" (*Council of Europe Treaty Series No 086*).

Глава VII

Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров

А. Введение

66. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Договоры сквозь призму времени" и создать на своей шестидесяти первой сессии Исследовательскую группу по этой теме⁵²⁷. На своей шестидесяти первой сессии (2009 год) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме "Договоры сквозь призму времени" под председательством г-на Георга Нольте. На этой сессии обсуждение в Исследовательской группе было посвящено в основном определению вопросов, которые предстоит охватить, методам работы Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по данной теме⁵²⁸.

67. В период между шестидесяти второй и шестидесяти четвертой сессиями (2010–2012 годы) Исследовательская группа была вновь созвана под председательством г-на Георга Нольте. Исследовательская группа рассмотрела три доклада, неофициально представленные Председателем, которые касались соответственно соответствующей судебной практики Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции⁵²⁹; судебной практики в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики⁵³⁰, и последующих соглашений и последующей практики государств вне судебных и квазисудебных процедур⁵³¹.

68. На своей шестидесяти четвертой сессии (2012 год) на основе рекомендации Исследовательской группы⁵³² Комиссия также постановила: а) изменить начиная со своей шестидесяти пятой сессии (2013 год) формат своей работы по данной теме, как это было предложено Исследовательской группой; и б) назна-

⁵²⁷ На ее 2997-м заседании 8 августа 2008 года. См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят третья сессия, Дополнение № 10* (A/63/10), пункт 353. Краткое изложение темы см. там же, приложение А. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года приняла к сведению это решение.

⁵²⁸ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункты 220–226.

⁵²⁹ Там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10* (A/65/10), пункты 344–354; и там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), пункт 337.

⁵³⁰ Там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), пункты 338–341; и *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 230–231.

⁵³¹ Там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 232–234. На шестидесяти третьей сессии (2011 год) Председатель Исследовательской группы представил девять предварительных выводов, измененных с учетом обсуждений в Исследовательской группе (там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), пункт 344). На шестидесяти четвертой сессии (2012 год) Председатель представил тексты шести дополнительных предварительных выводов, также измененных с учетом обсуждений в Исследовательской группе (там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункт 240). Исследовательская группа обсудила формат, в котором следует продолжать дальнейшую работу по данной теме, и возможные результаты работы. Ряд предложений были сформулированы Председателем и согласованы Исследовательской группой (там же, пункты 235–239).

⁵³² Там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 226 и 239.

чить г-на Георга Нольте Специальным докладчиком по теме "Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров"⁵³³.

69. На шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/660) и приняла в предварительном порядке пять проектов выводов⁵³⁴.

В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

70. На нынешней сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), который она рассмотрела на своих 3205–3209-м заседаниях 15–22 мая 2014 года.

71. В своем втором докладе Специальный докладчик рассмотрела следующие аспекты данной темы: установление последующих соглашений и последующей практики (раздел II); возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования договоров (раздел III); форма и значение последующей практики согласно пункту 3 b) статьи 31 (раздел IV); условия для "соглашения" сторон относительно толкования договора согласно пункту 3 статьи 31 (раздел V); решения, принятые в рамках Конференций государств-участников (раздел VI); и возможные рамки для толкования последующих соглашений и последующей практики (раздел VII). Доклад также содержал некоторые сведения о будущей программе работы (раздел VIII). Специальный докладчик предложила проект вывода, соответствующий каждому из вопросов, рассматриваемых в разделах II–VII⁵³⁵.

⁵³³ Там же, пункт 227.

⁵³⁴ Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункты 33–39. Комиссия приняла в предварительном порядке проекты выводов 1 (Общее правило и средства толкования договоров); 2 (Последующие соглашения и последующая практика как аутентичные средства толкования); 3 (Толкование терминов договора как способных менять свое значение с течением времени); 4 (Определение последующего соглашения и последующей практики); и 5 (Присвоение последующей практики).

⁵³⁵ Тексты шести проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком, являются следующими:

Проект вывода 6

Установление последующих соглашений и последующей практики

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 и статье 32 требует тщательного рассмотрения вопроса о том, в частности, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или руководствуются другими соображениями.

Проект вывода 7

Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1) Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 и статье 32 могут содействовать прояснению смысла договора, в частности путем сужения или расширения диапазона возможных толкований или путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.

2) Значение последующего соглашения или последующей практики как средства толкования может, в частности, зависеть от их специфики.

Проект вывод 8

Формы и значение последующей практики согласно пункту 3 b) статьи 31

Последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участников относительно

72. На своем 3209-м заседании 22 мая 2014 года Комиссия передала проекты выводов 6–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет.

73. На своем 3215-м заседании 5 июня 2014 года Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке пять проектов выводов (см. раздел C.1 ниже).

74. На своих 3239–3240-м заседаниях 6 августа 2014 года Комиссия приняла комментарии к проектам выводов, принятым в предварительном порядке на нынешней сессии (см. раздел C.2 ниже).

толкования договора. Ее значение как средства толкования зависит от той степени, в которой она является согласующейся, общей и последовательной.

Проект вывода 9

Соглашение участников относительно толкования договора

- 1) Не требуется, чтобы соглашение по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31 было достигнуто в какой-либо конкретной форме или чтобы оно имело обязательную силу как таковое.
- 2) Соглашение по смыслу пункта 3 b) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может означать принятие последующей практики в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.
- 3) Общее последующее соглашение или практика не обязательно свидетельствуют о соглашении между участниками относительно толкования договора, но вместо этого может означать их соглашение временно не применять этот договор или создать практический механизм (*modus vivendi*).

Проект вывода 10

Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников

- 1) Конференцией государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещание государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.
- 2) Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 или статьи 32.
- 3) Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику по смыслу пункта 3 статьи 31 в той мере, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения.

Проект вывода 11

Рамки для толкования последующих соглашений и последующей практики

- 1) Рамки для толкования последующих соглашений или последующей практики как аутентичных средств толкования по смыслу пункта 3 статьи 31 могут быть широкими.
- 2) Предполагается, что участники договора посредством последующего соглашения или последующей практики намерены толковать договор, а не изменять его. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

С. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, принятый Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят шестой сессии

1. Текст проектов выводов

75. Текст проектов выводов, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Вывод 6

Установление последующих соглашений и последующей практики

1. Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора. Как правило, это не происходит в том случае, если участники просто договорились временно не применять договор или договорились создать практический механизм (*modus vivendi*).
2. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 могут принимать различные формы.
3. Установление последующей практики согласно статье 32 требует, в частности, определения того, идет ли речь о поведении одного или нескольких участников при применении договора.

Вывод 7

Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 содействуют, взаимодействуя с другими средствами толкования, прояснению смысла договора. Это может приводить к сужению, расширению или иному определению диапазона возможных толкований, включая любые рамки, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.
2. Последующая практика согласно статье 32 может также содействовать прояснению смысла договора.
3. Предполагается, что участники договора, в силу достигнутого впоследствии соглашения или практики при применении договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной. Настоящий проект вывода не затрагивает правила о внесении поправок или об изменении договоров в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров и в соответствии с обычным международным правом.

Вывод 8**Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования**

1. Значение последующего соглашения или последующей практики как средства толкования согласно пункту 3 статьи 31 зависит, в частности, от их ясности и специфики.
2. Кроме того, значение последующей практики согласно пункту 3 b) статьи 31 зависит от того, повторяется ли она, и если да, то каким образом.
3. Значение последующей практики как дополнительного средства толкования согласно статье 32 может зависеть от критериев, указанных в пунктах 1 и 2.

Вывод 9**Соглашение участников относительно толкования договора**

1. Соглашение по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, о котором известно участникам и с которым они согласны. Хотя оно должно быть принято во внимание, такое соглашение не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу.
2. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.

Вывод 10**Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников**

1. Конференция государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.
2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и любых применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе, в ясной форме или имплицитно, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 или последующей практики по смыслу статьи 32. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников, часто предоставляют неэсклюзивный ряд практических вариантов для имплементации договора.
3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику согласно пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе путем консенсуса.

2. Текст проектов выводов с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии

76. Текст проектов выводов с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Вывод 6

Установление последующих соглашений и последующей практики

1. Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора. Как правило, это не происходит в том случае, если участники просто договорились временно не применять договор или договорились создать практический механизм (*modus vivendi*).
2. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 могут принимать различные формы.
3. Установление последующей практики согласно статье 32 требует, в частности, определения того, идет ли речь о поведении одного или нескольких участников при применении договора.

Комментарий

- 1) Проект вывода 6 призван указать на необходимость установления последующих соглашений и последующей практики, служащих средствами толкования.
- 2) Первое предложение пункта 1 напоминает о том, что в контексте подпунктов а) и б) пункта 3 статьи 31 для установления последующих соглашений и последующей практики необходимо уделить особое внимание вопросу о том, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или они руководствовались другими соображениями.
- 3) Последующие соглашения согласно пункту 3 а) статьи 31 должны быть "относительно толкования договора или применения его положений", а последующая практика согласно пункту 3 б) статьи 31 должна относиться к "применению договора" и тем самым устанавливать соглашение "относительно его толкования"⁵³⁶. Между понятиями "толкование" и "применение" в пункте 3 статьи 31 не имеется строго определенной взаимосвязи. "Толкование" представляет собой процесс прояснения смысла договора, в том числе одного или нескольких его положений. "Применение" включает в себя поведение, которым осуществляются предусмотренные договором права или выполняются, полностью или частично, обязательства по нему. "Толкование" означает умственный процесс, а "применение" заключается в первую очередь в фактическом поведении (действиях или бездействии). С этой точки зрения эти два понятия могут быть отграничены друг от друга и могут служить разным целям согласно пункту 3 статьи 31 (см. пункты 4)–6) ниже), однако при этом они тесно взаимосвязаны и дополняют друг друга.

⁵³⁶ См. проект вывода 4, пункты 1–3, и комментарий, пункты 16–19, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10, глава IV, раздел C.2).

4) Хотя некоторые аспекты "толкования" могут быть не связаны с "применением" договора⁵³⁷, применение договора практически неизбежно предполагает некое толкование, – даже когда соответствующая норма на первый взгляд представляется четкой⁵³⁸. Соответственно, и соглашение или поведение "в отношении толкования" договора, и соглашение или поведение "при применении" договора подразумевают, что участники заняли определенную позицию в отношении толкования договора или такая позиция им присваивается⁵³⁹. Если в случае "последующего соглашения между сторонами относительно толкования договора" согласно пункту 3 а) статьи 31 (первый вариант) участники намеренно придерживаются определенной позиции в отношении толкования договора, то в случае "последующего соглашения относительно... применения его положений" согласно пункту 3 а) статьи 31 (второй вариант) это может проследиваться не так четко⁵⁴⁰. Занятие позиции в отношении толкования "в силу применения" также подразумевается простыми актами применения договора согласно пункту 3 b) статьи 31, т.е. "каждым действием, совершаемым на основании истолкованного договора"⁵⁴¹. Следовательно, союз "или" в пункте 3 а) статьи 31 не означает взаимно исключающего соотношения между "толкованием" и "применением".

⁵³⁷ Согласно Г. Харашти, толкование заключается "в установлении как смысла текста, так и его назначения, в то время как применение "предполагает уточнение последствий, возникающих для договаривающихся сторон" (см. G. Haraszti, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), p. 18); он, однако, признает, что "правовая норма, в какой бы форме она ни была выражена, не может применяться, если ее содержание не было прояснено" (*ibid.*).

⁵³⁸ Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29, 1935, p. 778, at pp. 938-939; A. McNair, *The Law of Treaties* (1961, Oxford), 372; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed., Manchester University Press), 1984, 116; Доклад исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права (A/CN.4/L.682 и Corr. 1, пункт 423); R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 27–29 and 213; M.K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 151, 1976, p. 47; U. Linderfalk, "Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation", *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (2007), pp. 141–144, p. 147; G. Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, p. 44; M.E. Villiger, "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission" в *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 111.

⁵³⁹ Gardiner, сноска 538 выше, p. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), p. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1983), pp. 114 and 118; O. Dörr, "Article 31. General rule of interpretation", in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Springer, 2012), p. 556, paras. 80 and 82.

⁵⁴⁰ Этот второй вариант был включен по предложению Пакистана, однако его область применения и цели так и не были рассмотрены или уточнены, см. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров*, *Официальные отчеты*, A/CONF.39/11, стр. 168 англ. текста, пункт 53.

⁵⁴¹ Linderfalk, сноска 539 выше, pp. 164–165 and 167; см. проект выводов 1 (4) и 4 (3), сноска 536 выше, p. 12.

5) Значимость "применения" договора для целей его толкования состоит, однако, не только в возможности установления той позиции, которую тем самым занимает соответствующее государство в отношении его толкования. Действительно, способ применения договора не только помогает определить его смысл, но и позволяет установить, насколько принятое государствами-участниками толкование "укоренилось" и, соответственно, является более или менее твердо установленным.

6) Следует отметить, что "применение" договора не обязательно отражает ту позицию государства-участника, что такое применение является с правовой точки зрения единственно возможным в соответствии с договором и с учетом обстоятельств⁵⁴². Более того, понятие "применение" не исключает определенного поведения со стороны негосударственных субъектов, признаваемого в договоре в качестве формы его применения, которая может быть присвоена его участникам⁵⁴³, и, следовательно, может представлять собой практику, устанавливающую соглашение между участниками. Наконец, правовая значимость того или иного поведения при применении договора не обязательно ограничивается его возможной полезностью для толкования согласно статье 31, но может также способствовать удовлетворению норм о бремени доказывания⁵⁴⁴ или выполнению условий других норм⁵⁴⁵.

7) Последующее поведение, которое не обусловлено каким-либо обязательством по договору, не является поведением "при применении договора" или "в отношении" его толкования по смыслу пункта 3 статьи 31. Например, при рассмотрении дела об *Определенных расходах* некоторые судьи усомнились в том, что продолжение уплаты государствами – членами Организации Объединенных Наций своих членских взносов означает согласие с определенной практикой организации⁵⁴⁶. В этой связи судья Фицморис сформулировал широко известное предостережение, в соответствии с которым "аргумент, выведенный из практики и доведенный до абсурда, начинает вызывать вопросы"⁵⁴⁷. По мнению Фицмориса, "исходя лишь из факта уплаты государствами-членами взносов,

⁵⁴² См. проект вывода 7 1) ниже.

⁵⁴³ См. L. Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu" in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 53, at pp. 54, 56, 59–60.

⁵⁴⁴ При рассмотрении дела *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70, at p. 117, para. 105, Международный Суд не согласился с тем, что определенное поведение (заявления) отвечало требованиям доказывания в отношении соблюдения Российской Федерацией своих обязательств по Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации в период с 1999 года по июль 2008 года, в частности потому, что данное поведение, как было установлено, не было связано конкретно с Конвенцией. По мнению судьи Зиммы, требования доказывания были удовлетворены в определенной степени, см. *ibid.*, *Separate Opinion of Judge Simma*, стр. 199–223, пункты 23–57.

⁵⁴⁵ При рассмотрении дела *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, Международный Суд проанализировал последующую практику не только в контексте толкования договора, но и в контексте приобретательной давности, см. p. 1092, para. 71, p. 1096, para. 79 and p. 1105, para. 97.

⁵⁴⁶ *Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 201–202 (*Separate Opinion of Judge Fitzmaurice*) and pp. 189–195 (*Separate Opinion of Judge Spender*).

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 201.

вряд ли можно сделать вывод о том, что они при этом каждый раз признают позитивное юридическое обязательство поступать таким образом"⁵⁴⁸.

8) Аналогичным образом при рассмотрении дела о *Делимитации морской границы и территориальных вопросах между Катаром и Бахрейном* Международный Суд установил, что усилия участников Соглашения 1987 года (о представлении спора в юрисдикцию Суда), направленные на заключение дополнительного специального соглашения (которое оговаривало бы предмет спора), не означают, что стороны действительно считали заключение такого дополнительного соглашения необходимым условием для установления юрисдикции Суда⁵⁴⁹.

9) Другой пример добровольной практики, не предназначенной служить практикой "при применении" или "в отношении толкования" договора, касается предоставления "дополнительной защиты" в контексте беженского права. Лица, которые получают отказ в статусе беженца, нередко, тем не менее, получают "дополнительную защиту, эквивалентную защите по Конвенции. Вместе с тем государства, предоставляющие дополнительную защиту, не считают ее действиями "при применении" Конвенции или "в отношении ее толкования"⁵⁵⁰.

10) Значимые последующие соглашения или практику в отношении толкования или при применении договора согласно пунктам 3 а) и 3 b) статьи 31 иногда трудно отграничить от другого поведения или событий, имеющих место в более широком контексте договора, в том числе от "совпадающих по времени изменений" в предметной области договора. Вместе с тем такое разграничение является важным, поскольку лишь поведение участников в отношении толкования привносит в процесс толкования их авторитетную роль. Очевидно, общее правило состоит в том, что чем более конкретное отношение имеет соглашение или практика к договору, тем большее значение это соглашение или практика приобретает в плане его толкования согласно пунктам 3 а) и 3 b) статьи 31⁵⁵¹.

11) Чтобы последующее соглашение или последующую практику согласно пунктам 3 а) и 3 b) статьи 31 можно было охарактеризовать как занятие определенной позиции в отношении толкования договора, нередко требуется тщательный анализ фактических и правовых обстоятельств. Данное соображение можно проиллюстрировать примерами из практики судов и государств.

12) Целый ряд примеров вытекает из практики Международного Суда. В одном случае Суд счел, что "совместное коммюнике министров" двух государств не "относится к договорным основаниям права на свободное судоходство", поскольку "существует вероятность того, что устанавливаемые ими механизмы

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 6, at p. 76, para. 28.*

⁵⁵⁰ См. A. Skordas, "General provisions: article 5", в *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A. Zimmermann, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 682, para. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 21.

⁵⁵¹ Относительно "весомости" соглашения или практики как средства толкования см. проект вывода 8, пункты 1–3 ниже; в качестве примера необходимости и нередко трудности отграничения конкретного поведения участников в отношении толкования договора от событий более общего плана см. *Maritime Dispute (Peru v. Chile), I.C.J., Judgment of 27 January 2014*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17931.pdf>; paras. 103, 104–117 and 118–151 (см. сноску 538 выше).

сотрудничества будут пересматриваться по желанию сторон"⁵⁵². С другой стороны, Суд также пришел к выводу, что отсутствие определенных утверждений относительно толкования договора или определенных форм его применения представляет собой практику, указывающую на правовую позицию участников, согласно которой ядерное оружие не запрещается в соответствии с различными договорами, касающимися отравляющих средств⁵⁵³. В любом случае конкретную значимость коллективного выражения мнений участниками можно определить, только тщательно рассмотрев вопрос о том, призвано ли оно являться выражением мнений "в отношении толкования" договора и в какой степени. В соответствии с этим по делу о *Китобойном промысле в Антарктике* Суд установил, что "соответствующие решения и Руководящие принципы [Международной китобойной комиссии], которые были одобрены на основе консенсуса, содержат рекомендацию государствам-участникам принимать во внимание вопрос о том, насколько исследовательские задачи могут с практической и научной точки зрения выполняться путем использования несмертельных методов исследований, однако они не устанавливают требования о том, чтобы смертельные методы использовались лишь при отсутствии других методов"⁵⁵⁴.

13) Когда Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов должен был ответить на вопрос о том, обязаны ли Соединенные Штаты Америки, в соответствии с Декларацией по урегулированию претензий, возвратить военное имущество Ирану, Трибунал, ссылаясь на последующую практику сторон, пришел к выводу, что данный договор содержал подразумеваемое обязательство о выплате компенсации в случае невозвращения имущества⁵⁵⁵.

"66. [...] Хотя пункт 9 Генеральной декларации не содержит прямого указания на какое-либо обязательство выплатить компенсацию Ирану в случае невозвращения определенных предметов в силу положений законодательства Соединенных Штатов Америки, действовавших до 14 ноября 1979 года, Трибунал считает, что в данном пункте такое обязательство подразумевается. (...)

68. Кроме того, Трибунал отмечает, что изложенное в пункте 66 выше толкование согласуется с последующей практикой сторон при применении Алжирских соглашений, и особенно с поведением Соединенных Штатов Америки. Подобная практика, в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 Венской конвенции, должна приниматься во внимание при толковании договора. В сообщении от 26 марта 1981 года, информирующем Иран о невозможности одобрить вывоз товаров оборонного назначения,

⁵⁵² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 234, para. 40; см. также *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1091, para. 68; в данном случае, по мнению Суда, одна из сторон не учла, что определенные формы практического сотрудничества имеют правовую значимость в контексте рассматриваемого вопроса о границе, и в силу этого была не согласна с противоположной позицией другой стороны.

⁵⁵³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, paras. 55–56; см. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; Gardiner, сноска 538 выше, pp. 232–235.

⁵⁵⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf, para. 83.

⁵⁵⁵ Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), pp. 294–295.

Соединенные Штаты Америки напрямую указали, что "Ирану, насколько это возможно, будет возмещена стоимость оборудования".

Данная позиция подверглась критике судьей Хольцманом в его особом мнении:

"Последующее поведение государства-участника служит надлежащим основанием для истолкования договора, только если поведение было со всей очевидностью мотивировано самим договором. В данном случае не имеется никаких доказательств и даже доводов в пользу того, что готовность Соединенных Штатов Америки оплатить Ирану стоимость его имущества была продиктована осознанием обязательства, накладываемого пунктом 9. Такое поведение было бы равноценно признанию договорного обязательства произвести оплату. В отсутствие каких-либо указаний на то, что поведение было мотивировано договором, ссылаться на данное поведение при истолковании договора неправильно"⁵⁵⁶.

Как мнение большинства, так и особое мнение четко указывают на необходимость тщательного анализа того, принимают ли участники в силу соглашения или практики позицию "относительно толкования" договора.

14) Кроме того, в некоторых случаях факт выбора участниками определенной позиции в отношении толкования договора может быть установлен исходя из характера договора или конкретного положения⁵⁵⁷. Хотя последующая практика при применении договора нередко включает в себя поведение различных органов государства (исполнительных, законодательных, судебных и других), сознательно применяющих договор на различных уровнях (внутреннем и международном), Европейский суд по правам человека, например, как правило, не рассматривает конкретно вопрос о том, осуществлялась ли такая или иная практика "в отношении толкования" Конвенции⁵⁵⁸. Так, при описании внутренней правовой ситуации в государствах-участниках Суд редко задается вопросом о том, является ли данная правовая ситуация результатом законодательного процесса, в ходе которого обсуждались возможные требования Конвенции. Вместо этого Суд исходит из того, что, принимая законы или предпринимая другие конкретные действия, государства-участники помнят о своих обязательствах по Конвенции и что их образ действий отражает понимание ими своих обязательств⁵⁵⁹. Межамериканский суд по правам человека также в ряде случаев рассматривал

⁵⁵⁶ Separate Opinion of Judge Holtzmann, Concurring in Part, Dissenting in Part in Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), p. 304.

⁵⁵⁷ См. Второй доклад о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, A/CN.4/671 ("Второй доклад"), стр. 9 английского текста, пункт 15.

⁵⁵⁸ См., например, *Soering v. the United Kingdom*, Judgment, 7 July 1989, Application No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment, 22 October 1981, Application No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, para. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment, 12 November 2008, Application No. 34503/97, ECHR 2008, para. 48; для сравнения, однако, см. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Judgment, 4 February 2005, Application No. 46827/99, ECHR 2005-I, para. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, Judgment, 20 March 1991, Application No. 15576/89, ECHR Series A, No. 201, para. 100.

⁵⁵⁹ См. сноску 558 выше; см. также *Marckx v. Belgium*, Judgment, 13 June 1979, Application No. 6833/74, ECHR Series A, No. 31, para. 41; *Jorgic v. Germany*, Judgment, 12 July 2007, Application No. 74613/01, ECHR 2007-III, para. 69; *Mazurek v. France*, Judgment, 1 February 2007, Application No. 34406/97, ECHR 2000-II, para. 52.

законодательную практику в качестве средства толкования⁵⁶⁰. В одном случае Европейский суд по правам человека так же, как и Международный Суд, даже пришел к выводу о том, что "отсутствие какого-либо предположения" участников относительно определенного толкования Конвенции может указывать на занятие ими позиции в отношении толкования договора⁵⁶¹.

15) Статья 118 Женевской конвенции (III) 1949 года гласит, что "военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий". Желание военнопленного отказаться от репатриации было намеренно не указано государствами-участниками в качестве значимого соображения, чтобы избежать злоупотреблений со стороны государств, ссылающихся на волю военнопленных в целях затягивания репатриации⁵⁶². Однако Международный комитет Красного Креста (МККК) всегда ставил условием своего участия в репатриации уважение воли военнопленного, не желающего ей подвергаться⁵⁶³. Вместе с тем данный подход в той мере, в какой он нашел свое отражение в практике государств-участников, вовсе не обязательно означает, что в статье 118 следует усматривать требование о том, чтобы репатриация военнопленного не происходила против его воли. В Исследовании МККК по обычному международному гуманитарному праву в комментарии к правилу 128 А приводится осторожное замечание:

"Согласно четвертой Женевской конвенции, покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, "в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями" (пункт 4 статьи 45 Женевской конвенции IV). Хотя аналогичного положения не содержится в третьей Женевской конвенции, с 1949 года сложилась практика, при которой в ходе каждой репатриации, осуществляемой при нейтральном посредничестве МККК, стороны, находящиеся в конфликте, будь то международного или немеждународного, соглашались с условиями участия МККК, включающими возможность для МККК до момента репатриации (или, в случае немеждународного вооруженного конфликта, освобождения), путем конфиденциального собеседования с затрагиваемыми лицами удостовериться в их желании репатрироваться (или освободиться)"⁵⁶⁴.

16) Из приведенной формулировки вытекает, что практика учета государствами волеизъявления военнопленного ограничивается случаями, в которых участвует МККК и в отношении которых данная организация выдвинула такое ус-

⁵⁶⁰ См., например, *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago, Judgments (Merits, Reparations and Costs, Judgment)*, 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C No. 94, para. 12.

⁵⁶¹ *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001.XII, para. 62.

⁵⁶² C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Schulthess, 1977), pp. 145–156 and pp. 171–175; об обязанности по репатриации в целом см. S. Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict", в *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed. D. Fleck, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 409–410.

⁵⁶³ Тем самым своим участием Международный комитет Красного Креста стремится достичь уязки между интересами быстрой репатриации и уважения воли военнопленных (см. Krähenmann, *ibid.*, pp. 409–410).

⁵⁶⁴ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, *Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 455.

ловие. Государства сделали другие выводы из этой практики⁵⁶⁵. Изданное в 2004 году Руководство Соединенного Королевства гласит, что:

"Более спорным является вопрос о том, должны ли военнопленные подвергаться репатриации даже против своей воли. Недавняя практика государства указывает на то, что этого делать не следует. Политика Соединенного Королевства состоит в том, что военнопленных не следует репатриировать против их воли"⁵⁶⁶.

17) Сочетание слов "должны" и "следует" указывает на то, что Соединенное Королевство, как и другие государства, не усматривают в последующей практике свидетельств такого толкования договора, в соответствии с которым волеизъявление военнопленного должно учитываться всегда⁵⁶⁷.

18) Данные выше примеры из прецедентного права и практики государств обосновывают необходимость тщательного выявления и толкования последующего соглашения и последующей практики, в частности вопроса о том, занимают ли стороны, в силу соглашения или практики, ту или иную позицию в отношении толкования договора или же они мотивируются другими соображениями⁵⁶⁸.

19) Второе предложение пункта 1 всего лишь иллюстративно. В нем указывается два вида случаев, которые необходимо отличать от практики, касающейся толкования договора.

20) Общая последующая практика не обязательно указывает на соглашение между сторонами в отношении толкования договора, но может, напротив, означать их соглашение временно не применять договор⁵⁶⁹ или же соглашение о практическом механизме (*modus vivendi*)⁵⁷⁰. Следующие ниже примеры являются иллюстративными.

⁵⁶⁵ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), pp. 2893-2894, paras. 844-855, а также обновленная информация в Интернете по Австралии, Испании, Израилю и Нидерландам, размещенная по адресу www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section.d.

⁵⁶⁶ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), pp. 205-206, para. 8.170.

⁵⁶⁷ В Руководстве Соединенных Штатов Америки речь идет только о волеизъявлении больных и раненых военнопленных, см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, сноска 565 выше, pp. 2893-2894, paras. 844-855; однако после второй войны в Персидском заливе практика Соединенных Штатов Америки заключалась в предоставлении Международному комитету Красного Креста возможности установить волю военнопленного и действовать в соответствии с этим (United States of America, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress* (United States Government Printing Office, 1992), pp. 707-708, размещено по адресу www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf).

⁵⁶⁸ Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 6-11 англ. текста, пункты 11-18. См. также L. Crema, "Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford University Press, 2013), pp. 25-26.

⁵⁶⁹ См. Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 33 англ. текста, пункт 71.

⁵⁷⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at pp. 234-235, para. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 65-66,

21) Статья 7 Женевской конвенции 1864 года предусматривает, что "[о]тличительный и форменный флаг должен быть принят для госпиталей, медицинских пунктов и групп эвакуации. ...Флаг ...должен иметь красный крест на белом фоне"⁵⁷¹. В ходе Русско-турецкой войны 1876–1878 годов Османская империя объявила, что в будущем она будет использовать для обозначения своих медицинских пунктов красный полумесяц на белом фоне, уважая при этом знак красного креста, защищающий медицинские пункты неприятеля, и заявила, что отличительный знак Конвенции "в настоящее время препятствовал [Турции] в осуществлении своих прав согласно Конвенции, поскольку он оскорбляет чувства солдат-мусульман"⁵⁷². Это заявление повлекло за собой переписку между Османской Империей и Швейцарией (в качестве депозитария) и другими участниками, которая привела к признанию красного полумесяца только на период продолжительности конфликта⁵⁷³. На Гаагских мирных конференциях в 1899 году и 1907 году и в ходе Женевской конференции по пересмотру Конвенции в 1906 году Османская Империя, Персия и Сиам безуспешно просили включить красный полумесяц, красные лев и солнце и красное пламя в Конвенцию⁵⁷⁴. Однако Османская Империя и Персия по крайней мере добились принятия "оговорок", заявленных ими с этой целью в 1906 году⁵⁷⁵. Такое принятие оговорок Османской Империи и Персии в 1906 году не означало, однако, что участники согласились с тем, что Женевская конвенция 1864 года интерпретировалась каким-либо особым образом до 1906 года в силу последующей не встретившей возражения практики. Практика Османской Империи и Персии редко считалась, по крайней мере до 1906 года, не охватываемой Конвенцией 1864 года, однако она была признана временной и чрезвычайной мерой, оставившей общее договорное обязательство неизменным.

22) Цель пункта 2 проекта вывода 6 заключается в том, чтобы признать те разнообразные формы, которые последующие соглашения и последующая практика могут принять в соответствии с подпунктами а) и б) пункта 3 статьи 31. Комиссия признала, что последующая практика согласно подпункту б) пункта 3 статьи 31 представляет собой любое "поведение" при применении договора, включая в некоторых обстоятельствах бездействие, которое может спо-

paras. 138–140; J. Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3) of Vienna Convention on the Law of Treaties", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 32; другой пример см. Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 34 англ. текста, пункт 72; J.R. Crook, "Contemporary practice of the United States" *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 809–812.

⁵⁷¹ Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (принята 22 августа 1864 года, вступила в силу 22 июня 1865 года).

⁵⁷² "Bulletin international des Societes de Secours aux Militaires blesses", No 29, January 1877, pp. 35–37, цит. по F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History* (ICRC, 1977), p. 15.

⁵⁷³ "Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blesses", No 31, July 1877, p. 89, цит. по Bugnion, *ibid.*, p. 18.

⁵⁷⁴ Bugnion, *ibid.*, pp. 19–31.

⁵⁷⁵ К которым присоединился Египет после присоединения в 1923 году, см. Bugnion, *ibid.*, pp. 23–26; только в связи с пересмотром Женевских конвенций в 1929 году – когда Турция, Персия и Египет заявили, что использование других эмблем стало *fait accompli* и что эти эмблемы использовались на практике, не вызывая каких-либо возражений, – красный полумесяц и красные лев и солнце, наконец, были признаны в качестве отличительного знака в пункте 2 статьи 19 Женевской конвенции по улучшению участи раненых и больных в действующих армиях (1929, League of Nations, *Treaty Series*, vol. 118, No 2733, p. 303).

способствовать установлению соглашения о толковании договора⁵⁷⁶. В зависимости от конкретного договора это включает не только поведение, ориентированное вовне, такое как официальные акты, заявление и голосование на международном уровне, но и внутренние законодательные, исполнительные и судебные акты и может даже включать практику негосударственных субъектов, которая может быть присвоена одному или более государству-участнику и которая относится к сфере того, что договор усматривает как формы его применения⁵⁷⁷. Таким образом, индивидуальное поведение, которое может вносить вклад в последующую практику согласно подпункту b) пункта 3 статьи 31, не должно удовлетворять каким-либо конкретным формальным критериям⁵⁷⁸.

23) Последующая практика на международном уровне не обязательно должна быть совместным поведением⁵⁷⁹. Может оказаться достаточно лишь параллельного поведения. Действительно ли параллельное поведение выражает достаточно общее понимание (соглашение) в отношении толкования договора в данном случае (см. проект вывода 9, пункт 1) ниже) – это отдельный вопрос⁵⁸⁰. Последующие соглашения могут быть обнаружены в юридически обязательных договорах, а также в необязательных правовых актах, таких как меморандумы о договоренности⁵⁸¹. Последующие соглашения также можно найти в известных решениях конференции государств-участников (см. проект вывода 10, пункты 1, 2 и 3 ниже).

24) Пункт 3 проекта выводов предусматривает, что, устанавливая последующую практику согласно статье 32, толкователь должен определить, в частности, является ли поведение одной или более сторон применением договора⁵⁸². Комиссия решила рассмотреть такую "другую последующую практику" (см. проект вывода 4, пункт 3⁵⁸³) в рамках статьи 32 в отдельном пункте по соображениям ясности анализа (см. проект вывода 7, пункт 2, и проект вывода 8, пункт 3, ниже), однако тем самым она не желает поставить под вопрос единство процесса толкования. Соображения, которые относятся к выявлению последующих со-

⁵⁷⁶ Комментарий к проекту вывода 4, пункты 16–19 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV, раздел C.2*).

⁵⁷⁷ См., например, комментарий к проекту вывода 5, там же, (A/68/10, глава IV, раздел C.1 и раздел C.2); Boisson de Chazournes, сноска 543 выше, pp. 54, 56 and 59–60, Gardiner, сноска 538 выше, pp. 228–230; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., Judgment of 27 January 2014, pp. 39–42, paras. 103–111, pp. 45–46, paras. 119–122 and p. 47, para. 126; Dörr, сноска 539 выше, pp. 555–556, para. 78.

⁵⁷⁸ Gardiner, сноска 538 выше, pp. 226–227.

⁵⁷⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 6, at p. 33; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/ Namibia)*, Judgment I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1213, para. 17 (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren).

⁵⁸⁰ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659, at p. 737, para. 258; однако см. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 84, para. 117, где Суд признал уступки, предоставленные сторонами спора, свидетельством их неявного соглашения; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., Judgment of 27 January 2014.

⁵⁸¹ Gardiner, сноска 538 выше, pp. 475, 483.

⁵⁸² См. выше пункты 1–4; второй доклад, сноска 557 выше, стр. 4–5 англ. текста, пункты 3–5.

⁵⁸³ Доклад Комиссии международного права о работе своей шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, (A/68/10), глава IV, стр. 17, пункт 10.*

глашений и последующей практики согласно подпунктам а) и б) пункта 3 статьи 31, также применяются *mutatis mutandis* к установлению "другой последующей практики" согласно статье 32. Таким образом, соглашение между менее чем всеми участниками договора в связи с толкованием договора или его применением представляет собой последующую практику согласно статье 32.

25) Пример практического механизма – меморандум о взаимопонимании между Министерством транспорта Соединенных Штатов Америки и Министерством связи и транспорта Мексиканских Соединенных Штатов о международных грузовых автомобильных перевозках через границу от 6 июля 2011 года⁵⁸⁴. В меморандуме о взаимопонимании не упоминается Канада, третья участница Североамериканского соглашения о свободной торговле (САССТ); в нем указывается, что оно "не затрагивает права и обязанности Мексиканских Соединенных Штатов в соответствии с САССТ". Эти обстоятельства указывают на то, что меморандум о взаимопонимании не притязает на то, чтобы считаться соглашением в отношении толкования САССТ согласно подпункту а) или б) пункта 3 статьи 31 САССТ, а, скорее, по-прежнему является ограниченной практической договоренностью между ограниченным числом участников, которое может быть оспорено другими участниками или судебной или квазисудебной институцией.

Вывод 7

Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 содействуют, взаимодействуя с другими средствами толкования, прояснению смысла договора. Это может приводить к сужению, расширению или иному определению диапазона возможных толкований, включая любые рамки, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.
2. Последующая практика согласно статье 32 может также содействовать прояснению смысла договора.
3. Предполагается, что участники договора, в силу достигнутого в результате соглашения или практики при применении договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной. Настоящий проект вывода не затрагивает правила о внесении поправок или об изменении договоров в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров и в соответствии с обычным международным правом.

Комментарий

- 1) В проекте выводов 7 рассмотрены возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования договора. Цель этого – указать, как последующие соглашения и последующая практика могут содейст-

⁵⁸⁴ J.R. Crook, сноска 570 выше, pp. 809–812; см. также: Mexico, Diario Oficial de la Federación (7 July 2011), *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América.*

вывать прояснению смысла договора. В пункте 1 подчеркивается, что последующее соглашение и последующая практика должны рассматриваться в их взаимодействии с другими средствами толкования (см. проект вывода 1, пункт 5)⁵⁸⁵. Поэтому сами по себе они необязательно имеют решающий характер.

2) Последующие соглашения и последующая практика, как и все средства толкования, могут иметь разные последствия для интерактивного процесса толкования договора, который заключается в определении надлежащего места в любом конкретном случае различных средств толкования в рамках "одной единой операции"⁵⁸⁶. Учет последующих соглашений и последующей практики в силу статей 31, пункт 3, и 32 может, таким образом, способствовать уточнению смысла договора⁵⁸⁷ в плане сужения (конкретизации) возможных смыслов конкретного термина или положения или сферы действия договора в целом (см. пункты 4, 6–7, 10 и 11 ниже). В ином случае такой их учет может способствовать уточнению в смысле подтверждения более широкого толкования. Наконец, он может способствовать уяснению диапазона возможных толкований, имеющихся в распоряжении участников, включая возможность осуществления участниками усмотрения согласно договору (см. пункты 12–15 ниже).

3) Международные суды и трибуналы обычно выстраивают свою аргументацию в конкретном деле с определения "обычного значения" терминов договора⁵⁸⁸. Последующие соглашения и последующая практика по большей части появляются в их аргументации на более поздней стадии, когда суды спрашивают, подтверждает ли такое поведение или изменяет или оно результат, полученный в итоге первоначального толкования обычного смысла (или с помощью других средств толкования)⁵⁸⁹. Если стороны не желают передать обычный смысл термина, а скорее желают передать особый смысл в значении пункта 4 статьи 31, последующие соглашения и последующая практика проясняют такой особый смысл. Следующие примеры⁵⁹⁰ иллюстрируют то, каким образом последующие

⁵⁸⁵ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5, пункты 12–15 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10, глава IV.C.2), пункт 39).

⁵⁸⁶ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5, пункты 12–15 (там же, пункт 39).

⁵⁸⁷ Эта терминология следует терминологии руководящего положения 1.2 (Заявление о толковании) Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятого Комиссией: "Заявление о толковании" означает одностороннее заявление... посредством которого... [государства или международные организации] желают уточнить или разъяснить смысл или сферу действия договора или определенных его положений (см. там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10/Add.1, глава IV.F.2, руководящее положение 1.2); см. также там же, комментарий к руководящему положению 1.2, пункт 18).

⁵⁸⁸ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5, стр. 18, пункт 14 (там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10*, A/68/10, глава IV.2, пункт 39); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 8.

⁵⁸⁹ См., например, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 625, at p. 656, paras. 59–61 and p. 665, para. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 6, at p. 34, paras. 66–71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 290 (Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume).

⁵⁹⁰ Дополнительные примеры см. в "Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and

соглашения и последующая практика как средства толкования могут способствовать, взаимодействуя с другими средствами в процессе толкования, прояснению смысла договора.

4) Последующие соглашения и последующая практика могут помочь выявить "обычное значение" данного термина, подтвердив узкое толкование различных возможных нюансов его значения. Это имело место, например⁵⁹¹ в *консультативном заключении по вопросу о ядерном оружии*, где Международный Суд установил, что выражения "боевые яды или отравляющие вещества":

как они понимаются в практике государств в их "обычном значении" – это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удушении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию⁵⁹².

5) С другой стороны, последующая практика может помешать уточнению значения общего термина, сводящему его к одному из нескольких возможных значений⁵⁹³. Например, в деле *Граждане США в Марокко* Суд заявил:

По итогам анализа соответствующих материалов складывается общее впечатление о том, что те, кто отвечают за управление таможенной службой... использовали все различные имеющиеся в их распоряжении процедуры проверки, хотя, по-видимому, не всегда последовательным образом. С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу. Она требует более гибкого толкования, чем любое из тех, которые соответственно были предложены сторонами в данном деле⁵⁹⁴.

6) Разные формы практики могут способствовать как узкому, так и широкому толкованию разных терминов в одном и том же договоре⁵⁹⁵.

7) Договор должен толковаться в соответствии с обычным значением его терминов "в их контексте" (статья 31, пункт 1). Последующие соглашения и последующая практика во взаимодействии с этим конкретным средством толкования могут также способствовать выявлению более узкого или более широкого

subsequent practice", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 210–306.

⁵⁹¹ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, at p. 306, para. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, p. 4, at p. 9.

⁵⁹² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, para. 55.

⁵⁹³ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 25.

⁵⁹⁴ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952*, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 211.

⁵⁹⁵ См., *mutatis mutandis*, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 151, где Международный Суд толковал термин "расходы" в широком смысле, а "действия" – в узком смысле в свете последующей практики ООН, at pp. 158–161 ("expenses") and pp. 164–165 ("action").

толкования термина договора⁵⁹⁶. Так, в *Консультативном заключении о Межправительственной морской консультативной организации (ИМКО)* Международный Суд должен был определить значение выражения "восемь государств, обладающих наибольшим флотом" согласно статье 28, пункт а), Конвенции о международной морской консультативной организации (Конвенции об ИМКО). Поскольку эта концепция – "государство, обладающее наибольшим флотом" – допускала разные толкования (такие, как определения по "регистрационному тоннажу" или по "государственной принадлежности владельца") и поскольку не имелось соответствующей практики организации или ее членов в соответствии со статьей 28, пункт а), как таковой, Суд обратился к практике согласно другим положениям Конвенции и заключил:

Использование критерия регистрационного тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [статья 28 а)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистрационного тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами⁵⁹⁷.

8) Вместе с текстом и контекстом в пункте 1 статьи 31 важное значение при толковании придается "объекту и цели"⁵⁹⁸. Последующие соглашения и последующая практика могут также способствовать уточнению объекта и цели договора⁵⁹⁹ или согласовывать ссылки на "объект и цель" договора с другими средствами толкования.

9) Так, в делах о *Делимитации границы в районе между Гренландией и Ян-Майеном*⁶⁰⁰ и о *Морских платформах*⁶⁰¹ Международный Суд уточнил объект и цель двусторонних договоров, сославшись на последующую практику участников. А в деле о сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией Суд заключил:

Из текстов договоров и практики, проанализированных в пунктах 64 и 65 выше, явствует, что Комиссия по освоению бассейна озера Чад – это международная организация, осуществляющая свои полномочия в пределах конкретного географического района; однако ее задача не заключается в

⁵⁹⁶ См., например, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1988, p. 69, at p. 87, para. 40.

⁵⁹⁷ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1960, p. 150, at p. 169; см. также pp. 167-169; obiter: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, p. 59, at p. 99, para. 141.

⁵⁹⁸ Gardiner, сноска 538 выше, pp. 190 and 198.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 191-194; см. также *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. 16, at p. 31, para. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 179, para. 109; R. Higgins, "Some observations on the inter-temporal rule in international law", в *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarczyk, ed. (The Hague, Kluwer, 1996), p. 180; Distefano, сноска 538 выше, pp. 52-54; Crema, сноска 568 выше, p. 21.

⁶⁰⁰ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment*, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 51, para. 27.

⁶⁰¹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment*, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, paras. 27 and 30.

урегулировании на региональном уровне вопросов, связанных с поддержанием международного мира и безопасности, и, таким образом, на нее не распространяется действие положений главы VIII Устава⁶⁰².

10) Практика государств, кроме как в судебных или квазисудебных контекстах, подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика могут не только способствовать уточнению значения термина в смысле сужения возможных значений прав и обязанностей согласно договору, но и указывать также на более широкий круг допустимых толкований или на известные пределы осуществления усмотрения, которое договор предоставляет государствам⁶⁰³.

11) Если термины статьи 5 Чикагской конвенции 1944 года в своем обычном значении, по-видимому, не требуют получения разрешения на посадку чартерного рейса после вылета, то длительная практика государств, требующих такого разрешения, привела к общему признанию того, что эта норма должна толковаться как требующая разрешения⁶⁰⁴. Другой случай – статья 22, пункт 3, Венской конвенции о дипломатических сношениях, где предусматривается, что средства передвижения, используемые представительством, пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Хотя правоприменительные меры полиции в отношении дипломатического имущества, как правило, встретят протесты государств⁶⁰⁵, эвакуация дипломатических автомобилей, нарушивших местные правила дорожного движения и стоянки, в целом рассматривается как допустимая на практике⁶⁰⁶. Такая практика указыва-

⁶⁰² См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 306, para. 67.

⁶⁰³ Это означает не то, что могут существовать различные возможные толкования договора, а лишь то, что договор может предоставлять участникам возможность выбора из ряда различных допустимых актов, см. Gardiner, сноска 538 выше, pp. 30–31 and p. 111, где цитируется House of Lords in *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: "Необходимо определить самостоятельное значение соответствующей нормы договора... Из этого следует, что, как и в случае других многосторонних договоров, в Конвенции о беженцах необходимо усматривать независимое значение, выводимое из источников, указанных в статьях 31 и 32 [Венской конвенции], без учета специфики различных моментов правовой системы любого отдельного государства-участника. В принципе возможно лишь одно правильное толкование договора... На практике в случае существенных разногласий по вопросу толкования их разрешение оставлено на усмотрение национальных судов. Однако при этом он должен стремиться найти, будучи свободен от понятий юридической культуры своего государства, действительное самостоятельное международное значение договора. И действительное значение может быть только одно", at pp. 515–517 (Lord Steyn).

⁶⁰⁴ S.D. Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215.

⁶⁰⁵ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 160–161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Brussels, Bruylant, 1994), p. 208, para. 315.

⁶⁰⁶ См., например, Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf); Iceland, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); Соединенное Королевство, см. заявление парламентского заместителя государственного секретаря Министерства внутренних дел (лорда Элтона) в Палате лордов, HL Deb, 12 December 1983

ет на то, что, хотя штрафные санкции в отношении дипломатических транспортных средств запрещены, автомобили могут быть остановлены или вывезены, если оказывается, что они создают неминуемую угрозу или препятствие для транспорта и/или общественной безопасности⁶⁰⁷. В этом смысле значение термина "исполнительные действия" и, таким образом, объем защиты, предоставляемой средствам передвижения, конкретизируется последующей практикой участников.

12) Другой возможный пример касается статьи 12 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям 1949 года (Протокола II) 1977 года, где устанавливается следующее:

Под контролем соответствующих компетентных властей предусматривается ношение или размещение на видном месте отличительной эмблемы Красного Креста, Красного Полумесяца или красного льва и солнца на белом фоне медицинским или духовным персоналом, медицинскими формированиями и санитарно-транспортными средствами. Она пользуется уважением при всех обстоятельствах. Эмблема не должна использоваться не по назначению.

Хотя термин "предусматривается" предполагает обязательность для государств использования отличительной эмблемы, выделяющей медицинский персонал и санитарно-транспортные средства, во всех обстоятельствах, последующая практика указывает на то, что государства могут обладать известным усмотрением в отношении его применения⁶⁰⁸. Поскольку в последние годы вооруженные группы целенаправленно совершали нападения на санитарные конвои, которые были легко отличимы благодаря защитной эмблеме, в известных обстоятельствах государства воздерживались от обозначения таких конвоев отличительной эмблемой. Отвечая в парламенте на вопрос о его практике в Афганистане, правительство Германии заявило:

Как и все страны, предоставившие контингенты для МССБ, Федеральные вооруженные силы столкнулись с тем, что специально обозначенные санитарные транспортные средства избираются в качестве цели. В ряде случаев такие санитарные подразделения и транспортные средства, явно отличимые как таковые благодаря их защитным эмблемам, даже выбирались в качестве предпочтительных целей. Поэтому Федеральные вооруженные силы вместе с Бельгией, Францией, Соединенным Королевством, Канадой и США решили в рамках МССБ закрыть защитную эмблему на санитарных транспортных средствах⁶⁰⁹.

vol. 446 cc3-4; Соединенные Штаты, см. *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, pp. 312–313.

⁶⁰⁷ Denza, сноска 605 выше, p. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed. (Nomos, 2010), p. 70.

⁶⁰⁸ Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, International Committee of the Red Cross and Martinus Nijhoff, 1987), p. 1440, paras. 4742–4744; H. Spieker, "Medical transportation", в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), paras. 7–12; см. также менее обязывающее употребление в будущем времени во французской версии – "sera arboré".

⁶⁰⁹ Deutscher Bundestag, "Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan", 9 April 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (перевод на английский язык Специального докладчика).

13) Такая практика государств может подтверждать толкование статьи 12, в соответствии с которым общая обязанность использования защитной эмблемы⁶¹⁰ в исключительных обстоятельствах оставляет участникам определенную свободу усмотрения.

14) Положение договора, которое предоставляет государствам, на первый взгляд, безусловное право, может вызвать вопрос о том, ограничивается ли такое усмотрение целью данной нормы. Например, в соответствии со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях государство пребывания может, не будучи обязано мотивировать свое решение, уведомить аккредитующее государство, что какой-либо из членов персонала представительства является *persona non grata*. Государство направляет такие уведомления в основном в тех случаях, когда члены дипломатического персонала представительства были изобличены в шпионской деятельности или подозревались в ней, либо совершили другие серьезные нарушения законодательства принимающего государства, либо вызвали серьезные политические осложнения⁶¹¹. Однако государства делали такие заявления в других обстоятельствах, например, когда дипломатические представители причиняли серьезный ущерб третьей стороне⁶¹² или неоднократно совершали нарушение закона⁶¹³ либо даже на основании своего законодательства о запрете управления транспортными средствами в нетрезвом состоянии⁶¹⁴. Можно даже допустить, что такие заявления делаются без определенных мотивов или по чисто политическим соображениям. Другие государства, по-видимому, не заявляли о том, что такого рода практика представляет собой злоупотребление правом объявлять дипломатических сотрудников представительства *personae non gratae*. Таким образом, такого рода практика подтверждает, что статья 9 предусматривает безусловное право⁶¹⁵.

⁶¹⁰ Spieker, сноска 608 выше, para. 12.

⁶¹¹ См. Denza, сноска 605 выше, pp. 77–88, где даются и другие ссылки на заявления, связанные со шпионажем; см. также Salmon, сноска 605 выше, p. 484, para. 630; and Richtsteig, сноска 607 выше, p. 30.

⁶¹² The Netherlands, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts. Имеется по адресу www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html.

⁶¹³ France, Ministère des affaires étrangères et du développement, Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turkey, Ministry of Foreign Affairs, Traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 April 2005) (http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, воспроизводится в G. Marston, "United Kingdom materials on international law 1985", *British Yearbook of International Law*, vol. 56, No. 1 (1985), p. 437.

⁶¹⁴ См. Canada, Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d); United States, Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 September 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, pp. 8–9.

⁶¹⁵ См. G. Hafner, "Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment", in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 112, где дается еще более широкий разбор, связанный со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях.

15) Пункт 2 проекта вывода 7 затрагивает возможные последствия "другой последующей практики" в силу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3), которая не отражает согласия всех участников в отношении толкования договора. Такого рода практика, будучи дополнительным средством толкования, может подтверждать то толкование, которое было достигнуто толкователем в процессе применения статьи 31, или же устанавливать значение тогда, когда толкование согласно статье 31 оставляет значение двусмысленным или неясным, или приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными. Тем самым статья 32 проводит различие между использованием подготовительной работы или "другой последующей практики" для того, чтобы подтвердить значение, выведенное согласно статье 31, и их использованием для "определения" значения. Следовательно, "другая последующая практика" в соответствии со статьей 32 может быть использована не только для определения значения договора в некоторых обстоятельствах, но и – всегда – для подтверждения значения, ставшего результатом применения статьи 31⁶¹⁶.

16) Например, последующая практика в силу статьи 32 может способствовать уменьшению возможных коллизий в тех случаях, когда "объект и цель" договора, по-видимому, находятся в противоречии с конкретными целями некоторых из его норм⁶¹⁷. Так, в деле об *Острове Касикили/Седуду* Международный Суд подчеркнул, что участники Договора 1890 года "поставили цель как обеспечить для себя свободу судоходства по реке, так и разграничить с максимально возможной точностью свои соответствующие сферы влияния"⁶¹⁸. Тем самым участники сняли возможные противоречия, приняв во внимание определенную по-

⁶¹⁶ WTO Appellate Body China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R para. 403 (2009); "Хотя применение Третьей группой статьи 31 Венской конвенции в отношении других "услуг по распространению звукозаписей" привело к "предварительному выводу" в отношении этой позиции, Третьей группой, тем не менее, решила обратиться к дополнительным средствам толкования, чтобы подтвердить это значение. В этой связи мы отмечаем, что аргумент Китая по апелляции, по-видимому, построен на том, что анализ, проведенный Третьей группой в соответствии со статьей 32 Венской конвенции, обязательно был бы иным, если бы Третьей группой пришла к выводу, что применение статьи 31 оставляет значение "услуг по распространению звукозаписей" двусмысленным или неясным, и если бы Третьей группой, таким образом, прибегла к статье 32 для определения, а не уточнения значения данного термина. Мы не разделяем этого мнения. Элементы, которые следует рассмотреть в соответствии со статьей 32, отличны от тех, которые необходимо проанализировать в соответствии со статьей 31, однако это те же элементы, которые рассматриваются в соответствии со статьей 32, вне зависимости от итога анализа по статье 31. Наоборот, что может быть иным в зависимости от результатов применения статьи 31 – это тот вес, который будет приписан элементам, проанализированным в соответствии со статьей 32", см. также M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 447, para 11.

⁶¹⁷ См. See World Trade Organization, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – AB-1998-4*, report of the Appellate Body of 12 October 1998 (World Trade Organization, document WT/DS58/AB/R), para. 17 ("большинство договоров не имеют одного цельного объекта и одной имеющей чистый вид цели, а скорее имеют целый ряд разных и, возможно, противоречащих друг другу объектов и целей"); Gardiner, сноска 538 выше, p. 195.

⁶¹⁸ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1074, para. 45.

следующую практику лишь одного из участников в качестве дополнительного средства толкования (согласно статье 32)⁶¹⁹.

17) Еще один пример "другой последующей практики" согласно статье 32 касается термина "практически возможные меры предосторожности" в пункте 2 ii) статьи 57 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям 1949 года (Протокола I) 1977 года. Этот термин был использован в пункте 4 статьи 3 Протокола о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокола II) от 10 октября 1980 года, где предусматривается, что "[в]озможные меры предосторожности означают такие меры предосторожности, какие являются практически применимыми или практически возможными с учетом всех существующих в данный момент обстоятельств, включая гуманитарные и военные соображения". Эта формулировка была принята в порядке последующей практики во многих военных наставлениях в качестве общего определения "возможных мер предосторожности" для цели пункта 2 ii) статьи 57 Протокола I 1977 года⁶²⁰.

18) В пункте 3 проекта вывода 7 рассмотрен вопрос о том, в какой мере толкование договора может испытать воздействие последующих соглашений и последующей практики, оставаясь при этом в рамках того, что считается толкованием согласно пунктам 3 а) и b) статьи 31. Этот пункт напоминает толкователю, что впоследствии достигнутое соглашение может вести к внесению поправок или изменений в договор, но такие последующие соглашения подпадают под действие статьи 39 Венской конвенции и должны отличаться от последующих соглашений согласно пункту 3 а) статьи 31. Второе предложение, признав, что имеются примеры обратного в прецедентном праве и расхождения мнений в литературе, устанавливают, что возможность внесения поправок в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

19) В соответствии со статьей 39 Венской конвенции о праве международных договоров "договор может быть изменен по соглашению между участниками". С другой стороны, в пункте 3 а) статьи 31 говорится о последующих соглашениях "между участниками относительно толкования договора или применения его положений" и, по-видимому, не затрагивается вопрос о внесении поправок или изменений. Как постановил Апелляционный орган ВТО:

[...] термин "применение" в подпункте а) пункта 3 статьи 31 относится к ситуации, когда соглашение устанавливает, как должны "применяться" существующие нормы или действующие обязательства; этот термин не содержит коннотации создания новых или расширения существующих обязательств, подлежащих ограничению во времени...⁶²¹

20) Статьи 31, пункт 3 а), и 39, если их читать вместе, показывают, что соглашения, достигнутые участниками после заключения договора, могут давать

⁶¹⁹ *Ibid.*, at p. 1078, para. 55 and p. 1096, para. 80.

⁶²⁰ По поводу военных наставлений Аргентины (1989 года), Канады (2001 года) и Соединенного Королевства (2004 года) см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Practice*, сноска 565 выше, pp. 359–360, paras. 160–164 и интерактивные обновления военного наставления Австралии (2006 года) (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); см. также Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, сноска 608 выше, p. 683, para. 2202.

⁶²¹ WTO, Appellate Body Report, EC – *Bananas III*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, paras. 391–393.

толкование и вносить поправки или изменения в договор⁶²². Соглашение в соответствии со статьей 39 не должно иметь ту же форму, что и договор, который оно изменяет⁶²³. Как Международный Суд постановил в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)*:

Как бы оно конкретно ни обозначалось и в каком бы правовом акте оно ни было зафиксировано (в протоколах АКРУ [Административная комиссия реки Уругвай]), это "понимание" обязательно для участников, поскольку они согласились с ним и должны соблюдаться ими добросовестно. Они имеют право для тех процедур, зафиксированных в Статуте 1975 года, в отношении данного проекта согласно соответствующему двустороннему соглашению⁶²⁴.

21) Часто трудно провести различие между соглашениями участников в соответствии с конкретным положением договора, устанавливающим обязательность последующих соглашений, простыми последующими соглашениями согласно статье 31, пункт 3 а), которые не являются обязательными как таковые, и, наконец, соглашениями о внесении поправок или изменений в договор согласно статьям 39–41⁶²⁵. Международное прецедентное право и практика государств указывают на то⁶²⁶, что неофициальные соглашения, которые, как утверждается, отступают от договорных обязательств, должны толковаться в узком смысле. По-видимому, не существует каких-либо формальных критериев, исключая перечисленные в статье 39, если они применимы, помимо тех, которые могут быть предусмотрены в самом применимом договоре, проводящих различия между этими разными нормами последующих соглашений. Вместе с тем очевидно, что государства и международные суды в целом готовы предоставить государствам-участникам достаточно широкие пределы толкования договора в силу последующего соглашения. Эти пределы, возможно, даже выходят за рамки обычного значения терминов договора. Признание таких рамок

⁶²² Murphy, *supra* note 68, p. 88.

⁶²³ Sinclair, сноска 538 выше, p. 107, ссылаясь на Waldock, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, сноска 540 выше, p. 207, paras. 49–52; Villiger, *supra* note 604, p. 513, paras. 7, 9 and 11; Odendahl, "Article 39. General rule regarding the amendment of treaties", in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Springer, 2012), p. 706, at para. 16.

⁶²⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 62–63, paras. 128 and 131; затем суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле эти условия не были соблюдены, at pp. 62–66, paras. 128–142.

⁶²⁵ В судебной практике в некоторых случаях нет необходимости определять, может ли соглашение давать толкование договора или изменять его, см. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at p. 29, para. 60 ("по мнению Суда, для целей настоящего постановления нет необходимости относить его к категории либо подтверждения, либо изменения Заявления"); иногда считают, что соглашение в соответствии со статьей 31, пункт 3 а), может также иметь своим следствием внесение изменения в договор, Aust, *supra* note 604, pp. 212–214 с примерами.

⁶²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 63, paras. 131 and 140; Crawford, сноска 570 выше, p. 32; Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004–2009), p. 77, at pp. 125–126, para. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America* (Case No. ARB(AF)/00/1), ICSID Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, 9 January 2003, pp. 84–85, para. 177 (www.state.gov/documents/organization/16586.pdf); *Ibid.*, Part IV, Chapter C, paras. 20–21; Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 61–68 англ. текста, пункты 146–165.

толкования договора идет рука об руку с нежеланием государств и судов признавать, что соглашение фактически имеет следствием внесение поправок или изменений в договор⁶²⁷. Соглашение об изменении договора, таким образом, не исключается, но равным образом и не презюмируется⁶²⁸.

22) Обращаясь к вопросу о том, могут ли участники вносить поправки или изменения в договор в силу общей последующей практики, Комиссия первоначально предложила в своем Проекте статей о праве международных договоров включить в Венскую конвенцию следующее положение, которое бы прямо признавало возможность изменения договора в силу последующей практики:

Проект статьи 38: Изменение договоров в силу последующей практики

Договор может быть изменен в силу последующей практики применения договора, устанавливающей соглашение участников изменить его положения⁶²⁹.

23) Этот проект статьи вызвал живую дискуссию на Венской конференции⁶³⁰. Поправка, предусматривающая исключение проекта статьи 38, была поставлена на голосование и принята 53 голосами против 15 при 26 воздержавшихся. После Венской конференции вопрос о том, следует ли из того, что проект статьи 38 был отвергнут Венской конференцией, то, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников была тем самым исключена, обсуждался вновь. Многие юристы пришли к выводу, что участвовавшие в переговорах государства всего лишь не желали затрагивать этот вопрос в Конвенции и что договоры действительно могут, в качестве общего правила в соответствии с международным правом договоров, быть изменены в силу последующей практики, устанавливающей соглашение участников на этот счет⁶³¹. Международные суды и трибуналы, с другой стороны, после принятия Венской конвенции в основном воздерживались от признания такой возможности.

⁶²⁷ Возможно, в дипломатических контекстах вне судебного разбирательства государства, как правило, более открыто признают, что известные соглашения или общая практика равнозначны изменению договора, см. Murphy, сноска 604 выше, p. 83.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 66, para. 140; Crawford, сноска 570 выше, p. 32.

⁶²⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 236.

⁶³⁰ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, сноска 540 выше, pp. 208–214; Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 52–53 англ. текста, пункты 119–121; Distefano, сноска 538 выше, pp. 56–61.

⁶³¹ Sinclair, сноска 538 выше, p. 138; Gardiner, сноска 538 выше, pp. 243–245; Yasseen, сноска 538 выше, pp. 51–52; M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), pp. 134–141, at p. 134; Aust, сноска 604 выше, p. 213; Villiger, сноска 616 выше, p. 432, para. 23; Dörr, сноска 539 выше, p. 555, para. 76 (как и Odendahl, сноска 623 выше, p. 702, paras. 10–11); Distefano, сноска 538 выше, pp. 62–67; H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three", *British Yearbook of International Law*, vol. 77, No. 1 (2006), p. 65; M.N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 934; I. Buga, "Subsequent practice and treaty modification", в *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M.J. Bowman and D. Kritsiotis, eds. (готовится к печати), дополнительные ссылки см. в сноске 65; не соглашаясь с этой точкой зрения, в частности, и подчеркивая торжественный характер заключения договора в отличие от неформального характера практики Murphy, сноска 604 выше, pp. 89–90; см. также Hafner, сноска 615 выше, pp. 115–117 (где проводится различие между углом зрения судов и государств, а также подчеркивается важность положений о поправках в этом контексте).

24) В деле о *Споре относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд установил, что "последующая практика участников по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия участников"⁶³². Не вполне ясно, желал ли тем самым Суд признать, что последующая практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 может также иметь своим следствием внесение поправки или изменения в договор или же он всего лишь высказался по поводу толкования договоров, когда "первоначальное" намерение участников не обязательно однозначно для толкования договора. В самом деле, в принятом в предварительном порядке проекте вывода 3 Комиссия признала, что последующие соглашения и последующая практика, как и другие средства толкования, "могут помочь определить, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени"⁶³³. Поэтому пределы "толкования" необязательно определяются неизменным "первоначальным намерением", но скорее должны определяться с учетом более широкого круга соображений, включая известные позднейшие события. Это несколько расплывчатое высказывание Международного Суда вызывало вопрос о том, в какой мере последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 может способствовать "толкованию" и может ли последующая практика иметь следствие внесения поправок или изменений в договор. На самом деле разделительную черту между толкованием и поправкой или изменением в договоре на практике порой "трудно, если не невозможно, провести"⁶³⁴.

25) Помимо высказывания в решении по делу о *Споре относительно судоходных и смежных прав*⁶³⁵, Международный Суд не признал прямо того, что конкретная последующая практика имела своим следствием изменение договора. Это, в частности, справедливо в отношении *консультативного заключения по Намибии*, а также *консультативного заключения по вопросу о Стене*, в котором Суд признал, что последующая практика существенным образом влияет на определение значения договора, однако воздержался от прямого признания, что

⁶³² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64; см. также *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 256, para. 62; Yasseen, сноска 538 выше, p. 51; Kamto, сноска 631 выше, pp. 134–141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, (Heymann, 1963), p. 132.

⁶³³ Проект вывода 3 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV.C.1*) и комментарий к проекту вывода 3, пункты 1–18 (там же, глава IV.C.2).

⁶³⁴ Sinclair, сноска 538 выше, p. 138; Gardiner, сноска 538 выше, p. 243; Murphy, сноска 604 выше, p. 90; B. Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 46; Karl, сноска 539 выше, pp. 42–43; J.-M. Sorel and V. Boré Eveno, "Article 31: Convention of 1969", *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, в O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 825, para. 42; Dörr, сноска 539 выше, p. 555, para. 76; это справедливо, даже если оба процесса теоретически могут рассматриваться как "юридически вполне отличные друг от друга", см. Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren in *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1212–1213, para. 16; аналогично Hafner, сноска 615 выше, p. 114; Linderfalk, сноска 539 выше, p. 168.

⁶³⁵ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64.

такая практика привела и к внесению поправок или изменений в договор⁶³⁶. Поскольку эти заключения касаются договоров об учреждении международной организации, из них представляется затруднительным вывести общую норму права договоров. Вопросы о последующих соглашениях и последующей практике в связи с международными организациями будут рассмотрены в одном из последующих докладов⁶³⁷.

26) Другие важные дела, в которых Международный Суд поднимал вопрос о возможном изменении в силу последующей практики участников, связаны с договорами о границах. В деле о *Сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* Суд высказался следующим образом:

"В данном случае поведение Камеруна на этой территории имеет значение только для вопроса о том, согласился ли он с установлением изменения названия договора, возможности чего нельзя полностью исключить согласно праву"⁶³⁸.

27) Суд установил такое согласие в деле о *Храме Прэахвихеа*, где он в решающей степени сделал упор на том факте, что одна из сторон (Франция) явно притязала на суверенитет, что, по мнению Суда, потребовало реакции другой стороны (Таиланда)⁶³⁹. Вместе с тем это решение было вынесено до принятия Венской конвенции и, следовательно, по крайней мере предполагаемым образом, было принято во внимание государствами в их дискуссии на Венской конференции⁶⁴⁰. Кроме того, это решение прямо не признает изменения договора в силу последующей практики, поскольку Суд оставил открытым вопрос о том, совместима ли линия на французской карте с линией водораздела, которая была согласована в первоначальном договоре о границе между обоими государствами, – хотя часто предполагается, что это не имело место⁶⁴¹.

28) Таким образом, оставляя открытой возможность изменения договора в силу последующей практики участников, Международный Суд к настоящему времени прямо не признал, что такие последствия действительно имели место в конкретном случае. Скорее Суд достиг толкований, которые было трудно согласовать с обычным значением текста договора, но которые совпадали с выявлен-

⁶³⁶ Thirlway, сноска 631 выше, р. 64.

⁶³⁷ См. уже *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10, A/67/10*, пункт 238, и там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10, A/63/10*, приложение A, пункт 42.

⁶³⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, р. 303, at p. 353, para. 68.

⁶³⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, р. 6, at p. 30: "признание в силу поведения было, несомненно, сделано самым определенным образом... очевидно, что эти обстоятельства были таковы, что они требовали определенной реакции"; "трудно представить более прямое правопритязание со стороны Французского Индокитая", что поэтому "требовало реакции".

⁶⁴⁰ М. Kohen, "Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice", *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), р. 272.

⁶⁴¹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962, р. 6, at p. 26: "Факт, который, если он соответствует действительности, должен был быть не менее очевидным в 1908 году". Судья Парра-Арангурен считал, как показало дело о *Храме*, что "значение последующей практики в данном случае заключалось в изменении договора". *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, р. 1045, at pp. 1212–1213, para. 16 (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren); Buga, сноска 631 выше, at note 113.

ной практикой участников⁶⁴². Противоположные мнения арбитражных трибуналов характеризуются как "изолированное исключение"⁶⁴³ или принятые до Венской конференции и прокомментированные на ней в критическом ключе⁶⁴⁴.

29) Апелляционный орган ВТО ясно высказался на тот счет, что он не признает толкования, которое стало бы результатом изменения договорного обязательства, поскольку это не стало бы "применением" положения ныне действующего договора⁶⁴⁵. На позицию апелляционного органа могла повлиять статья 3.2 Договоренности споров, в соответствии с которой "[р]екомендации и решения [Органа по разрешению споров] не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями"⁶⁴⁶.

30) В некоторых случаях Европейский суд по правам человека признавал последующую практику участников в качестве возможного источника изменения Конвенции. В *obiter dictum* в деле 1989 года *Серинг против Соединенного Королевства* Суд счел, что

установившаяся практика в государствах-участниках могла привести к внесению поправки в Конвенцию. В этом случае Суд признал, что последующая практика в национальной уголовной политике в виде всеобщей отмены смертной казни могла считаться устанавливающей соглашение договаривающихся государств об отмене изъятия, предусмотренного в § 1 статьи 2, и таким образом снимающей текстуальные ограничения пределов эволютивного толкования статьи 3 (*ibid.*, pp. 40–41, § 103)⁶⁴⁷.

31) Рассуждая таким образом, Суд пришел к следующему выводу в деле *Ас-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства*:

⁶⁴² В частности, заключение по Намибии воспринималось как указывающее на то, что последующая практика изменила пункт 3 статьи 27 Устава Организации Объединенных Наций, Alain Pellet, Article 38, в *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, A. Zimmermann et al, ed. 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press), 2012, p. 844, para. 279; ср. Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 53–54 англ. текста, пункты 124–126.

⁶⁴³ M. Kohen, "Keeping subsequent agreements and practice in their right limits", в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 43 regarding *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 April 2002, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, p. 83, at pp. 110–111, paras. 3.6.–3.10; см. также *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 September 1988, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, p. 1, at p. 56, paras. 209 and 210, где Арбитражный трибунал постановил, *obiter dictum*, "что демаркационная линия границы имела бы преимущественную силу по отношению к Соглашению, если бы можно было обнаружить противоречие"; однако см. R. Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, p. 20.

⁶⁴⁴ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 December 1963, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, p. 5, at pp. 62–63; *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, сноска 540 выше, p. 208, para. 58 (Japan); Murphy, сноска 604 выше, p. 89.

⁶⁴⁵ WTO, Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, paras. 391–393.

⁶⁴⁶ Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 1994, ILM, vol. 33 (1994) 1144.

⁶⁴⁷ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, Judgment*, 2 March 2010, Application No. 61498/08, ECHR 2010, para. 119, referring to *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV.

"В настоящее время все государства-члены, кроме двух, подписали Протокол № 13 и все государства, за исключением трех, подписавшие его, его ратифицировали. Эти цифры вместе с последовательной практикой государств по соблюдению моратория на смертную казнь служат серьезным указанием на то, что статья 2 изменена, запрещая смертную казнь во всех случаях. На этом фоне Суд не считает, что формулировка § 1 статьи 2 по-прежнему служит препятствием для дачи им такого толкования слов "жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания" в статье 3, которое включает смертную казнь (cf. Soering, цит. выше, §§ 102–104)"⁶⁴⁸.

32) Прецедентное право международных судов и трибуналов позволяет сделать следующие выводы: ситуация с ВТО указывает на то, что договор может препятствовать тому, что последующая практика участников имела изменяющее действие. Таким образом, этот вопрос в первую очередь регламентируется самим договором. Наоборот, дела Европейского суда по правам человека указывают на то, что договор может допускать изменяющее действие последующей практики участников. Таким образом, в конечном счете многое зависит от данного договора или его положений⁶⁴⁹.

33) Сложнее ситуация в случае договоров, применительно к которым таких указаний не имеется. Для таких случаев в юриспруденции Международного Суда нельзя выделить четкой остаточной нормы. Вместе с тем можно сделать тот вывод, что Суд, установив, что возможности изменения договора в силу последующей практики участников "нельзя полностью исключить согласно праву"⁶⁵⁰, счел, что такого изменения следует избегать, во всяком случае, если это возможно. Вместо этого Суд предпочитает принимать широкие толкования, способные расширить обычное значение терминов договора.

34) Этот вывод из юриспруденции Международного Суда соответствует определенным соображениям, которые были изложены в ходе дискуссий между государствами по проекту статьи 38 Венской конвенции⁶⁵¹. Сегодня то соображение, что процедуры внесения поправок, которые предусмотрены в договоре, не должны обходиться с использованием неофициальных средств, по-видимому, приобрело больший вес в отношении того равно справедливого общего соображения, что международному праву свойственен меньший формализм, чем внутригосударственному праву⁶⁵². Озабоченность, которая была выражена рядом государств на Венской конференции, считавших, что возможность изменения договора в силу последующей практики может создать трудности для внутригосударственного конституционного права, также стала более актуальной в последующий период⁶⁵³. К тому же, хотя принцип *pacta sunt servanda* формально не

⁶⁴⁸ *Ibid.*, para. 120; B. Malkani, "The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (2013), p. 523.

⁶⁴⁹ Buga, сноска 631 выше, at notes 126–132.

⁶⁵⁰ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68.

⁶⁵¹ Второй доклад, сноска 557 выше, стр. 52–53 англ. текста, пункты 119–121.

⁶⁵² Murphy, сноска 604 выше, p. 89; Simma, сноска 634 выше, p. 47; Hafner, сноска 615 выше, pp. 115–117; J.E. Alvarez, "Limits of change by way of subsequent agreements and practice", in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 130.

⁶⁵³ См. *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of 19 June 2001, Application 2 BvE 6/99 (английский перевод имеется по адресу www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), paras. 19–21; S. Kadelbach, "Domestic constitutional concerns with respect to the use of

подвергается сомнению в силу поправки или изменения в договоре в результате последующей практики, устанавливающей согласие всех участников, равным образом верно и то, что стабильность договорных связей может оказаться под сомнением, если неофициальные средства выявления соглашения как последующей практики могли бы легко изменить договор⁶⁵⁴.

35) Наконец, хотя международное прецедентное право может в известной степени служить обоснованием того, что в отсутствие указаний в договоре на обратное согласованная последующая практика участников теоретически может привести к изменению договора, фактического возникновения такого рода результата презюмировать нельзя. Наоборот, государства и суды предпочитают предпринимать все усилия для того, чтобы воспринимать согласованную последующую практику участников как усилия по толкованию договора определенным образом. Такого рода усилия по максимально широкому толкованию договора возможны из-за того, что статья 31 Венской конвенции не устанавливает примата какого-либо одного содержащегося в ней толкования, требуя вместо этого от толкователя принимать во внимание все соответствующие средства толкования⁶⁵⁵. Важное соображение в этом контексте – насколько далеко может зайти эволютивное толкование соответствующей нормы договора⁶⁵⁶.

Вывод 8

Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования

1. Значение последующего соглашения или последующей практики как средства толкования согласно пункту 3 статьи 31 зависит, в частности, от их ясности и специфики.
2. Кроме того, значение последующей практики согласно пункту 3 b) статьи 31 зависит от того, повторяется ли она, и если да, то каким образом.
3. Значение последующей практики как дополнительного средства толкования согласно статье 32 может зависеть от критериев, указанных в пунктах 1 и 2.

subsequent agreements and practice at the international level", pp. 145–148; Alvarez, *supra* note 652, p. 130; I. Wuerth, "Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions", pp. 154–159; and H. Ruiz Fabri, "Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy", pp. 165–166, все в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013).

⁶⁵⁴ См., например, Kohen, *supra* note 640, p. 274 (в частности, в отношении договоров о границах).

⁶⁵⁵ Проект вывода 1, пункт 5, а также сопровождающий комментарий (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV, раздел C.1 и раздел C.2*); Hafner, сноска 615 выше, p. 117; некоторые авторы поддерживают то мнение, что пределы того, что можно воспринять как "толкование", шире в случае последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, чем в случае толкований с помощью других средств толкования, включая пределы эволютивных толкований судов или трибуналов, например, Gardiner, сноска 538 выше, p. 243; Dörr, сноска 539 выше, p. 555, para. 76.

⁶⁵⁶ Например, в деле о *Споре относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд мог оставить открытым вопрос о том, был ли термин "comercio" изменен в силу последующей практики участников, поскольку он решил, что этому термину можно дать эволютивное толкование. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at pp. 242–243, paras. 64–66.

Комментарий

1) Проект вывода 8 выявляет определенные критерии, которые могут быть полезны при определении толковательного значения, которое должно усматриваться у конкретного последующего соглашения или конкретной последующей практики в процессе толкования в конкретном случае. Разумеется, значение, усматриваемое у последующих соглашений или последующей практики, должно также определяться по отношению к другим средствам толкования (см. проект вывода 1, пункт 5).

2) В пункте 1 рассмотрен вопрос о значении последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, и тем самым с общей точки зрения в нем затрагиваются оба подпункта а) и б). В пункте 1 указано, что значение, которое должно придаваться последующему соглашению или последующей практике как средству толкования, в частности, зависит от их ясности и специфики. Использование термина "в частности" указывает на то, что эти критерии не должны считаться исчерпывающими. Другие критерии могут быть связаны с моментом времени, когда соглашение или практика имели место⁶⁵⁷, тем акцентом, который делают участники на конкретном соглашении или конкретной практике, или с применимым бременем доказывания.

3) Значение толкования последующих соглашений или практики по отношению к другим средствам толкования часто зависит от их специфики в связи с данным договором⁶⁵⁸. Это, в частности, подтверждают решения Международного Суда, арбитражные решения и доклады третейских групп и Апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО)⁶⁵⁹. Показательны решения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в деле *Плама против Болгарии*:

"Верно то, что договоры между договаривающимися сторонами и третьими государствами могут быть приняты во внимание для цели уточнения значения текста договора в момент его заключения. Истец совершенно ясным и информативным образом представил практику Болгарии в отношении заключения инвестиционных договоров после заключения Болгарско-Кипрского ДИД в 1987 году. В 1990-х годах после смены коммунистического режима Болгария стала заключать ДИД, содержащие более либеральные положения об урегулировании споров, включая обращение к арбитражу МЦУИС. Однако эта практика не имеет особого отношения к данному делу, поскольку последующие переговоры между Болгарией и Кипром указывают на то, что эти договаривающиеся стороны не имели в виду, что положение об НБН будет иметь тот смысл, который, в противном случае, мог бы быть выведен из последующей договорной практики Болгарии. Болгария и Кипр вели переговоры о пересмотре своего ДИД в

⁶⁵⁷ В деле о *Морском споре (Перу против Чили)* Суд отдал приоритет практике, ближе отстоящей от даты вступления в силу, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., Judgment of 27 January 2014. Имеется по адресу www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf, p. 47, para. 126.

⁶⁵⁸ Murphy, сноска 604 выше, p. 91.

⁶⁵⁹ См., например, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 55, para. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 259, para. 74; WTO, Panel Report, *US – Continued Zeroing*, WT/DS350/R, 1 October 2008 WTO, Appellate Body Report, *US – Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, 3 March 2005, para. 625.

1998 году. Переговоры окончились безрезультатно, однако они конкретно предусматривали пересмотр положений об урегулировании споров... Из этих переговоров можно заключить, что сами договаривающиеся стороны ДИД не считали, что положение о НБН охватывает положения об урегулировании споров в других ДИД"⁶⁶⁰.

4) Если Международный Суд и арбитражные суды обычно усматривают более толковательное значение достаточно конкретной последующей практики государств, то Европейский суд по правам человека часто основывается на широких сопоставительных оценках законодательства государств или международных позиций, занятых государствами⁶⁶¹. В этом последнем контексте следует иметь в виду, что права и обязанности согласно договорам о правах человека должны правильным образом трансформироваться, в рамках данной свободы усмотрения, в законы, практику исполнительной власти и международные договоренности соответствующего государства-участника. Для этой цели достаточно существенное сходство законодательства государств-участников может иметь отношение для определения объема данного права человека или необходимости его ограничения. Кроме того, характер известных прав и обязательств порой говорит в пользу учета менее конкретной практики. Например, в деле *Ранцев против Кипра* Суд признал:

"из положений этих двух [международно-правовых] актов ясно следует, что договаривающиеся государства... пришли к мнению, что только комбинация мер, затрагивающих все три аспекта, может быть действенной в борьбе с торговлей людьми. Таким образом, обязанность наказать и привлечь к ответственности за торговлю людьми – это только один аспект общего обязательства государств-членов бороться с торговлей людьми. Масштабы позитивных обязательств, возникающих в силу статьи 4 [о запрещении принудительного труда], должны быть рассмотрены в этом более широком контексте"⁶⁶².

5) С другой стороны, в деле *Чапман против Соединенного Королевства* Суд отметил "что можно сказать, что среди договаривающихся государств Совета Европы складывается международный консенсус, признающий особые потребности меньшинств и обязательства защищать их безопасность, самобытность и образ жизни..."⁶⁶³, хотя в итоге он заявил, что он "не убежден в том, что этот консенсус достаточно конкретен для того, чтобы он выводил из него какие-либо указания относительно поведения или стандартов, которые договаривающиеся государства считают желательными в какой-либо конкретной ситуации"⁶⁶⁴.

6) В пункте 2 проекта вывода 8 рассматривается только последующая практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 и уточняется, что значение после-

⁶⁶⁰ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Cyprus/Bulgaria BIT), Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (ECT) (8 February 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), p. 262, at pp. 323–324, para. 195.

⁶⁶¹ См., например, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment, 27 September 1990, Application No. 10843/84, ECHR Series A, No. 184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, Judgment, 25 April 1978, Application No. 5856/72, ECHR Series A, No. 26, para. 31; *Norris v. Ireland*, Judgment, 26 October 1988, Application No. 10581/83, ECHR Series A, No. 142, para. 46.

⁶⁶² *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Judgment, 7 January 2010, Application No. 25965/04, ECHR 2010, para. 285; см. также paras. 273–274.

⁶⁶³ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application No. 27238/95, ECHR 2001-I, para. 93.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, para. 94.

дующей практики также зависит от того, повторяется ли она и если да, то каким именно образом. Эта формула "повторяется ли она, а если да, то каким образом" привносит элементы времени и характера повторения. Например, она указывает на то, что в зависимости от конкретного договора нечто большее, чем всего лишь механическое или неспециальное повторение данной практики может увеличить ее толковательную ценность в контексте пункта 3 b) статьи 31. Элемент времени и характера повторения также служит указанием на "обоснование" конкретной позиции участников в отношении толкования договора. Кроме того, неосуществление последующего соглашения может также указывать на отсутствие у него значения средства толкования в соответствии с пунктом 3 a) статьи 31⁶⁶⁵.

7) Вопрос о том, требует ли "последующая практика" согласно пункту 3 b) статьи 31⁶⁶⁶ более чем однократного применения договора, рассматривался Апелляционным органом ВТО в деле *Япония – Алкогольные напитки II*:

"Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве "согласованного, общего и последовательного" ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения сторон относительно ее толкования"⁶⁶⁷.

8) Это определение предполагает, что последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 требует не одного "акта или заявления" в отношении толкования договора, а скорее действий, периодичность и единообразие которых обосновывают тот вывод, что участники достигли взаимоприемлемого соглашения относительно толкования договора. Такой порог может предполагать, что последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 требует широкой, урегулированной и квалифицированной формы коллективной практики в целях установления соглашения между участниками относительно толкования.

9) С другой стороны, Международный Суд применял пункт 3 b) статьи 31 более гибко, не добавляя дополнительных условий. Это, в частности, касается его решения в деле об *Острове Касикили/Седуду*⁶⁶⁸. Другие международные суды в основном следовали подходу Международного Суда. Это касается Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов⁶⁶⁹ и Европейского суда по правам человека⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 63, para. 131.

⁶⁶⁶ Проект вывода 4, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10*, A/68/10, глава. IV.C.1).

⁶⁶⁷ WTO, Appellate Body Report, *Japan — Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, sect. E, pp. 12–13.

⁶⁶⁸ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1075–1076, paras. 47–50 and p. 1087, para. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at pp. 34–37, paras. 66–71.

⁶⁶⁹ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004–2009), p. 77, at pp. 116–126, paras. 109–133.

⁶⁷⁰ *Soering*, сноска 558 выше, para. 103; *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgment, 23 March 1995, Application No. 15318/89, ECHR, Series A, No. 310, paras. 73 and 79–82; *Banković*, сноска 561 выше, paras. 56 and 62; в отношении юриспруденции трибуналов МЦУИС см. O.K. Fauchald, "The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), p. 345;

10) Однако разница между стандартом, изложенным Апелляционным органом ВТО, с одной стороны, и подходом Международного Суда – с другой, скорее кажущаяся, чем реальная. По-видимому, Апелляционный орган ВТО воспринял формулу "согласованный, общий и последовательный" из публикации⁶⁷¹, где указывает, что "ценность последующей практики естественным образом будет зависеть от того, в какой степени она является согласованной, общей и последовательной"⁶⁷². Таким образом, формула "согласованная, общая и последовательная" служит указанием на обстоятельства, в которых последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 имеет большее или меньшее значение как средство толкования в процессе толкования, а не требует какой-либо конкретной периодичности практики⁶⁷³. Сам Апелляционный орган ВТО иногда исходил из такой нюансированной оценки⁶⁷⁴.

11) Заклучив, что формула "согласованная, общая и последовательная" может быть полезна при определении значения последующей практики в конкретном случае, Комиссия также сочла, что она недостаточно прочно утвердилась для обозначения минимального порога применимости пункта 3 b) статьи 31, а также сопряжена с риском того, что она будет ошибочно восприниматься как чрезмерно категоричная. В итоге Комиссия продолжает считать, что "ценность последующей практики изменяется в зависимости от того, насколько она выражает общее мнение сторон относительно значения термина"⁶⁷⁵. Это предполагает, что однократная практика участников, устанавливающая их согласие в отношении толкования, должна учитываться согласно пункту 3 b) статьи 31⁶⁷⁶.

см. также A. Roberts, "Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States", *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 207–215.

⁶⁷¹ I. Sinclair, сноска 538 выше, р. 137; см. также Yasseen, сноска 538 выше, pp. 48–49; в то время как "commune" взято из работы Комиссии международного права, "d'une certaine constance" и "concordante", – условия, которые Ясин выводит с помощью последующих логических рассуждений; см. *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), pp. 98–99, paras. 17–18 and p. 221, para. 15.

⁶⁷² I. Sinclair, сноска 538 выше, р. 137; Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 118, para. 114.

⁶⁷³ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; J.-P. Cot, "La conduite subséquente des parties a un traité", *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, pp. 644–647 ("valeur probatoire"); Distefano, сноска 538 выше, р. 46; Dörr, сноска 539 выше, р. 556, para. 79; см. также выступления в прениях сторон по делу о *Морском споре (Перу против Чили)* в Международном Суде, CR 2012/33, pp. 32–36, paras. 7–19 (Wood), имеется по адресу www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, pp. 13–18, paras. 6–21 (Wordsworth), имеется по адресу www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

⁶⁷⁴ WTO, Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 93.

⁶⁷⁵ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II, p. 222, para. 15; Cot, сноска 673 выше, р. 652.

⁶⁷⁶ На практике однократной практики часто будет недостаточно для установления соглашения участников в отношении толкования договора, однако, как общее правило, последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 не требует какого-либо повторения, а лишь требует соглашения о толковании. Вероятность соглашения, установленного в силу однократной практики, таким образом, зависит от данного акта и договора, см. E. Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals", *Recueil des cours de l'Académie*

12) Пункт 3 проекта вывода 8 также затрагивает значение, которое должно придаваться "другой последующей практике" в соответствии со статьей 32 (см. пункт 3 проекта вывода 4). В нем не затрагивается вопрос о том, когда и при каких обстоятельствах такого рода практика может быть рассмотрена. В схожей ситуации Апелляционный орган ВТО подчеркивал, что эти два вопроса необходимо отделять друг от друга:

"Мы считаем, что Европейские сообщества объединяют предварительный вопрос о том, что может быть квалифицировано как "обстоятельство" заключения договора, с отдельным вопросом установления степени значения, которое может придаваться данному обстоятельству для целей толкования согласно статье 32"⁶⁷⁷.

Апелляционный орган также постановил, что

"во-первых, Третья группа не изучала практику классификации в Европейских сообществах в ходе переговоров Уругвайского раунда как дополнительное средство толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции; а также, во-вторых, ценность классификационной практики как дополнительного средства толкования..."⁶⁷⁸.

Для того чтобы определить "значимость" такой последующей практики, Апелляционный орган сослался на "объективные факторы":

"К ним относится вид события, документа или правового акта и его правовой характер; относимость обстоятельства по времени с заключением договора; фактическое знание или простой доступ к опубликованному документу или правовому акту; предмет документа, правового акта или события в связи с положением договора, подлежащим толкованию; а также была ли она использована или повлияла ли она на переговоры о заключении договора и как именно..."⁶⁷⁹.

13) Хотя Апелляционный орган не использовал термина "специфика", он сослался на критерий, указанный выше. Вместо ясности Апелляционный орган говорил о "последовательности" и заявил, что последовательность должна не служить эталоном сравнения, а, скорее, определять степень значимости. "Последовательная предыдущая практика классификации часто может иметь важ-

de droit international de La Haye, vol. 152, 1976, p. 381, at p. 457; Linderfalk, сноска 539 выше, p. 166; C.F. Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organizations", *British Yearbook of International Law* vol. 65, No. 1 (1994), p. 175, at p. 199; Филлигер считает необходимой известную периодичность, хотя и подчеркивает, что важный момент – установление соглашения, Villiger, сноска 616 выше, p. 431, para. 22. Ясин и Синклер пишут, что практика не может "в целом" быть установлена одним единым актом, M.K. Yasseen, сноска 538 выше, p. 47; I. Sinclair, сноска 538 выше, p. 137; cf. Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 307, at p. 310.

⁶⁷⁷ WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 297.

⁶⁷⁸ WTO, Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5. June 1998, para 92.

⁶⁷⁹ WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 290.

ное значение. Однако непоследовательная практика классификации не может иметь отношения к делу (при толковании значения тарифных уступок)"⁶⁸⁰.

14) Еще одним фактором, который помогает определить относимость согласно статье 32, может быть число затрагиваемых государств, следующих такой практике. Апелляционный орган заявил:

"Для установления такого намерения может иметь значение предыдущая практика только одного из участников, однако она, очевидно, имеет более ограниченную ценность, чем практика всех участников. В конкретном случае толкования тарифной уступки в таблице классификационная практика члена-импортера, наоборот, может иметь большое значение"⁶⁸¹.

Вывод 9

Соглашение участников относительно толкования договора

1. Соглашение по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, о котором известно участникам и с которым они согласны. Хотя оно должно быть принято во внимание, такое соглашение не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу.

2. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.

Комментарий

1) В первом предложении пункта 1 вводится принцип, в соответствии с которым "соглашение" по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31 требует общего понимания участников в вопросах толкования договора. Чтобы это общее понимание повлекло за собой последствия, предусмотренные в пункте 3 статьи 31, участники должны быть осведомлены о нем и согласны с изложенным в нем толкованием. Хотя различие по форме "соглашения" согласно подпунктам а) и b) уже было отмечено в проекте вывода 4 и в комментарии к нему⁶⁸², цель пункта 1 проекта вывода 9 состоит в том, чтобы указать, что общего между этими двумя подпунктами и к какому соглашению по существу пришли участники относительно толкования договора.

2) Элементом, разграничивающим последующие соглашения и последующую практику в качестве аутентичного средства толкования согласно пункту 3 а) и b) статьи 31, с одной стороны, и другую последующую практику в качестве дополнительного средства толкования согласно статье 32⁶⁸³ – с другой, является "соглашение" участников относительно толкования соответствующего договора. Именно соглашение участников придает средствам толкования со-

⁶⁸⁰ WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para 307; cf. also WTO, Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 95.

⁶⁸¹ WTO, Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para 93.

⁶⁸² См. комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV.C.2*).

⁶⁸³ См. проект вывода 2 и проект вывода 4, пункт 3 (там же, A/68/10, глава IV.C.1).

гласно пункту 3 статьи 31⁶⁸⁴ их конкретную функцию и ценность для интерактивного процесса толкования в соответствии с общим правилом толкования, предусмотренным статьей 31⁶⁸⁵.

3) Противоположные позиции, излагаемые различными участниками договора, препятствуют достижению соглашения. Это было подтверждено, в частности, Арбитражным трибуналом в связи с делом *Внешние долги Германии*, который постановил, что сообщения различных управляющих учреждений не позволяют вести речь о наличии "подразумеваемого последующего понимания", поскольку одно из учреждений – Английский банк – изложило иную позицию⁶⁸⁶.

4) При этом отсутствие соглашения может проявляться только при наличии расхождений в позициях участников и в течение периода сохранения этих различий. Тот факт, что участники осуществляют договор по-разному, сам по себе не позволяет сделать вывод о расхождении их позиций относительно толкования договора. Такое различие может указывать на разногласия по одному правильному толкованию, а также может лишь отражать общее понимание того, что договор обеспечивает определенные возможности для его осуществления по своему усмотрению⁶⁸⁷. Договоры, в которых отражены соображения человечности и/или другие общечеловеческие интересы – например, договоры о правах человека или о беженцах, – направлены на единообразное толкование, но при этом в них сохраняется определенная возможность осуществления по усмотрению государств.

5) Хотя двусмысленное поведение одного или нескольких участников, как правило, не позволяет установить наличие соглашения⁶⁸⁸, не все элементы поведения государства, не вписывающиеся в общую картину, придают поведению этого государства такую двусмысленность, которая не позволяет установить наличие соглашения. Например, в деле о *Канале Бигль* Арбитражный суд определил, что, хотя позиции сторон по одному аспекту толкования договора расхо-

⁶⁸⁴ См. Crawford, p. 30 (см. сноску 570 выше): "Нет никаких оснований считать, что термин "соглашение" в подпункте b) имеет какое-либо иное значение по сравнению с его значением в подпункте a)".

⁶⁸⁵ См. комментарий к проекту вывода 1, пункты 12–15 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV.C.2*); статью 31 следует "воспринимать в целом", и в ней процесс толкования определяется как "одно общее действие", "не создающее правовую иерархию норм для толкования договоров", *Yearbook ...*, 1966, vol. II, p. 219, para. 8, and p. 220, para. 9.

⁶⁸⁶ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award of 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 67, pp. 103–104, para. 31; см. также WTO, Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Decision of 14 February 1985, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part IV, p. 149, at p. 175, para. 66.

⁶⁸⁷ См. комментарий к проекту вывода 7, пункты 12–15.

⁶⁸⁸ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, p. 231, at para. 258, para. 70; R. Kolb, p. 16 (см. сноску 643 выше).

дятся, это не всегда означает, что подобное отсутствие соглашения является необратимым:

"...Аналогичным образом переговоры, проводимые для достижения урегулирования и заканчивающиеся неудачей, вряд ли могут иметь необратимый эффект. В крайнем случае это может временно предотвращать пробные шаги участников в поддержку их вариантов толкования договора, поскольку такие шаги предпринимались в ходе переговоров. Рассмотрение этого вопроса не может быть вынесено на более высокий уровень"⁶⁸⁹.

6) Аналогичным образом в связи с делом *Лоизиду против Турции* Европейский суд по правам человека вынес определение, согласно которому сфера ограничений, которые могут устанавливаться участниками в отношении признания компетенции Комиссии и Суда, "была подтверждена последующей практикой Договаривающихся сторон", т.е. "существованием практики, свидетельствующей о практически общем согласии среди Договаривающихся сторон в отношении того, что статьи 25 и 46... Конвенции не позволяют устанавливать территориальные или существенные ограничения"⁶⁹⁰. Ссылаясь на пункт 3 b) статьи 3, Суд пояснил, что "такая государственная практика" имеет "единообразный и последовательный характер", хотя он в то же время признал, что оба государства, возможно, являются исключениями⁶⁹¹. Это решение предполагает некоторую гибкость при решении вопроса о том, было ли между участниками достигнуто соглашение относительно определенного толкования, по крайней мере Европейской конвенции⁶⁹².

7) Термин "соглашение" в Венской конвенции⁶⁹³ не предполагает каких-либо особых требований в отношении формы⁶⁹⁴, включая "соглашение" по смыслу пункта 3 a) и b) статьи 31⁶⁹⁵. При этом Комиссия отметила, что для проведения

⁶⁸⁹ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 57, at p. 188, para. 171.

⁶⁹⁰ *Loizidou*, paras. 79 and 81, см. сноску 670 выше.

⁶⁹¹ *Ibid.*, paras. 80 and 82; это дело касалось не толкования какого-либо отдельного права человека, а скорее вопроса о том, обязано ли государство вообще соблюдать Конвенцию.

⁶⁹² Более ограничительная судебная практика Органа по урегулированию споров ВТО свидетельствует о том, что различные стороны могут толковать вопросы по-разному, см. *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*, WT/DS294/R, 31 October 2005, para. 7.218: "[...] даже если окончательно установлено, что все 76 членов, упомянутых Европейскими сообществами, применяли [определенную] практику [...], это лишь означает, что значительное число членов ВТО придерживались подхода, который отличался от подхода Соединенных Штатов. [...] Мы отмечаем, что одна треть участников данного разбирательства представила доводы, оспаривающие точку зрения Европейских сообществ".

⁶⁹³ См. статьи 2 1) a), 3, 24 2), 39–41, 58 и 60.

⁶⁹⁴ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10*, A/68/10, глава IV.C.2); подтверждено Постоянной палатой третейского суда в арбитражном решении по делу *Bay of Bengal Maritime Boundary (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, можно ознакомиться по адресу http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=2705, p. 47, para. 165; Yasseen, p. 45 (см. сноску 538 выше); Distefano, p. 47 (см. сноску 538 выше).

⁶⁹⁵ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10*, A/68/10, глава IV.C.2); Gardiner, pp. 208–209 and 216–220 (см. сноску 539 выше); Aust, p. 213 (см. сноску 604 выше); Dörr, p. 554, para. 75 (см. сноску 539 выше); R. Gardiner, "The Vienna

различия между последующим соглашением по смыслу пункта 3 а) статьи 31 и последующей практикой, которая "устанавливает соглашение" участников относительно его толкования по смыслу пункта 3 b) статьи 31, первое предполагает наличие "одного общего действия" участников⁶⁹⁶. Никаких требований о публикации или регистрации соглашения, установленного на основании пункта 3 а) статьи 31, в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций не предусмотрено⁶⁹⁷.

8) Для установления соглашения по пункту 3 статьи 31 недостаточно одного лишь совпадения позиций участников относительно толкования или применения договора; необходимо, чтобы участники также осознавали и признавали, что эти позиции имеют общий характер. Так, в связи с делом об *Острове Касикили/Седуду* Международный Суд в отношении практики, требуемой в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31, вынес определение о том, что "власти полностью осознавали и признавали это в качестве подтверждения границ по Договору"⁶⁹⁸. Действительно, только знание и принятие позиции других участников в отношении толкования договора служит основанием для квалификации соглашения по смыслу пункта 3 а) или b) статьи 31 в качестве "аутентичного" средства толкования⁶⁹⁹. В некоторых обстоятельствах знание и принятие позиции другого участника или участников может предполагаться, особенно в случае договоров, осуществляемых на национальном уровне.

9) Цель второго предложения пункта 1 – подтвердить, что "соглашение" по смыслу пункта 3 статьи 31 необязательно должно иметь обязательную юридическую силу⁷⁰⁰ в отличие от других положений Венской конвенции, где термин

Convention Rules on Treaty Interpretation", in D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford, Oxford University Press, 2012), 475, 483.

⁶⁹⁶ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV.C.2*); "одно общее действие" может также заключаться в обмене письмами, см. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 June 1990, *ILR*, vol. 105, p. 1, at pp. 54–56; H. Fox, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island Case*", in *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years On*, M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds. (Martinus Nijhoff, 2010), p. 63; Gardiner, pp. 220–221 (см. сноску 538 выше).

⁶⁹⁷ A. Aust, "The theory and practice of informal international instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (1986), pp. 789–790.

⁶⁹⁸ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1999, p. 1045, at p. 1094, para. 74 ("оккупация острова племенем Масубия") and pp. 1077, para. 55 ("Доклад Изона", о котором "так и не стало известно Германии"); Dögg, p. 560, para. 88 (см. сноску 539 выше).

⁶⁹⁹ В этом отношении установление последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 может быть более жестким требованием по сравнению с тем, что требуется в соответствии с обычным международным правом, однако см. при этом *Boisson de Chazournes*, см. сноску 543 выше, pp. 53–55.

⁷⁰⁰ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 6 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, глава IV.C.2*); Ph. Gautier, *Non-Binding Agreements*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at mpepil.com, para. 14; M. Benatar, "From Probative Value to Authentic Interpretation: The Legal Effect of Interpretative Declarations", *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170, at pp. 194–195; Aust, *supra* note 604, p. 213; Gardiner, *supra* note 538, p. 217; см. также Третий доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о договорах сквозь призму времени, сноска 676 выше, пункт 307 на стр. 375 англ. текста.

"соглашение" употребляется для обозначения юридически обязательного документа⁷⁰¹.

10) Этот вывод подтверждается тем, что Комиссия в своих заключительных статьях о праве договоров использовала выражение "любая последующая практика, устанавливающая *понимание* [курсив добавлен] участников"⁷⁰². Слово "понимание" предполагает, что термин "соглашение" в пункте 3 статьи 31 не требует, чтобы участники тем самым принимали на себя или создавали какое-либо правовое обязательство, существующее в дополнение к договору или независимо от него⁷⁰³. На Венской конференции слово "понимание" было заменено термином "соглашение" не по причинам существа, а по причинам сугубо "редакционного характера" – чтобы подчеркнуть, что понимание участников означает их "общее" понимание⁷⁰⁴. Соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31, отличающееся от соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31 только по форме, но не по существу, также не должно непременно иметь обязательную юридическую силу⁷⁰⁵.

11) Таким образом, достаточно того, чтобы участники, посредством последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, придали договору определенное значение⁷⁰⁶ или, иными словами, приняли некое "понимание" этого договора⁷⁰⁷. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 а) и b) статьи 31, даже если они сами по себе не имеют обязательной юридической силы, могут, тем не менее, в качестве средств толкования приводить к возникновению юридических последствий в рамках процесса толкования согласно статье 31⁷⁰⁸. Соответственно, международные су-

⁷⁰¹ См. статьи 2 1) а), 3, 24 2), 39–41, 58 и 60.

⁷⁰² *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 222, para. 15.

⁷⁰³ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, ILR vol. 59 (1980), pp. 541–542, para. 31; Karl, pp. 190–195 (см. сноску 539 выше); Kolb, pp. 25–26 (см. сноску 643 выше); Linderfalk, pp. 169–171 (см. сноску 539 выше).

⁷⁰⁴ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, p. 169, at para. 60 (см. сноску 540 выше); P. Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États", in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet, ed. (Bruylant, 2007), p. 425, at p. 431 ("La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut que le terme <<accord>> est ici utilisé dans un sens 'générique, qui ne correspond pas nécessairement au <<traité>> défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique.").

⁷⁰⁵ Ph. Gautier, сноска 700 выше, para. 14; Aust, сноска 604 выше, pp. 211, 213.

⁷⁰⁶ Эта терминология соответствует положениям комментария к руководящему принципу 1.2 (Определение заявлений о толковании), содержащегося в подготовленном Комиссией Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам (см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10*, A/66/10/Add.1, стр. 78–79, пункты 18 и 19).

⁷⁰⁷ *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 221–222, paras. 15 and 16 (термин "понимание" используется как в контексте формулировки, ставшей впоследствии пунктом 3 а) статьи 31, так и формулировки, которая стала пунктом 3 b) статьи 31).

⁷⁰⁸ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, p. 3, at p. 131, para. 6.7; Aust, "The theory and practice of informal

ды и трибуналы не требовали, чтобы "соглашение" по смыслу пункта 3 статьи 31 отражало намерение участников создать новые или отдельные обязательства, имеющие обязательную юридическую силу⁷⁰⁹. Аналогичным образом меморандумы о взаимопонимании иногда признавались в качестве "потенциально важного подспорья для толкования", но не "источника независимых юридических прав и обязанностей"⁷¹⁰.

12) С другой стороны, некоторые члены Комиссии считали, что термин "соглашение" имеет одно и то же значение во всех положениях Венской конвенции. По мнению этих членов, этот термин означает любое понимание, которое имеет юридическую силу между соответствующими государствами, и прецедентное право, упомянутое в настоящем комментарии, не противоречит этому определению. Подобное определение не мешало бы учету для целей толкования понимания, не имеющего обязательной юридической силы, в соответствии со статьей 32.

13) В первом предложении пункта 2 подтверждается принцип, согласно которому для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31 не все участники должны осуществлять какую-либо определенную практику. Во втором предложении дается пояснение о том, что принятие такой практики участниками, которые ее не осуществляют, при некоторых обстоятельствах может вытекать из их молчания или бездействия.

14) Комиссия изначально признала, что "соглашение", вытекающее из последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может отчасти являться следствием молчания или бездействия одного или нескольких участников. Когда Комиссия поясняла причины, по которым она использовала выражение "понимание участников" в проекте пункта 3 b) статьи 27 (которое впоследствии в пункте 3 b) статьи 31 стало "соглашением", см. пункт 10 выше), а не выражение "понимание *всех* участников", Комиссия заявила следующее:

"Она сочла, что выражение "понимание участников" обязательно означает "участников в целом". Она опустила слово "всех" лишь для того, чтобы избежать любого возможного неправильного понимания, согласно которому каждый участник должен в индивидуальном порядке осуществлять

international instruments", сноска 697 выше, pp. 787 and 807; Linderfalk, сноска 539 выше, p. 173; Hafner, сноска 615 выше, pp. 110–113; Gautier, сноска 705 выше, p. 434. ⁷⁰⁹ Например, "pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation", WTO, Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages II, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, section E, p. 13; или "pattern ... must imply agreement on the interpretation of the relevant provision", WTO, Panel Report, EC – IT Products, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 August 2010, para. 7.558; или "practice [which] reflects an agreement as to the interpretation", Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), The Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Iran-USCTR, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 119, para. 116; или что "State practice" was "indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States"; Bankovic, para. 62 (см. сноску 561 выше).

⁷¹⁰ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, p. 2, at p. 131, para. 6.7; см. также *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decision of 24 May 2005, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, part II, p. 35, at p. 98, para. 157.

практику, тогда как то, что оно приняло эту практику, является достаточным"⁷¹¹.

15) Международный Суд также признал возможность выражения согласия относительно толкования посредством молчания или бездействия, заявив в решении по делу о *Храме Преах Вихеар*, что "когда ясно, что сложившиеся обстоятельства требовали принятия определенных мер реагирования в течение разумного периода времени" следует считать, что государство, столкнувшееся с некоторым последующим поведением другого участника, "молчаливо согласилось с ним"⁷¹². Это общее утверждение Суда о роли молчания в целях установления соглашения относительно толкования договора в силу последующей практики было подтверждено последующими решениями⁷¹³, а также получило общую поддержку юристов-теоретиков⁷¹⁴. "Обстоятельства", которые "потребуют принятия определенных мер реагирования", включают особые условия, в которых государства-участники взаимодействуют друг с другом в связи с договором⁷¹⁵.

16) В рамках дела о *Канале Бигль*⁷¹⁶ Арбитражный суд рассматривал утверждение Аргентины о том, что юрисдикционные акты Чили в отношении некоторых островов не могут считаться релевантным последующим поведением, поскольку Аргентина не отреагировала на эти акты. При этом Суд вынес следующее определение:

"В положениях Венской конвенции возможные способы проявления соглашения не указываются. В контексте настоящего дела юрисдикционные акты не были направлены на установление источника права собственности независимо от условий договора; к тому же нельзя считать, что они противоречат этим положениям в том виде, как их понимает Чили. Имеющиеся данные подтверждают точку зрения о том, что они имели публичный характер, были хорошо известны Аргентине и могли основываться на..."

⁷¹¹ *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 222, para. 15.

⁷¹² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 23.

⁷¹³ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, p. 815, para. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, at p. 410, para. 39; *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, ICTY-95-17/1, para. 179; *Rantsev*, сноска 662 выше, para. 285; с осторожностью: WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272; см. также в ограниченном смысле *Iran-United States Claims Tribunal, Award No. 30-16-3, RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation, Iran-USCTR*, vol. 2 (1983), p. 141, at p. 144; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 67; ILR, vol. 59 (1980), p. 541, para. 31.

⁷¹⁴ М. Kamto, сноска 631 выше, pp. 134–141; Yasseen, сноска 538 выше, p. 49; Gardiner, сноска 538 выше, p. 236; Villiger, сноска 616 выше, p. 431, para. 22; Dögg, сноска 539, pp. 557 and 559, paras. 83 and 86.

⁷¹⁵ Например, при работе в рамках международной организации см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011*, p. 644, at pp. 675–676, paras. 99–101; Kamto, сноска 631 выше, p. 136.

⁷¹⁶ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53.

ваться только на положениях Договора. При таких обстоятельствах молчание Аргентины позволяет сделать вывод о том, что эти акты имели своей целью подтвердить толкование смысла Договора независимо от самих юрисдикционных актов"⁷¹⁷.

В связи с тем же делом Арбитражный суд отметил следующее:

"Само опубликование нескольких карт крайне сомнительного содержания и ценности (как это уже продемонстрировал Суд) не может, даже если это отражает официальную позицию Аргентины, помешать или воспрепятствовать Чили совершить действия, которые в свою очередь продемонстрируют ее позицию в отношении ее прав по Договору 1881 года; факт такой публикации не может также убедить Аргентину в том, что ей не следует больше реагировать на эти действия, если она считает их противоречащими договору"⁷¹⁸.

17) Смысл молчания также зависит от правовой ситуации, к которой относится последующая практика другого участника, и соответствующего выраженного требования. Так, в своем постановлении по делу *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Суд указал:

"Некоторые из этих видов деятельности – организация здравоохранения и образования, правоохранительная деятельность и отправление правосудия – можно, как правило, рассматривать в качестве *суверенных* актов. При этом Суд отмечает, что, поскольку у Камеруна ранее имелось право собственности в этой области, то соответствующая правовая задача заключается в определении того, можно ли в данном случае говорить о доказанном молчаливом согласии Камеруна на передачу своего права собственности Нигерии"⁷¹⁹.

18) Это постановление предполагает, что в ситуациях с договорами о делимитации границ сложившиеся обстоятельства будут требовать какой-либо реакции на поведение, направленное против делимитации, лишь в самых исключительных случаях. В таких ситуациях, как представляется, существует обоснованная презумпция в отношении того, что молчание не означает признания практики"⁷²⁰.

19) Актуальность молчания или бездействия для установления соглашения относительно толкования в значительной степени зависит от обстоятельств конкретного дела. Решения международных судов и трибуналов показывают, что факт принятия практики одним или несколькими участниками посредством молчания или бездействия установить непросто.

⁷¹⁷ Ibid. at p. 187, para. 169 (a).

⁷¹⁸ Ibid.

⁷¹⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 352, para. 67.

⁷²⁰ Ibid., at p. 351, para. 64: "Суд, однако, отмечает, что теперь, когда он вынес свои определения о том, что граница в озере Чад была делимитирована... это означает, что любые действия Нигерии по сути должны квалифицироваться с точки зрения их правовых последствий как действия *contra legem*"; *Frontier Dispute, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 554, at p. 586, para. 63; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, part II (Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui), p. 119, at p. 181, para. 70.

20) Например, международные суды и трибуналы неохотно соглашались признавать в качестве последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 парламентские акты или решения национальных судов, на которые другие участники договора должны реагировать, даже если такие акты или судебные решения были доведены до их сведения по другим каналам, в том числе через их собственную дипломатическую службу⁷²¹.

21) Кроме того, даже в случаях, когда участник своим поведением выражает определенную позицию по отношению к другому участнику (или участникам) относительно толкования договора, это не всегда требует принятия мер реагирования со стороны другого участника или участников. В решении по делу об *Острове Касикили/Седуду* Международный Суд указал, что государство, не отреагировавшее на выводы совместной комиссии экспертов, которой участники поручили определить конкретную фактическую ситуацию в отношении предмета спора, не обеспечило таким образом основание для вывода о том, что в этом споре было достигнуто соглашение⁷²². Суд счел, что стороны рассматривали работу экспертов лишь как подготовительный шаг к отдельному решению, которое должно впоследствии приниматься на политическом уровне. В более общем плане Апелляционный орган ВТО вынес определение о том, что:

"в конкретных ситуациях "отсутствие реакции" со стороны какого-либо участника договора или его молчание могут, с учетом сопутствующих обстоятельств, восприниматься как признание практики других участников договора. Такие ситуации могут наблюдаться в случаях, когда участник, который не осуществлял практику, узнал или был проинформирован о практике других участников (например, посредством уведомления или в связи с участием в форуме, на котором она обсуждается), но не реагирует на нее"⁷²³.

Этот подход был подтвержден Международным трибуналом по морскому праву. Принимая во внимание практику государств в сфере толкования статей 56, 58 и 73 ЮНКЛОС, Трибунал указал следующее:

"Трибунал признает, что в национальном законодательстве некоторых государств, причем не только в Западноафриканском регионе, но и в ряде других регионов мира, бункеровка иностранных судов, ведущих рыбный промысел в их исключительных экономических зонах, регламентируется путем, аналогичным тому, который принят в Гвинее-Бисау. Трибунал далее отмечает, что явного противоречия этому законодательству не выявлено и что оно в целом соблюдается"⁷²⁴.

22) Возможное правовое значение молчания или бездействия в связи с последующей практикой какого-либо участника договора не ограничивается содействием возможному достижению основополагающего общего соглашения; оно может также играть определенную роль в применении норм, не основывающихся на соглашении.

⁷²¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625, at p. 650, para. 48; WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 334 ("...простой доступ к опубликованному решению не может быть равнозначен признанию...").

⁷²² *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1089–1091, paras. 65–68.

⁷²³ WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272 (сноска опущена).

⁷²⁴ *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment of 14 April 2014, para 218.

вающихся на согласии, таких как эстоппель, препятствие или исковая давность⁷²⁵.

23) Когда между участниками установлено соглашение по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31, его действие может со временем завершиться. В соответствии с пунктом 3 статьи 31 участники могут заменить его другим соглашением с иной сферой действия или содержанием. В этом случае новое соглашение заменяет предыдущее в качестве аутентичного средства толкования начиная с даты его вступления в силу, по крайней мере на определенный период времени в будущем⁷²⁶. Однако такие ситуации не следует допускать с легкостью, поскольку государства, как правило, не изменяют своего толкования по соображениям краткосрочного характера.

24) Возможны и случаи, когда между участниками возникают разногласия относительно толкования договора после достижения ими последующего соглашения относительно такого толкования. Однако такие разногласия, как правило, не приводят к замене первоначального последующего соглашения, поскольку принцип добросовестности не позволяет участнику просто дезавуировать законные ожидания, возникшие в связи с общим толкованием⁷²⁷. С другой стороны, четко выраженное одним участником дезавуирование ранее согласованной последующей практики "значительно снижает значимость практики после этой даты", не умаляя при этом значения предыдущей общей практики⁷²⁸.

Вывод 10

Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников

1. Конференция государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.

2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и любых применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе, в ясной форме или имплицитно, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31 или последующей практики по смыслу статьи 32. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников, часто предоставляют неэксклюзивный ряд практических вариантов для имплементации договора.

3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику согласно пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования до-

⁷²⁵ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, pp. 130–131 (Dissenting Opinion of Judge Spender).

⁷²⁶ Hafner, сноска 615 выше, р. 118; это, по мнению Ясина, сноска 538 выше, р. 47, означает, что действие толковательной силы соглашения согласно пункту 3) статьи 31 необязательно начинается с даты вступления договора в силу.

⁷²⁷ Karl, сноска 539 выше, р. 151.

⁷²⁸ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., Judgment of 27 January 2014, p. 52, para. 142. См. www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf.

говора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе путем консенсуса.

Комментарий

1) В проекте вывода 10 рассматривается особая форма действий государств, которая может привести к последующему соглашению или последующей практике по смыслу пункта 3 статьи 31 или к последующей практике по смыслу статьи 32, а именно к решениям, принятым в рамках конференций государств-участников⁷²⁹.

2) Как правило, государства используют конференции государств-участников в качестве одной из форм деятельности для постоянного процесса обзора и имплементации многосторонних договоров⁷³⁰. Такие конференции можно приблизительно разделить на две основные категории. К первой из них относится ряд конференций, фактически являющихся органом какой-либо международной организации, в рамках которой государства-участники действуют в качестве членов этого органа (например, совещания государств-участников Всемирной торговой организации, Организации по запрещению химического оружия или Международной организации гражданской авиации)⁷³¹. Такие конференции государств-участников не относятся к сфере охвата проекта вывода 10, который не затрагивает последующую практику международных организаций и внутри международных организаций⁷³². Вторая категория включает в себя другие конференции государств-участников, созываемые в соответствии с договорами, не учреждающими международную организацию; такие договоры, скорее, предусматривают лишь проведение с большей или меньшей периодичностью совещаний государств-участников для рассмотрения их действия и имплементации. Такие конференции по рассмотрению действия служат основой для сотрудничества между государствами-участниками и их последующего поведения в отношении договора. Кроме того, каждый из этих видов конференций государств-участников может выполнять конкретные задачи в части внесения поправок и/или адаптации договоров. К соответствующим примерам относятся механизм проведения конференций по рассмотрению действия Конвенции о

⁷²⁹ К числу других обозначений относятся совещания участников или ассамблеи государств-участников.

⁷³⁰ См. V. Röben, "Conference (Meeting) of States Parties", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, R. Wolfrum, ed. (Oxford University Press, 2012), p. 605; R.R. Churchill and G. Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law", *American Journal of International Law*, vol. 94, No. 4 (2009), p. 623; J. Brunnée, "COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), p. 1; A. Wiersema, "The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements", *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2009, p. 231; L. Boisson de Chazournes, "Environmental treaties in time", *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), p. 293.

⁷³¹ Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (Соглашение о ВТО) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, No. 31874), заключено в Марракеше в 1994 году; Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (Конвенция о химическом оружии) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, No. 33757), открыта для подписания в 1993 году; Конвенция о международной гражданской авиации (Чикагская конвенция) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102), подписана в Чикаго в 1944 году.

⁷³² Последующие соглашения и последующая практика в отношении договоров об учреждении международных организаций будут рассматриваться в другом докладе.

биологическом оружии (КБТО) 1972 года⁷³³, Конференция по рассмотрению действия, проводимая в соответствии со статьей VIII (3) Договора о нераспространении (ДНЯО) 1968 года⁷³⁴, и конференции государств-участников, созываемые в соответствии с международными договорами в области охраны окружающей среды⁷³⁵. Международная китобойная комиссия (МКК), учрежденная на основании Международной конвенции по регулированию китобойного промысла⁷³⁶, представляет собой пограничный случай между двумя основными категориями конференций государств-участников, и ее последующая практика была учтена в постановлении Международного Суда по делу *Китобойный промысел в Антарктике*⁷³⁷.

3) Поскольку конференции государств-участников обычно учреждаются договорами, они в некотором смысле являются "договорными органами". При этом их не следует путать с органами, состоящими из независимых экспертов, или с органами ограниченного состава. Конференции государств-участников – это совещания, которые проводятся с большей или меньшей периодичностью и являются открытыми для всех участников договора.

4) Чтобы отразить все богатство разнообразия конференций государств-участников и тех правил, по которым они функционируют, в пункте 1 дается широкое определение термина "Конференция государств-участников" для целей настоящих проектов выводов, из которого исключается только действие госу-

⁷³³ Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (Конвенция о биологическом оружии), 1972 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, No. 14860), статья XI. В рамках этого механизма конференция государств – участников Конвенции созывается "для рассмотрения того, как действует Конвенция, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Конвенции осуществляются. При таком рассмотрении должны быть приняты во внимание все новые научно-технические достижения, имеющие отношение к Конвенции" (статья XII).

⁷³⁴ Договор о нераспространении ядерного оружия, 1968 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 729, No. 10485); в пункте 3 статьи VIII предусматривается, что через пять лет после его вступления в силу или, если будет принято соответствующее решение, через каждые последующие пять лет "созывается конференция для рассмотрения того, как действует настоящий Договор, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Договора осуществляются". С помощью таких решений государства-участники постатейно рассматривают действие Договора о нераспространении ядерного оружия и вырабатывают выводы и рекомендации относительно последующих действий.

⁷³⁵ К соответствующим примерам относятся Конференция участников Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, 1992 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, No. 30822), Конференция сторон, действующая в качестве Совещания сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киотский протокол), 1997 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, No. 30822), и Конференция договаривающихся сторон Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц (Рамсарская конвенция), 1971 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 996, No. 14583).

⁷³⁶ Эта конвенция зачастую квалифицируется как документ об учреждении международной организации, однако это не совсем так; при этом она наделяет Комиссию чертами, соответствующими настоящему определению конференции государств-участников.

⁷³⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

дарств в качестве членов органа международной организации (ему будет посвящен один из последующих проектов выводов).

5) В первом предложении пункта 2 признается, что юридическое воздействие любых актов, принимаемых конференциями государств-участников, в значительной степени зависит от правил функционирования этих конференций, прежде всего от учредительного договора и любых применимых правил процедуры. На конференциях государств-участников принимаются различные акты, в том числе по рассмотрению вопросов имплементации договора, обзору действия самого договора и решениям в рамках процедур внесения поправок⁷³⁸.

6) Полномочия конференции государств-участников могут быть оговорены в общих положениях, в специальных положениях или в обоих указанных видах положений. Например, статья 7 (2) Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата начинается со следующей общей формулировки, предваряющей перечисление 13 конкретных задач Конференции, одна из которых касается рассмотрения обязательств Сторон по договору:

"Конференция Сторон, являющаяся высшим органом настоящей Конвенции, регулярно рассматривает вопрос об осуществлении Конвенции и любых связанных с ней правовых документов, которые могут быть приняты Конференцией Сторон, и выносит в пределах своих полномочий решения, необходимые для содействия эффективному осуществлению Конвенции".

7) В конкретных положениях, содержащихся в различных договорах, говорится о том, что конференция государств-участников предлагает "руководящие принципы" для осуществления отдельных статей договора⁷³⁹ или дает определение "соответствующих принципов, условий, правил и руководящих принципов" для того или иного механизма договора⁷⁴⁰.

8) Процедуры внесения поправок (в широком смысле этого термина) включают в себя процедуры, по которым могут вноситься поправки в первоначаль-

⁷³⁸ Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц: пункт 1 статьи 6 (функции по рассмотрению действия) и статья 10-бис (поправки); Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата: пункт 2 статьи 7 (полномочия в отношении рассмотрения действия) и статья 15 (поправки); Киотский протокол: пункт 4 статьи 13 (полномочия Конференции Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола, в отношении рассмотрения действия) и статья 20 (процедуры внесения поправок); Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, (United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, No. 14537): статья XI (конференция участников по рассмотрению действия) и статья XVII (процедуры внесения поправок); Договор о нераспространении ядерного оружия; Рамочная конвенция Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2302, No. 41032): пункт 5 статьи 23 (полномочия в отношении рассмотрения действия), статья 28 (поправки) и статья 33 (протоколы).

⁷³⁹ Статьи 7 и 9 Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака.

⁷⁴⁰ Одним из примеров является статья 17 Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, касающаяся торговли выбросами; см. Churchill and Ulfstein, сноска 730 выше, p. 639; J. Brunnée, "Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements", in R. Wolfrum and V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, (Berlin, Springer, 2005), pp. 110–115.

ный текст договора (в большинстве случаев такие поправки должны быть ратифицированы государствами-участниками в соответствии с их конституционными процедурами), а также процедуры молчаливого принятия и неучастия⁷⁴¹, которые обычно применяются к приложениям, содержащим перечни веществ, видов или другие элементы, которые необходимо обновлять на регулярной основе⁷⁴².

9) В качестве отправной точки пункт 2 предусматривает, что юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от соответствующего договора и любых применимых правил процедуры. Выражение "в первую очередь" позволяет охватить вспомогательные нормы "если договором не предусмотрено иное" (см., например, статьи 16, 20, 22 (пункт 1), 24, 70 (пункт 1) и 72 (пункт 1) Венской конвенции о праве международных договоров). Слово "любых" поясняет, что правила процедуры конференций государств-участников, если таковые имеются, будут применяться, поскольку возможны ситуации, когда такие конференции работают без специально принятых правил процедуры⁷⁴³.

10) Во втором предложении пункта 2 признается, что решения конференций государств-участников могут представлять собой последующее соглашение или последующую практику относительно толкования договора в соответствии со статьями 31 и 32 Венской конвенции. Решения, принятые в рамках конференций государств-участников, могут выполнять важную функцию по определению общего понимания участниками смысла договора.

11) Решения конференций государств-участников, в частности, могут представлять собой или отражать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31, на основании которых участники осуществляют толкование соответствующего договора. Например, Конференция по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии регулярно принимает "договоренности и дополнительные соглашения" относительно толкования положений Конвенции. Эти соглашения были одобрены государствами-участниками путем консенсуса в рамках конференций по рассмотрению действия Конвенции и "затронули все статьи договора для решения конкретных вопросов по мере их возникновения"⁷⁴⁴. На основе таких пониманий государства-участники толкуют положения Конвенции, определяя, конкретизируя или иным образом развивая значение и сферу охвата положений, а также принимая руководящие принципы для их имплементации. Группа имплементационной поддержки Конвенции о биологическом оружии⁷⁴⁵ определяет "дополнительное соглашение" как соглашение, которое:

⁷⁴¹ См. J. Brunnée, "Treaty amendments", in D.B. Hollis, (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 354–360.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Как, например, в случае Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

⁷⁴⁴ См. P. Millett, "The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), p. 33.

⁷⁴⁵ "Группа имплементационной поддержки" была создана Конференцией государств-участников для оказания Конференции административной поддержки и усиления мер по укреплению доверия среди государств-участников (см. Заключительный документ шестой Конференции государств – участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.VI/6), стр. 27–28).

"i) интерпретирует, определяет или развивает смысл или объем какого-либо положения Конвенции; или

ii) дает инструкции, указания или рекомендации о том, как следует осуществлять то или иное положение"⁷⁴⁶.

12) В этом же ключе Конференция государств – участников Лондонской конвенции (о сбросах) приняла резолюции о толковании этой конвенции. Сектор по правовым вопросам Международной морской организации по просьбе руководящих органов вынес относительно "интерпретирующей резолюции" Конференции государств – участников Лондонской конвенции следующее заключение:

"Согласно пункту 3 а) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (Венская конвенция) при толковании договора учитываются последующие соглашения между участниками. В этой статье не указана какая-либо конкретная форма последующего соглашения, содержащего такое толкование. Как представляется, это указывает на то, что, если цель толкования ясна, оно может принимать различные формы, в том числе форму резолюции, принятой на совещании участников, или даже решения, зафиксированного в кратких отчетах совещания сторон"⁷⁴⁷.

13) Аналогичным образом юрисконсульт Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) в целом указал:

"Решения Конференции Сторон как высшего органа в составе всех Сторон РКБТ, без всякого сомнения, представляют собой "последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора" по смыслу статьи 31 Венской конвенции"⁷⁴⁸.

14) Ученые также рассматривали решения конференций государств-участников в качестве решений, воплощающих в себе последующие соглашения⁷⁴⁹, и отметили следующее:

⁷⁴⁶ См. справочно-информационный документ, представленный Группой имплементационной поддержки, подготовленный для седьмой Конференции государств – участников Конвенции по рассмотрению действия Конвенции и озаглавленный "Дополнительные понимания и соглашения, достигнутые предыдущими обзорными конференциями в отношении каждой статьи Конвенции" (BWC/CONF.VII/INF.5) (обновлен с учетом пониманий и соглашений, достигнутых на Конференции, Женева, 2012 год).

⁷⁴⁷ Пункт 4 повестки дня (Удобрение океана), представленный Секретариатом документ о процедурных требованиях, касающихся решения относительно интерпретирующей резолюции – заключение Сектора ИМО по правовым вопросам, Международная морская организация, документ LC 33/J/6, пункт 3).

⁷⁴⁸ См. Conference of the Parties to the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, Intergovernmental Negotiating Body on a Protocol on Illicit Trade in Tobacco Products, "Revised Chairperson's text on a protocol on illicit trade in tobacco products, and general debate: legal advice on the scope of the protocol", note by the WHO Legal Counsel on scope of the protocol on illicit trade in tobacco products (World Health Organization, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annex); S.F. Halabi, "The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, 2010, pp. 14–16.

⁷⁴⁹ D.H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83 (with respect to the Non-Proliferation Treaty); Aust, сноска 604 выше, pp. 213–214.

"Такие заявления не являются юридически обязательными как таковые, однако они могут иметь юридическую значимость, особенно в качестве одного из источников авторитетных толкований договора"⁷⁵⁰.

- 15) В отношении роли МКК согласно Международной конвенции по регулированию китобойного промысла Международный Суд указал:

"В статье VI Конвенции говорится, что "Комиссия может время от времени делать рекомендации одному или всем Договаривающимся Правительствам по любому вопросу, касающемуся китов или китобойного промысла или целей и задач настоящей Конвенции". Эти рекомендации, принимаемые в форме резолюций, не имеют обязательной силы. Однако, когда они принимаются консенсусом или единогласно, они могут быть релевантными для толкования Конвенции или Приложения к ней"⁷⁵¹.

- 16) Следующие примеры являются свидетельствами в поддержку утверждения о том, что решения конференций участников могут представлять собой последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31.

- 17) Статья I (1) Конвенции о биологическом оружии предусматривает, что государства-участники обязуются никогда и ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять:

"Микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не имеют назначения для профилактических, защитных или других мирных целей";

- 18) На третьей Конференции по рассмотрению действия Конвенции (1991 год) государства-участники конкретно указали на то, что⁷⁵²:

"запреты, установленные в настоящем положении, касаются микробиологических и других биологических агентов или токсинов, которые вредны "для растений и животных, а также для человека (...)".

- 19) Пункт 9 статьи 4 Монреальского протокола стал поводом для дискуссии относительно определения термина "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола". Этот пункт гласит:

"Для целей настоящей статьи термин "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" включает применительно к конкретному регулируемому веществу государство или региональную организацию экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными меры регулирования, действующие в отношении этого вещества".

- 20) В отношении гидрохлорфторуглеродов (ГХФУ) две соответствующие поправки – Пекинская и Копенгагенская – предусматривают обязательства, в связи с которыми встал вопрос о том, нужно ли государству для того, чтобы "не

⁷⁵⁰ В.М. Carnahan, "Treaty review conferences", *American Journal of International Law*, vol. 81, No. 1 (1987), p. 229.

⁷⁵¹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 46.

⁷⁵² Итоговая декларация третьей Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (BWC/CONF.III/23, part II).

являться Стороной настоящего Протокола", еще и не являться стороной обеих этих поправок. КС приняла следующее решение:

"Термин "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" включает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными Копенгагенскую и Пекинскую поправки"⁷⁵³.

21) Хотя акты, являющиеся результатом процедуры молчаливого признания⁷⁵⁴, как таковые не представляют собой последующие соглашения участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, они могут, помимо своего главного действия согласно договору, при определенных обстоятельствах подразумевать наличие такого последующего соглашения. Один из примеров тому связан с некоторыми решениями Конференции Сторон Конвенции 1972 года по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондонская конвенция)⁷⁵⁵. На своей шестнадцатой сессии в 1993 году Консультативное совещание договаривающихся сторон приняло три поправки к приложению I путем применения процедуры молчаливого согласия, предусмотренной в Конвенции⁷⁵⁶. Как таковые, эти поправки не являлись последующими соглашениями,

⁷⁵³ Для получения подробной информации см. решение XV/3 об обязательствах сторон Пекинской поправки согласно статье 4 Монреальского протокола в отношении гидрохлорфторуглеродов, Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, No. 26369); само определение сформулировано следующим образом: 1. (...) а) используемый в пункте 9 статьи 4 термин "Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" не применяется к государствам, действующим в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола, до 1 января 2016 года, когда в соответствии с Копенгагенской и Пекинской поправками вступят в силу меры регулирования производства и потребления гидрохлорфторуглеродов для государств, действующих в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола; b) термин "Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" охватывает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились быть связанными положениями Копенгагенской и Пекинской поправок; c) признавая, однако, трудности – с точки зрения сроков, – связанные с принятием упомянутого выше толкования термина "Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола", пункт 1 b) будет применяться, за исключением тех случаев, если такое государство к 31 марта 2004 года: i) уведомит секретариат о том, что оно намеревается как можно скорее ратифицировать Пекинскую поправку, присоединиться к ней или принять этот документ; ii) подтвердит, что оно полностью соблюдает положения статей 2, 2A–2G и статьи 4 Протокола с изменениями, внесенными на основе Копенгагенской поправки; iii) представит секретариату данные по подпунктам i) и ii), подлежащие обновлению 31 марта 2005 года, и в этом случае такое государство не будет подпадать под определение термина "Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" до завершения семнадцатого совещания Сторон (UNEP/OzL.Pro.15/9, chap. XVIII.A.).

⁷⁵⁴ См. пункт 8 выше.

⁷⁵⁵ Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондонская конвенция о сбросах), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1046, No. 15749.

⁷⁵⁶ См. Лондонское шестнадцатое консультативное совещание договаривающихся сторон, резолюция LC.51 (16) и резолюция LC.50 (16); во-первых, было решено дополнить положения о постепенном запрещении сброса промышленных отходов к 31 декабря 1995 года. Во-вторых, было запрещено сжигать на море промышленные отходы и необработанный осадок сточной жидкости. И наконец, было принято решение заменить пункт 6 приложения I о запрещении сброса радиоактивных отходов или других радиоактивных веществ (см. "Dumping at sea: the evolution of the Convention on

но при этом они подразумевали широкое толкование самого основного договора⁷⁵⁷. Поправка ссылается и опирается на резолюцию, принятую на Консультативном совещании, которое было проведено тремя годами ранее и на котором было достигнуто соглашение сторон о том, что "Лондонская конвенция о сбросах является надлежащей структурой для рассмотрения вопроса об удалении низкорadioактивных отходов в находящихся под морским дном хранилищах, доступных со стороны моря"⁷⁵⁸. Отмечалось, что эта резолюция "реально расширяет сферу охвата определения понятия "сброс" по Конвенции посредством констатации того, что этот термин охватывает удаление отходов на морское дно или под него со стороны моря, а не с сухопутной территории посредством прокладки туннелей"⁷⁵⁹. Таким образом, эта поправка подтвердила, что в интерпретирующей резолюции содержится последующее соглашение относительно толкования договора.

22) Пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением гласит: "Поправки (...) вступают в силу для тех Сторон, которые согласились с ними, на девяностый день после получения депозитарием ратификационной грамоты или документа об их одобрении, официальном подтверждении или принятии по меньшей мере тремя четвертями Сторон, их принявшими (...)". Действуя в русле инициативы, выдвинутой Индонезией и Швейцарией, Конференция Сторон решила пояснить требование в отношении принятия поправок тремя четвертями Сторон и согласилась с тем, что:

"без ущерба любым другим международным природоохранным соглашениям, пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции следует толковать так, что для вступления такой поправки в силу необходимо ее принятие тремя четвертями Сторон, являвшихся Сторонами на момент принятия данной поправки, отмечая, что подобное толкование пункта 5 статьи 17 не требует ни одну из Сторон ратифицировать Запретительную поправку"⁷⁶⁰.

Данное решение о толковании пункта 5 статьи 17 было принято Сторонами путем консенсуса; при этом многие государства-участники подчеркнули, что конференции государств-участников любой конвенции являются "высшим органом для ее толкования"⁷⁶¹. Хотя в этом случае предполагается, что упомянутое решение представляет собой соглашение участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, это решение было принято после обсуждения вопроса о том, требуется ли для достижения такого результата официальная поправка к Конвенции⁷⁶².

the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972", *Focus on IMO* (London, International Maritime Organization, July 1997).

⁷⁵⁷ Утверждалось даже, что эти поправки к приложению I к Лондонской конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов "сильно изменяют Конвенцию" (см. Churchill and Ulfstein, сноска 730 выше, p. 638).

⁷⁵⁸ International Maritime Organization, resolution LDC.41 (13), para. 1.

⁷⁵⁹ Churchill and Ulfstein, сноска 730 выше, p. 641.

⁷⁶⁰ BC-10/3: Indonesian-Swiss country-led initiative to improve the effectiveness of the Basel Convention, in Report of the Conference of the Parties to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal on its tenth meeting (Cartagena, Colombia, 17–21 October 2011), UNEP/CHW.10/28, at p. 31.

⁷⁶¹ *Ibid.*, para. 65.

⁷⁶² См. Günther Handl, "International "Lawmaking" by Conferences of the Parties and other Politically Mandated Bodies", in *Developments of International Law in Treaty Making*, Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds. (Springer 2005) p. 127, at p. 132.

Следует также отметить, что представитель Японии просил отразить эту позицию в докладе о работе Конференции и заявил, что его делегация "поддержала "подход текущего момента" к толкованию положения Конвенции о вступлении поправок в силу, изложенный в заключении, представленном Управлением по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, выступающим в качестве депозитария"⁷⁶³, и согласилась с подходом на основе фиксированной даты, который изложен в решении выдвинутой Индонезией и Швейцарией страновой инициативы, *только в данном конкретном случае*"⁷⁶⁴.

23) Предыдущие примеры показывают, что решения конференций государств-участников при определенных обстоятельствах могут воплощать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31 и приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31 или другой последующей практики по смыслу статьи 32, если они не отражают соглашение сторон. При этом, однако, требуется всегда тщательно определять соответствующий характер решения Конференции государств-участников. С этой целью необходимо принимать во внимание конкретность и четкость выбранных терминов с учетом текста решения Конференции государств-участников в целом, его объекта и цели, а также способа его реализации. У участников зачастую нет намерения к тому, чтобы такое решение имело какую-либо особую юридическую значимость.

24) Последнее предложение пункта 2 проекта вывода 10 напоминает толкователю о том, что решения конференций государств-участников часто предоставляют ряд практических вариантов для имплементации договора, которые могут и не воплощать в себе последующее соглашение и последующую практику для целей толкования договора. Более того, конференции государств-участников зачастую не ставят перед собой явной цели по решению или рассмотрению вопросов толкования договора.

25) Одним из примеров служит решение Конференции государств – участников Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака⁷⁶⁵. Статьи 9 и 10 этой конвенции посвящены соответственно регулированию состава табачных изделий и регулированию раскрытия информации о составе таких изделий. Признавая, что такие меры требуют выделения значительных финансовых средств, в разделе "практических соображений" по осуществлению статей 9 и 10 государства-участники согласовали "некоторые варианты, использование которых Стороны могли бы рассмотреть"; к ним относятся:

- "а) специальные налоги на табак;
- б) лицензионные сборы за производство и/или импорт табака;
- с) сборы за регистрацию табачных изделий;

⁷⁶³ "Подход текущего момента", одобренный Юрисконсультom Организации Объединенных Наций, предусматривает, что "в случаях, когда в договоре данный вопрос не рассматривается или рассматривается двусмысленно, практика Генерального секретаря заключается в том, чтобы определять количество документов о принятии на основе числа государств-участников договора в момент депонирования каждого документа о принятии поправки". См. выдержки из Меморандума УПВ от 8 марта 2004 года, размещенного на веб-сайте <http://www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx>.

⁷⁶⁴ Report of the Conference of the Parties to the Basel Convention, сноска 760 выше, para. 68; курсив добавлен.

⁷⁶⁵ Рамочная конвенция ВОЗ по борьбе против табака 2003 года, 2302 U.N.T.S. 166.

- d) лицензирование оптовых и/или розничных торговцев табаком;
- e) штрафы, налагаемые на табачную промышленность и розничных торговцев табаком за несоблюдение установленных требований; и
- f) ежегодные сборы за надзор за табачными изделиями (с табачной промышленности и розничных торговцев табаком)"⁷⁶⁶.

В этом решении приводится неисчерпывающий перечень практических вариантов осуществления статей 9 и 10 Конвенции. В то же время Стороны косвенно согласились с тем, что указанные "варианты" как таковые будут совместимы с Конвенцией.

26) Следовательно, решения конференций государств-участников могут оказывать различное юридическое воздействие. Такие решения сами по себе зачастую не направлены на установление последующего соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31, поскольку они не предназначены для выполнения функций заявления о толковании договора. В других случаях участники достаточно четко указывали, что решение конференции государств-участников воплощает их соглашение относительно толкования договора. В третьих же случаях они могут оказать юридическое воздействие в сочетании с общей обязанностью сотрудничать согласно договору, в результате чего стороны "обязаны должным образом учитывать" такое решение⁷⁶⁷. В любом случае нельзя просто утверждать, что если договор не наделяет конференцию государств-участников компетенцией принимать решения, имеющие обязательную силу, то все ее решения непременно юридически нерелевантны и представляют собой лишь политические обязательства⁷⁶⁸.

27) В конечном счете последствия того или иного решения конференции государств-участников зависят от обстоятельств каждого конкретного случая, и такие решения необходимо надлежащим образом толковать. Соответствующим показателем может служить то, применяют ли государства-участники единообразно или без возражений договор так, как он интерпретирован решением конференции государств-участников. Несогласующаяся практика после принятия решения конференции государств-участников может служить свидетельством того, что государства не считали, что это решение будет являться последующим соглашением по смыслу пункта 3 а) статьи 31⁷⁶⁹. Решения конференции государств-участников, которые не подпадают под категорию последующих соглашений по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31, могут, тем не менее, применяться в качестве дополнительных средств толкования согласно статье 32⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ FCTC/COP4(10): Частичные руководящие принципы осуществления статей 9 и 10 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (Регулирование состава табачных изделий и Регулирование раскрытия информации о табачных изделиях), приложение, принятое на Четвертой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (Пунта-дель-Эсте, Уругвай, 15–20 ноября 2010 года).

⁷⁶⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 83.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, para. 46.

⁷⁶⁹ См. комментарий к проекту вывода 9, пункты 22)–23) выше.

⁷⁷⁰ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (особое мнение судьи ad hoc Чарльзсуорта, пункт 4: "Я отмечаю, что резолюции, принятые голосованием в МКК, имеют определенную значимость, хотя они не согласуются с положениями статьи 31 3) Венской конвенции").

28) В пункте 3 установлен принцип, согласно которому соглашения относительно толкования договора по смыслу пункта 3 статьи 31 должны быть связаны с содержанием договора. Таким образом, важна суть соглашения, воплощенного в решении конференции государств-участников, а не форма или процедура, в рамках которых принято это решение. Акты, которые принимаются конференциями государств-участников, могут облекаться в различные формы и наименования, а также могут являться результатом применения различных процедур. Конференции государств-участников даже могут осуществлять свою деятельность без официально утвержденных правил процедуры⁷⁷¹. Если решение конференции государств-участников основано на единогласном голосовании, в котором участвовали все стороны, оно может совершенно определенно воплощать "последующее соглашение" по смыслу пункта 3 а) статьи 31 при условии, что оно "касается толкования договора".

29) Однако решения конференции государств-участников относительно функций по рассмотрению действия или имплементации договора, как правило, принимаются путем консенсуса. Эта практика вытекает из правил процедуры, в которых обычно требуется, чтобы государства-участники предпринимали все усилия для достижения консенсуса по вопросам существа. Один из ранних примеров тому можно найти во временных правилах процедуры Конференции по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии. Пункт 2 правила 28 гласит:

"Поскольку задача Конференции по рассмотрению заключается в рассмотрении действия Конвенции с целью убедиться в выполнении целей преамбулы и положений Конвенции и, таким образом, в повышении ее эффективности, следует предпринимать все усилия для достижения согласия по существенным вопросам на основе консенсуса. По таким вопросам не следует проводить голосования до тех пор, пока не будут исчерпаны все возможности для достижения консенсуса"⁷⁷².

Эта формула лишь с незначительными изменениями стала стандартной применительно к процедурам принятия конференциями государств-участников решений по вопросам существа.

30) С учетом обеспокоенности по поводу решений, принимаемых консенсусом, в конце пункта 3 было включено выражение "в том числе путем консенсу-

⁷⁷¹ Конференция Сторон РКИКООН временно применяет проекты правил процедуры, содержащиеся в документе FCCC/CP/1996/2, за исключением проекта правила 42 (Голосование), поскольку на тот момент ни по одному из двух содержащихся в нем вариантов проведения голосования не было достигнуто соглашения, ср. Доклад Конференции Сторон о работе ее первой сессии (28 марта – 7 апреля 1995 года) (FCCC/CP/1995/7), стр. 11, пункт 10; Доклад Конференции Сторон о работе ее девятнадцатой сессии (11–23 ноября 2013 года) (FCCC/CP/2013/10), стр. 7–8, пункт 4; аналогичным образом Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии не приняла пункт 1 правила 40 (Голосование) правил процедуры "ввиду отсутствия среди Сторон консенсуса, необходимого для принятия решений по существенным вопросам", Report of the Eleventh Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (8–19 October 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), at p. 21, para. 65.

⁷⁷² См. пункт 2 правила 28 временных правил процедуры Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции, состоявшейся в Женеве 3–21 марта 1980 года (BWC/CONF.I/2).

са", дабы не создавать впечатление, что решение консенсусом будет непременно отождествляться с соглашением по вопросам существа. В самом деле, консенсус не является понятием, обязательно указывающим на наличие определенного соглашения по существу. В *комментариях по некоторым процедурным вопросам*, сформулированных Управлением по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 60/286 (2006) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, отмечено⁷⁷³:

"Консенсус в общем понимается как процесс принятия решений, состоящий в выработке решения без официальных возражений и голосования. Однако он не всегда может отражать "единодушие" в мнениях по вопросу существа. Он используется для описания практики, в соответствии с которой были предприняты все усилия для достижения общего согласия, и ни одна из делегаций в явно выраженной форме не возразила против фиксируемого консенсуса"⁷⁷⁴.

31) Таким образом, принятие консенсусом не является достаточным условием для наличия соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31. Обычно правила процедуры конференций государств-участников не содержат каких-либо указаний на возможные юридические последствия резолюции в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 a) статьи 31 или последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31. В таких правилах процедуры определяется лишь порядок принятия конференцией государств-участников своих решений, а не их возможное юридическое воздействие в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 статьи 31. Хотя последующие соглашения согласно пункту 3 a) статьи 31 как таковые не имеют обязательной силы, статья 31 Венской конвенции наделяет их юридическим воздействием, но лишь в случаях, когда между сторонами достигнуто соглашение по существу, касающееся толкования договора. Международный Суд подтвердил, что различие между формой коллективного решения и соглашением по существу является актуальным в таком контексте⁷⁷⁵.

32) Вывод о том, что некоторые решения – хотя они и были заявлены как принятые консенсусом – не могут представлять собой последующее соглашение по смыслу пункта 3 a) статьи 31, тем более справедлив в случаях, когда одно или несколько государств выдвигают возражение по поводу такого консенсуса.

33) Например, на своем шестом Совещании в 2002 году Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии занималась разработкой руководящих принципов по предотвращению, интродукции и смягчению последствий, связанных с чужеродными видами, представляющими угрозу для экосистем, мест обитания или видов⁷⁷⁶. После ряда неудачных попыток прийти к соглаше-

⁷⁷³ См. резолюцию 60/286 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2006 года об активизации работы Генеральной Ассамблеи, в которой содержится просьба к Секретариату Организации Объединенных Наций "довести до сведения широкой общественности прецеденты и имевшую место практику в отношении правил и практики межправительственных органов Организации" (пункт 24).

⁷⁷⁴ См. "Consensus in UN practice: general", paper prepared by the Secretariat. Можно ознакомиться на веб-сайте http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf; см. также R. Wolfrum and J. Pichon, "Consensus", in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com), paras. 3–4, 24.

⁷⁷⁵ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 83.

⁷⁷⁶ См. решение VI/23 (UNEP/CBD/COP/6/20, annex I).

нию Председатель Конференции Сторон предложил принять решение и зафиксировать оговорки, которые сформулировала Австралия, в итоговом докладе совещания. Однако представитель Австралии вновь заявил, что руководящие принципы не могут быть приняты и что "поэтому его официальное возражение сохраняется"⁷⁷⁷. Председатель объявил прения закрытыми и "по установившейся практике" объявил решение принятым без голосования, пояснив, что возражения несогласных государств будут отражены в итоговом докладе совещания. После принятия решения Австралия подтвердила свое мнение о том, что консенсус представляет собой принятие без формального возражения, и выразила озабоченность по поводу легитимности принятия проекта решения. В результате в сноске к решению VI/23 указано, что "один представитель внес официальное возражение во время процесса, ведущего к принятию настоящего решения, и подчеркнул, что он не считает, что Конференция Сторон может легитимно принимать какое-либо предложение или документ при наличии официального возражения"⁷⁷⁸.

34) В этой ситуации Исполнительный секретарь Конвенции о биологическом разнообразии обратился к Юрисконсульту Организации Объединенных Наций с просьбой составить юридическое заключение⁷⁷⁹. В заключении Юрисконсульт⁷⁸⁰ было выражено мнение о том, что любая из сторон может "дистанцироваться от существа или текста документа, указать, что присоединение к консенсусу не означает признания существа или текста, или частей документа, и/или изложить любые другие ограничения касательно позиции своего правительства в отношении существа или текста документа (...)"⁷⁸¹. Таким образом, становится ясно, что решение может быть принято консенсусом при наличии возражения против существа решения со стороны одного или нескольких государств-участников.

35) В связи с этим решением на основе Конвенции о биологическом разнообразии, а также с аналогичным решением совещания Сторон Киотского протокола к Конвенции об изменении климата в Канкуне в 2010 году (несмотря на возражения Боливии)⁷⁸² возникает важный вопрос о том, что означает термин "консенсус"⁷⁸³. Однако этот вопрос, не относящийся к сфере охвата данной темы, следует отличать от вопроса о том, все ли стороны договора достигли соглашения относительно существенных вопросов толкования договора по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31. Решения конференций государств-участников, которые не отражают соглашение по существу между всеми сторонами, не могут

⁷⁷⁷ Доклад о работе шестого Совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (UNEP/CBD/COP/6/20), пункт 313.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, пункт 318; материалы обсуждения см. в пунктах 294–324.

⁷⁷⁹ С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, документ SCBD/SEL/DBO/30219 (6 июня 2002 года).
⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*, документ UNEP/SCBD/30219R (17 июня 2002 года).

⁷⁸² См. решение 1/CMP.6 о Канкунских соглашениях: результаты работы пятнадцатой сессии специальной рабочей группы по дальнейшим обязательствам для Сторон, включенных в приложение I, согласно Киотскому протоколу; и решение 2/CMP.6 о Канкунских соглашениях: землепользование, изменения в землепользовании и лесное хозяйство, принятые Конференцией Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); и доклад Конференции Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола (FCCC/KP/CMP/2010/12), пункт 29.

⁷⁸³ См. "Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time", сноска 676 выше, pp. 372–377.

считаться соглашениями по смыслу пункта 3 статьи 31, но при этом могут представлять собой ту или иную форму "другой последующей практики" по смыслу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3).

36) Еще одним аспектом являются юридические последствия решения конференции государств-участников, если оно отвечает критериям соглашения по смыслу пункта 3 статьи 31. В 2011 году к Секции ИМО по правовым вопросам была обращена просьба "проконсультировать руководящие органы [...] относительно процедурных требований, связанных с решением относительно интерпретирующей резолюции, и, в частности, о том, необходим ли для принятия такого решения консенсус"⁷⁸⁴. В ответ на эту просьбу Сектор ИМО по правовым вопросам подтвердил, что та или иная резолюция, принятая конференцией государств-участников, в принципе может представлять собой последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31, и сообщил руководящим органам о том, что, даже если конференция примет решение на основе консенсуса, это не будет означать, что решение будет иметь обязательную силу для всех участников⁷⁸⁵.

37) Хотя Сектор ИМО по правовым вопросам в своем заключении исходил из ошибочной посылки, согласно которой "последующее соглашение" по смыслу пункта 3 а) статьи 31 будет являться обязательным только "в качестве договора или поправки к нему"⁷⁸⁶, он пришел к правильному выводу о том, что, даже если решение, принятое конференцией государств-участников путем консенсуса, воплощает соглашение относительно толкования по существу, оно не является (непрерывно) обязательным для участников⁷⁸⁷. Скорее, как указала Комиссия, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 – это лишь одно из различных средств интерпретации, которые следует учитывать в процессе толкования⁷⁸⁸.

38) Таким образом, интерпретирующие резолюции конференции государств-участников, которые принимаются консенсусом, даже если они как таковые не имеют обязательной силы, тем не менее, могут являться последующими соглашениями по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практикой по смыслу пункта 3 б) статьи 31, если имеются достаточные указания на то, что именно в этом заключалось намерение участников на момент принятия решения, или если в последующей практике участников устанавливается соглашение относительно толкования договора⁷⁸⁹. Толкователь должен придавать соответствующее значение такой толковательной резолюции по смыслу пункта 3 а) статьи 31, но не считать ее непременно юридически обязательной⁷⁹⁰.

⁷⁸⁴ Международная морская организация, документ LC 33/4, para. 4.15.2.

⁷⁸⁵ Международная морская организация, документ LC 33/J/6, para. 3.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, para. 8.

⁷⁸⁷ См. комментарий к проекту вывода 9, пункты 9)–11) выше.

⁷⁸⁸ Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), глава IV.C.2*).

⁷⁸⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (Separate opinion of Judge Greenwood, para. 6, and Separate opinion of Judge *ad hoc* Charlesworth, para. 4).

⁷⁹⁰ Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), глава IV.C.2*).

Глава VIII

Охрана атмосферы

А. Введение

77. На своей шестьдесят третьей сессии (2011 год) Комиссия приняла решение включить тему "Охрана атмосферы" в свою долгосрочную программу работы⁷⁹¹ на основе предложения, которое было воспроизведено в приложении В к докладу Комиссии о работе указанной сессии⁷⁹². Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

78. На своем 3197-м заседании, состоявшемся 9 августа 2013 года, Комиссия решила включить тему "Охрана атмосферы" в свою программу работы вместе с достигнутым ею пониманием о том, как должна строиться работа по ней⁷⁹³, а также назначить г-на Синья Мурасэ Специальным докладчиком по теме.

В. Рассмотрение темы на текущей сессии

79. На текущей сессии Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/667). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3209–3214-м заседаниях, состоявшихся 22, 23, 27, 28 и 30 мая и 3 июня 2014 года.

1. Представление Специальным докладчиком первого доклада

80. В первом докладе была предпринята попытка определить общую цель проекта, в том числе дать обоснование для работы над темой, очертить общую сферу охвата, определить необходимые базовые концепции и предложить точки зрения и подходы, которые надлежит учитывать. В этой связи доклад содержит

⁷⁹¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 365–367.*

⁷⁹² Там же, стр. 315–329.

⁷⁹³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), пункт 168.* Комиссия включила эту тему в свою программу при том понимании, что: "а) работа по этой теме будет вестись таким образом, чтобы не мешать соответствующим политическим переговорам, в том числе по вопросам изменения климата, разрушения озонового слоя и трансграничного загрязнения воздуха на большие расстояния. Тема не будет касаться таких вопросов, как материальная ответственность государств и их граждан, принцип "загрязнитель платит", принцип предосторожности, общая, но дифференцированная ответственность и передача средств и технологий развивающимся странам, включая права интеллектуальной собственности, но также не будет иметь для этих вопросов преюдициального значения; б) эта тема также не будет касаться конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, и других веществ двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами. "Латание пробелов" в договорных режимах не будет целью данного проекта; в) за рамками данной темы останутся вопросы космического пространства, включая его делимитацию; г) результатом работы по данной теме будет проект руководящих положений, который не будет налагать на действующие договорные режимы какие-либо правовые нормы и принципы, помимо тех, которые в них уже заложены. Специальный докладчик будет готовить свои доклады на основе этого понимания".

обзор эволюции международного права в области охраны атмосферы, обсуждение соответствующих источников права, включая международное обычное право, договорную и судебную практику, а также анализ терминологических аспектов темы и элементов, связанных с определением сферы охвата и правового статуса атмосферы, а также проекты руководящих положений по каждому из этих вопросов.

81. В своем вступительном заявлении по докладу Специальный докладчик, напомнив о событиях, предшествовавших включению этой темы в повестку дня Комиссии и прениях в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, подчеркнул, что он серьезно воспринял критику относительно целесообразности изучения этой темы, принимая во внимание ее крайне технический характер и договорную природу права в данной области. Совместно с Комиссией он будет искать возможности организовать консультации с экспертами в этой области для получения научной и технической консультативной помощи, поскольку эффективные меры по охране атмосферы невозможны без понимания научных и технических аспектов деградации атмосферы. Кроме того, он подчеркнул, что доклад был подготовлен в полном соответствии с пониманием 2013 года, и заверил Комиссию, в частности, в том, что он не намерен вмешиваться в соответствующие политические переговоры и заниматься конкретными загрязнителями. При этом он добавил, что, поскольку достигнутое понимание не имеет "преюдициального значения", оно не лишает Комиссию возможности ссылаться при изучении данной темы на вопросы, содержащиеся в пункте а) понимания. Основной задачей Комиссии является определение устоявшихся или формирующихся обычных норм в этой области, а также выявление, а не восполнение каких-либо пробелов в действующих договорных режимах наряду с изучением возможных механизмов международного сотрудничества.

82. Напомнив, что в связи с ухудшением состояния атмосферы перед международным сообществом остро встала проблема ее охраны, Специальный докладчик отметил, что тема дает Комиссии возможность изучить вопросы специальных режимов с позиций общего международного права и Комиссия вполне может справиться с этой функцией. По его мнению, в практике государств, в том числе договорах, судебных прецедентах и других нормативных документах, содержится достаточно материала для того, чтобы дать Комиссии возможность рассматривать эту тему прежде всего в юридической, а не в политической плоскости. Специальный докладчик также представил краткий исторический обзор развития международного права в области охраны атмосферы. Начав с VI и дойдя до XVIII века, т.е. начала современного этапа его развития, он упомянул о знаменитом событии этого нового периода – вынесении в 1941 году знаменитого постановления по делу о *Плавильном заводе в Трейле*, касавшемуся трансграничного загрязнения воздуха, и отметил, что в течение последовавших за этим событием лет, вплоть до 1970-х годов, когда была принята Стокгольмская декларация, шел процесс формирования международного права в области охраны окружающей среды в качестве отдельного предмета изучения. Он выступил за проведение подробного и критического анализа этой темы на основе различных источников международного права в этой области.

83. Специальный докладчик подчеркнул, что современные угрозы состоянию атмосферы возникают в связи с тремя следующими аспектами: а) трансграничное загрязнение воздуха в тропосфере; б) разрушение озонового слоя в стратосфере; и с) изменение климата. При этом он также отметил, что, несмотря на уже предпринятые усилия по разработке договоров по каждому из этих аспектов, до сих пор нет договорного режима, который охватывал бы все то, что вы-

зывает проблемы для атмосферы, или рассматривал атмосферу как единое целое.

84. Специальный докладчик представил: конкретную информацию о физических свойствах атмосферы, которые легли в основу определения понятия "атмосфера" для целей разработки проекта руководящих положений; широкий спектр различных элементов, входящих в сферу охвата проекта, с целью определить основные правовые вопросы, которые предстоит рассмотреть; а также дал анализ правового статуса атмосферы, без которого, по его мнению, рассмотрение этой темы Комиссией невозможно. В частности, он приветствовал использование понятия "общая забота человечества" с целью охарактеризовать правовой статус атмосферы вместо понятий *res communis* или "общее наследие человечества". В связи с этим он также представил проекты трех руководящих положений общего характера, предложенные им в первом докладе, которые касаются а) определения термина "атмосфера", которое учитывало бы не только ее вещественный аспект, т.е. атмосфера как слой газов, но и функциональный аспект, т.е. атмосфера как среда, где происходит перенос и дисперсия находящихся в воздухе веществ⁷⁹⁴; б) сферы охвата проекта руководящих положений⁷⁹⁵, касающихся мер по борьбе с вызванной антропогенной деятельностью деградацией атмосферы, в том числе из-за выбросов вредных веществ или энергии в атмосферу и изменения ее состава, с целью защитить как природную, так и окружающую человека среду путем установления взаимосвязи между атмосферой и другими областями, такими как моря и океаны, биологическое разнообразие (лесоводство, опустынивание и водно-болотные угодья), а также другими аспектами человеческой деятельности и нормами, регулирующими такую деятельность; а также с) правового статуса атмосферы⁷⁹⁶, при том понимании, что атмосфера является природным ресурсом в отличие от "воздушного

⁷⁹⁴ Текст проекта руководящего положения 1, предложенного Специальным докладчиком, гласил:

"Употребление терминов"

Для целей настоящего проекта руководящего положения

а) "атмосфера" означает слой газов, которые окружают Землю в тропосфере и стратосфере и в котором происходит перенос и дисперсия находящихся в воздухе веществ".

б)

⁷⁹⁵ Текст проекта руководящего положения 2, предложенного Специальным докладчиком, гласил:

"Сфера охвата руководящих положений"

а) Настоящий проект руководства касается деятельности человека, в результате которой в атмосферу прямо или косвенно привносятся вредные вещества или энергия или изменяется состав атмосферы и которая порождает или может породить значительные отрицательные последствия для жизни и здоровья человека и природной среды земли.

б) В настоящем проекте руководства указываются базовые принципы охраны атмосферы, а также их взаимосвязь".

⁷⁹⁶ Текст проекта руководящего положения 3, предложенного Специальным докладчиком, гласил:

"Правовой статус атмосферы"

а) Атмосфера является природным ресурсом, имеющим существенно важное значение для устойчивого поддержания жизни на земле, здоровья и благополучия человека, а также водных и земных экосистем; следовательно, ее охрана является общей заботой человечества.

б) Ничто в настоящем проекте руководства не направлено на то, чтобы затронуть правовой статус воздушного пространства, регулируемый применимым международным правом".

пространства", правовой статус которого не затрагивается, и предложил рассматривать охрану атмосферы в качестве общей заботы человечества.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

85. Члены Комиссии подтвердили, что охрана атмосферы имеет для человечества огромное значение, и при этом обратили внимание на угрозы состоянию атмосферы, имеющие научные подтверждения и вызванные, в частности, загрязнением воздуха, разрушением озонового слоя и изменением климата. Утверждалось, что эта тема является весьма сложной с юридической, политической и научно-технической точек зрения и действительно представляет собой реальную и насущную проблему, негативное воздействие которой ощутимо сказывается на повседневной жизни людей: так, например, природные катастрофы уже привели к серьезным разрушениям во многих частях света, а загрязнение стало причиной многочисленных смертей и возникновения серьезных проблем со здоровьем у населения. В то же время члены открыто признали, что изучение этой темы сопряжено с неизбежными трудностями, которые неоднократно становились объектом обсуждений государств; а также отметили, что задачей Комиссии является определение той роли, которую она может сыграть, внося весомый вклад в общие глобальные усилия по обеспечению охраны окружающей среды.

86. Некоторые члены подтвердили, особенно на фоне событий, предшествовавших включению этой темы в повестку дня Комиссии, и разнообразных комментариев, высказанных в рамках Шестого комитета в 2012 и 2013 годах, что Комиссии необходимо придерживаться более обдуманного и осторожного подхода. В связи с этим состоялось подробное обсуждение понимания 2013 года и его последствий для работы Комиссии. По мнению некоторых членов, это понимание следует воспринимать серьезно независимо от того, нравится ли его содержание или нет. Это является обязательным условием для начала работы над этой темой. Кроме того, некоторые члены выразили обеспокоенность в связи с тем, что Специальный докладчик при подготовке и представлении своего доклада не строго придерживался условий понимания. Другие с тревогой отметили, что, по их мнению, он принижает его значение, стремясь избежать использования содержащихся в нем четких терминов или направить процесс осуществления проекта в русло, которое не будет соответствовать букве и духу этого понимания. В частности, было отмечено, что предполагаемые в связи с этим разработка новых правил или восполнение пробелов в законодательстве вступят в противоречие с этим пониманием. Кроме того, была высказана обеспокоенность тем, что предложение Специального докладчика сосредоточить внимание на борьбе с загрязнением воздуха, разрушением озонового слоя и изменением климата может повлиять на политические переговоры по этим вопросам.

87. Согласно другой точке зрения, одобрив понимание 2013 года, Комиссия выбила почву из-под ног Специального докладчика, поскольку любой практический прогресс в ходе рассмотрения этой темы вне параметров, содержащихся в понимании, зависит от того, насколько строго это понимание будет толковаться. Далее было отмечено, что понимание вызывает одну фундаментальную проблему: оно ставит Специального докладчика перед дилеммой, которая фактически сводится к тому, что едва ли не вся договорная практика, на которой основан доклад, может быть отнесена к категории вопросов, которые согласно пониманию рассмотрению не подлежат. Некоторые члены назвали это понимание

необычным и создающим плохой прецедент для Комиссии. По этой причине Комиссии было предложено либо пересмотреть его, либо согласиться на более гибкий подход к его осуществлению.

88. Некоторые другие члены отметили, что понимание 2013 года является достаточно гибким и позволяет Специальному докладчику выполнить скромную задачу по определению существующих общих принципов международного права в области охраны окружающей среды, основанных как на нормах обычного права, так и на общих принципах права, а также установить, насколько они применимы при решении проблемы охраны атмосферы.

89. Считая эту задачу вполне выполнимой, некоторые члены подчеркнули коллегиальный и коллективный характер работы Комиссии, а также необходимость придерживаться умеренного и разумного подхода в соответствии с предложением Специального докладчика, при этом предоставив ему некоторую свободу, но не забывая об условиях понимания. Было признано, что наиболее важные решения относительно охраны атмосферы должны приниматься на политическом уровне и не следует ожидать, что в ходе своей работы Комиссия будет диктовать или заменять конкретные решения и действия на этом политическом уровне.

90. Хотя Специальный докладчик отметил в своем докладе, что в течение двух оставшихся лет своего текущего пятилетнего мандата (2015 и 2016 годы) он надеется изучить вопросы, касающиеся базовых принципов охраны атмосферы, в том числе общие обязательства государств по охране атмосферы, принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, а также принципы равенства, устойчивого развития и добросовестности, а в течение своего следующего пятилетнего срока (2017–2021 годы) он собирается завершить рассмотрение других смежных вопросов, таких как международное сотрудничество, разрешение конфликтов и взаимосвязи, некоторые члены выразили обеспокоенность в связи с тем, что полная картина по-прежнему остается неясной, поскольку представленная информация не дает четкого понимания общих ориентиров и направления работы по этой теме. Они призвали разработать "дорожную карту" или план работы, в которых будет поставлена общая задача проекта и будут определены основные проблемы, в том числе базовые принципы, которые должны или могут применяться, и шаги по их осуществлению, а также подняты вопросы, которым Комиссии необходимо уделить первоочередное внимание. Было также предложено указать в "дорожной карте" отличия работы Комиссии от других похожих механизмов, например работы Ассоциации международного права над правовыми принципами, касающимися изменения климата.

91. Некоторые члены также высказали свои мнения относительно различий в методологических подходах, которых Специальный докладчик придерживался при рассмотрении этой темы. Вместо того чтобы сконцентрироваться на атмосфере как глобальном едином целом и ее охране – подход, который, как представлялось, Специальный докладчик в своем докладе поддержал, основное внимание было предложено уделить возможным способам регулирования деятельности государственных и негосударственных сторон, которые прямо или косвенно оказывают воздействие на атмосферу. При таком альтернативном подходе внимание будет уделяться не самой атмосфере как таковой, а "правам и обязательствам" государств и соответствующих негосударственных субъектов; это было бы наилучшей гарантией охраны и сохранности атмосферы, а также в большей степени соответствовало бы практике государств и повседневной реальности. По аналогии с морским правом, в котором море разделено на зоны в соответствии со степенью осуществления прибрежными государствами сувере-

нитета или контроля, было предложено рассмотреть возможность разделения атмосферы на сегменты, подпадающие или выходящие за рамки суверенитета или контроля государства. С другой стороны, подход Специального докладчика без поддержки все же не остался: некоторые другие члены отметили, что с учетом существующей угрозы атмосфере ее восприятие в качестве единого целого лучше гарантирует ее охрану на благо человечества.

92. Другая методологическая проблема была связана с тем, каким образом Специальный докладчик рассматривает различные источники, которые, по его заявлению, имеют прямое отношение к данной теме, а также то, насколько он им доверяет. Было отмечено, что иногда Специальный докладчик практически безоговорочно доверял мнениям неправительственных сторон и ученых, не ссылаясь на практику государств, а когда он все-таки основывался на практике государств, то не проводил четкого анализа необязательных инструментов, которые используются для определения *opinio juris*. Некоторым членам также было неясно, каким образом каталог договорной практики и прецедентного права, упомянутый в докладе, был связан с обсуждаемой темой и вопросами, которые Специальный докладчик намеревается рассмотреть. Кроме того, иногда создавалось впечатление, что поддержанные в докладе политические предпочтения не имеют под собой каких-либо прочных правовых оснований и не отвечают строгим требованиям для их идентификации в качестве норм права.

93. Члены также поддержали возможность проведения консультаций с техническими и научными экспертами в ходе дальнейшего рассмотрения этой темы.

б) Замечания по проекту руководящего положения 1: употребление терминов

94. Некоторые члены согласились с мнением Специального докладчика о том, что для целей проекта руководящих положений необходимо ввести определение, которое согласовывалось бы с научным понятием атмосферы. Было отмечено, что наличие подобного определения упростит работу Комиссии. Учитывая, что рассматриваемая тема носит научный характер, некоторые члены указали на возможную целесообразность разработки глоссария используемых научных терминов. Другие члены посчитали преждевременным обсуждение определения на данном этапе: наличие некоторого времени дало бы возможность привлечь к работе научное сообщество, что позволило бы Комиссии разработать определение, которое будет обоснованным с правовой и с научной точек зрения. Кроме того, было предложено сделать определение понятным для всех без употребления таких терминов, как "тропосфера" и "стратосфера".

95. Некоторые члены поставили под сомнение необходимость разработки определения. Было отмечено, в частности, что в различных договорах, непосредственно связанных с проблемами атмосферы, такими как трансграничное загрязнение на большие расстояния, разрушение озонового слоя или изменение климата, определение термина "атмосфера" отсутствует. Аналогичным образом в морском праве отсутствует определение понятия "море".

96. Некоторые члены также подчеркнули, что проблемным остается вопрос и самого содержания определения. Предлагаемое определение не основано ни на практике государств, ни на прецедентном праве, ни на научных трудах. Помимо этого, было отмечено, что в предлагаемое определение включены понятия "тропосферы" и "стратосферы", но в нем несколько произвольно и без видимой причины отсутствуют понятия "мезосферы", "термосферы" и "экзосферы", которые также являются частью атмосферы. Даже признавая, что три основные проблемы, касающиеся атмосферы – загрязнение воздуха, разрушение озоново-

го слоя и изменение климата, – оказывают воздействие только на тропосферу и стратосферу, некоторые члены, руководствуясь "принципом предосторожности", не рекомендовали придерживаться подхода, который бы исключал некоторые сегменты атмосферы. В связи с этим внимание было обращено на исследование изменения климата в мезосфере, проведенное в рамках Антарктической программы правительства Австралии, в ходе которого были обнаружены признаки "парникового эффекта" (усиление процесса охлаждения) в стратосфере и мезосфере⁷⁹⁷. Было также отмечено, что негативное воздействие на высшие слои атмосферы может оказать запуск спутников в космос. Исходя из этого, было признано, что наилучшим определением атмосферы было бы то, которое бы имело более общий характер и соответствовало научному определению атмосферы, как состоящей из тропосферы, стратосферы, мезосферы и термосферы, или было бы привязано к воздействию, которое атмосфера оказывает на существование человека и окружающую среду.

97. Некоторые члены обратили внимание на тот факт, что определение атмосферы в качестве "слоя газов, которые окружают Землю в тропосфере и стратосфере" может косвенно продиктовать необходимость уточнения верхнего предела, тем самым вынудить вторгнуться в вопросы, связанные с понятием "космос", в том числе вопрос установления его пределов, что выходит за рамки сферы охвата понимания 2013 года. Некоторые другие члены для описания атмосферы вместо слов "слой газов" отдали предпочтение понятию "газовая оболочка, окружающая Землю", которое применяется Межправительственной группой экспертов по изменению климата (МГЭИК). Некоторые члены высказали сомнение по поводу того, может ли понятие "находящиеся в воздухе вещества" использоваться для описания атмосферы без каких-либо добавлений. Согласно другому мнению, в определении крайне важно отразить природные характеристики атмосферы, а именно идею атмосферной циркуляции.

98. Было также отмечено, что, хотя проект руководящих положений не призван влиять на правовой статус воздушного пространства в соответствии с применимыми нормами международного права, в предлагаемом определении, при включении в него физических характеристик, будет содержаться не прямое указание на наличие верхнего предела воздушного пространства.

99. Кроме того, было внесено предложение о том, что для целей проекта руководящих положений, принимая во внимание условия понимания 2013 года, необходимо дать определения понятиям "загрязнение воздуха", "разрушение озонового слоя", "изменение климата" и "охрана".

с) Замечания по проекту руководящего положения 2: сфера применения руководящих положений

100. В то время как некоторые члены посчитали проект руководящего положения 2 удовлетворительным, другие указали на необходимость рассмотреть вопросы, касающиеся сферы охвата руководящих положений с учетом причинно-следственной связи, поскольку источник загрязнения зачастую находится не там, где проявляется его негативное воздействие. Исходя из этого, было высказано предложение сформулировать проект руководящего положения о сфере охвата с учетом трех пространственных измерений с целью их возможного охвата, а именно территориального, трансграничного и глобального, уделяя особое внимание двум последним. Поскольку в случае деградации атмосферы не все-

⁷⁹⁷ См. <http://www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere>.

гда представляется возможным установить ее причины и источники, было высказано предположение о том, что подходить к проблеме охраны было бы целесообразно с точки зрения ограничения вредных веществ, т.е. следовать подходу существующих договоров.

101. Что касается подпункта а), некоторые члены согласились с его содержанием, в особенности с упоминанием о воздействии как на окружающую человека среду, так и на природную среду; однако было высказано мнение о том, что это упоминание является одновременно крайне широким и крайне узким, поскольку охватывает широкий круг возможных видов деятельности человека, но при этом в последней части этого подпункта устанавливается высокий пороговый уровень. Помимо этого, по мнению некоторых членов, включение понятия "энергия" в той степени, в какой оно охватывает проблемы радиоактивного или ядерного загрязнения, также является проблематичным, учитывая, в частности, что мирное использование ядерной энергии регулируется специальными режимами. Согласно другой точке зрения, подпункт а) вводит в заблуждение, поскольку он также затрагивает вопросы существа в силу употребления таких терминов, как "вредные вещества" или "значительные отрицательные последствия". Чтобы исправить этот недостаток, в целях обеспечения охраны атмосферы было предложено разработать новую формулировку проекта этого руководящего положения с использованием более общих по своему содержанию терминов, охватив все виды человеческой деятельности, оказывающие воздействие на атмосферу, или же совсем удалить этот подпункт.

102. Что касается подпункта б), некоторые члены отметили, что упоминание о "базовых принципах, касающихся охраны атмосферы" может привести к возникновению противоречия между сферой охвата проекта руководящих положений и пониманием, достигнутым в 2013 году. Кроме того, было отмечено, что этот подпункт касается скорее процесса, а не его сферы охвата. Было высказано мнение о том, что преследуемая цель, не будучи предписательной по своему характеру, должна заключаться в разработке руководящих положений, которыми государства могли бы руководствоваться в своих усилиях по решению проблем, связанных с охраной атмосферы. Некоторые члены поддержали формулировку подпункта б), поскольку в ней, помимо прочего, была четко обозначена конечная цель.

103. Некоторые члены отметили, что упоминание о "базовых принципах" носит ограничительный характер, а формулировка "а также их взаимосвязь" является нечеткой и неопределенной применительно к проекту руководящего положения в целом. Некоторые другие члены даже поставили под вопрос целесообразность и своевременность разработки руководящего положения о сфере охвата. В этой связи была отмечена необходимость учитывать условия понимания 2013 года. В свете содержащегося в понимании указания на то, что оно не будет касаться таких вопросов, как принцип "загрязнитель платит", принцип предосторожности и принцип общей, но дифференцированной ответственности, а также не будет наносить им ущерб, было высказано предложение предусмотреть защитительную оговорку, которая бы отразила тот смысл, что Комиссия, не касаясь этих принципов, делает это без ущерба их статусу в международном праве.

d) Замечания по проекту руководящего положения 3: правовой статус атмосферы

104. Проект руководящего положения 3 вызвал у членов целый ряд различных комментариев как по поводу подхода Специального докладчика, так и содержа-

ния самого проекта руководящего положения. В большинстве своем члены поставили под сомнение возможность использовать для определения правового статуса атмосферы в качестве правового понятие "общая забота человечества", отметив, в частности, что его существующее положение в рамках международного права, по-видимому, весьма преувеличено. Было высказано мнение о том, что в текущей формулировке проект руководящего положения является весьма широким и предполагает далеко идущие последствия.

105. По общему мнению членов, вероятно, необходимо будет провести дополнительную работу, с тем чтобы полностью обосновать предложения и выбор мер в области политики, которые предлагает Специальный докладчик в проекте руководящего положения. В частности, в том, что касается подхода, члены, по мнению которых Специальному докладчику следует разработать проект руководящих положений с точки зрения прав и обязательств государств, высказали мнение о том, что рассмотрение атмосферы в качестве единого целого с точки зрения прав и обязательств государств не согласуется с практикой. Руководствуясь морским правом, а также прецедентной практикой, например постановлением по делу о *Плавильном заводе в Трейле*, такие права и обязательства следует рассматривать с точки зрения суверенитета и контроля, в соответствии с чем, например, атмосфера непосредственно над государством должна рассматриваться с точки зрения суверенитета. Из доклада не ясно, почему Специальный докладчик решил отойти от подхода, применяемого на практике, когда ответственность за локализованный ущерб несет то государство, в котором этот ущерб был нанесен или привел к применению принципа *sic utere tuo ut alienum non laedas*, если речь идет о трансграничном ущербе. В связи с этим некоторые члены заинтересовались, каким образом принцип *sic utere tuo* будет применяться к "охране атмосферы". Некоторые, напротив, присоединились к мнению Специального докладчика и отметили, что территориально-ориентированный подход к охране морской среды в рамках Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву не может применяться к охране атмосферы, поскольку он неприемлем и непрактичен, и указали на сложность установления национальной юрисдикции над каким-либо сегментом атмосферы. Помимо этого, было отмечено, что, даже если принять морское право в качестве модели, в этой области уже возникли проблемы, в частности в отношении районов, выходящих за рамки национальной юрисдикции, в связи с чем государства-участники продолжают вести обсуждения и переговоры об управлении общими ресурсами океанов.

106. Что касается содержания, некоторые члены приветствовали содержащиеся в докладе утверждения о том, что атмосфера является природным ресурсом; вместе с тем было высказано сомнение в существовании каких-либо практических свидетельств, доказывающих, что этот ресурс можно было бы охарактеризовать как совместно используемый или общий. Некоторые члены отметили, что формулировка проекта данного руководящего положения не основана ни на практике государств, ни на договорной практике, ни на каких-либо нормах прецедентного права. Кроме того, в проекте руководящего положения не идет речи о правовом статусе атмосферы, если только не приписывать такое значение утверждению о том, что ее охрана является "общей заботой человечества". Нормативное содержание этого понятия остается неясным; оно не только противоречиво, но и неопределенно, поскольку может пониматься по-разному, в том числе может предполагать возможность возникновения прав отдельных лиц и будущего поколения. Кроме того, его применение к атмосфере, по всей видимости, не подкреплено практикой государств.

107. В связи с такой скудностью практики Специальный докладчик в своем докладе рассматривает данное понятие не полностью и далеко не всесторонне. В нем содержится непродуманная формулировка, не подкрепленная глубоким анализом предлагаемого понятия и изложением последствий с юридической точки зрения. Например, в нем отсутствует полный анализ юридических последствий, которые влечет за собой употребление понятия "общая забота человечества". В этом контексте возник целый ряд вопросов: существует ли юридическая обязанность предотвращать ущерб?; всех ли государств эта обязанность касается?; предполагает ли она обязательства *erga omnes* и будет ли в связи с этим предполагаться обязанность государств?; приводит ли она к возникновению обязательств для всего общества в целом и для каждого члена сообщества в отдельности?; устанавливает ли она исковую правоспособность, в том числе *actio popularis*?; предусматривает ли она обязанность оказывать международную экологическую солидарность?; не преуменьшает ли умышленно проект руководящего положения значение принципа *sic utere*? Хотя в своем докладе Специальной докладчик упомянул о том, что употребление данного понятия приведет к возникновению для всех государств существенных юридических обязательств по охране глобальной атмосферы, имеющих характер *erga omnes*, сделал он это без опоры на глубокий анализ. Несколько членов также подчеркнули, что общей заботой человечества является скорее охрана атмосферы, а не сама атмосфера как таковая. Тем не менее было отмечено, что примером подобной озабоченности должна служить деградация атмосферы.

108. Некоторые другие члены заявили, что понятие заслуживает положительной оценки, отметив, что Комиссия могла бы сыграть определенную роль в разъяснении и определении его сферы охвата в отношении охраны атмосферы. Была также признана целесообразность рассмотрения этого понятия как подразумевающего необходимость международного сотрудничества в деле охраны атмосферы с вытекающими обязанностями по предотвращению и сотрудничеству. Кроме того, было отмечено, что вместо правового статуса атмосферы основное внимание следует уделять охране атмосферы как общей заботе человечества, а также что понятие "общая забота" должно лечь в основу как отдельного руководящего положения, так и руководящего положения о базовых принципах охраны атмосферы.

109. В соответствии с другой точкой зрения, это понятие является слишком слабым, чтобы его можно было применять по отношению к атмосфере. Хотя некоторые члены поддержали мнение о том, что это понятие может применяться по отношению к охране атмосферы, было отмечено, что правовое обоснование такого выбора было изложено весьма неполно. Например, не ясно, почему понятие "общее достояние человечества" не может быть признано оптимальным без включения в него выражения "солидного организационного механизма для контроля за распределением прав на эксплуатацию и выгод от нее", которое, по-видимому, и побудило Специального докладчика отказаться от этого понятия. В этой связи внимание было обращено на Конвенцию ЮНЕСКО об охране всемирного культурного и природного наследия 1972 года и Всеобщую декларацию о геноме человека и правах человека 1997 года, в которых содержится упоминание об "общем наследии человечества", но не изложен подробный институциональный механизм. Действительно, некоторые другие члены обвинили Специального докладчика в том, что он слишком поспешно и без убедительных доводов отверг возможность применения понятия "общее наследие человечества" к статусу атмосферы.

110. Что касается пункта а), было предложено упростить упоминание о "водных и наземных экосистемах".

111. Было отмечено, что пункт b) лишний. Далее было высказано мнение о том, что, даже если проект руководящих положений не коснется правового статуса воздушного пространства согласно применимым нормам международного права, это не будет означать, что деятельность, осуществляемая в воздушном пространстве, останется за рамками настоящего проекта.

е) Другие соображения

112. Несколько членов приветствовали сообщение Специального докладчика о том, что он сосредоточится на механизмах сотрудничества, направленных на решение общих задач, и настоятельно призвали уделить этому аспекту первоочередное внимание. По мнению некоторых членов, необходимо также изучить обязательства государств по отношению не только к охране атмосферы, но и ее сохранению, а также взаимосвязь между уже сложившимися нормами международного обычного права в области охраны окружающей среды и регулированием атмосферы, в том числе принципы непричинения вреда и предотвращения.

113. Поскольку в постановлении Международного Суда по делу о *Целлюлозных заводах на реке Уругвай*⁷⁹⁸ проведение оценки экологических последствий каждый раз, когда предлагаемый план способен причинить значительный трансграничный ущерб другому государству, было признано требованием в соответствии с нормами общего международного права, Комиссия могла бы внести весомый вклад, изучив, среди прочего, все аспекты, касающиеся содержания обязательства в контексте обсуждаемой темы.

114. Это также предполагает, что при рассмотрении проблемы равенства Комиссия могла бы руководствоваться принципами 6⁷⁹⁹, 9⁸⁰⁰ и 11⁸⁰¹ Стокгольмской декларации по проблемам окружающей человека среды.

⁷⁹⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Uruguay v. Argentina)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 14, at pp. 82-83, para. 204. См. также *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India, Partial award of 13 February 2013*, доступно на сайте www.pca-cpa.org (по состоянию на 27 мая 2014 года).

⁷⁹⁹ Принцип 6 гласит следующее:

Введение в окружающую среду токсических веществ или других веществ и выброс тепла в таких количествах или концентрациях, которые превышают способность окружающей среды обезвреживать их, должны быть прекращены, с тем чтобы это не наносило серьезного или непоправимого ущерба экосистемам. Необходимо поддерживать справедливую борьбу народов всех стран против загрязнения.

⁸⁰⁰ Принцип 9 гласит следующее:

Ухудшение окружающей среды в результате недостаточного развития и стихийных бедствий создает серьезные проблемы, которые могут быть наилучшим образом устранены путем ускорения развития за счет предоставления существенной финансовой и технической помощи в дополнение к усилиям самих развивающихся стран, а также такой своевременной помощи, какая может потребоваться.

⁸⁰¹ Принцип 11 гласит следующее:

Политика всех государств в области окружающей среды должна повышать существующий или будущий потенциал развития развивающихся стран, а не оказывать на него отрицательное воздействие или препятствовать достижению всеми лучших условий жизни, и государства, а также международные организации должны предпринять соответствующие шаги с целью достижения соглашения по преодолению возможных национальных и международных экономических

115. Некоторые члены отдали предпочтение альтернативному подходу, направленному на поиск конкретных "практических указателей", существующих в практике государств, которые бы могли быть полезны для представителей директивных органов в их усилиях по решению проблем, связанных с охраной атмосферы. При таком подходе в проекте руководящих положений основное внимание может быть сосредоточено на таких вопросах, как сотрудничество между государствами на глобальном, региональном и двустороннем уровнях, а также на различных подходах, планах и методах, которым государства следуют для укрепления механизмов сотрудничества.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

116. Специальный докладчик с удовлетворением отметил полезность комментариев, предложений и конструктивной критики со стороны членов. Он вновь подчеркнул важность сдержанного и разумного рассмотрения Комиссией этой темы и согласился с тем, что консультации с научным сообществом помогут Комиссии в ее работе. В этой связи он выразил намерение рассмотреть возможность организовать в 2015 году информационное совещание. Кроме того, он отметил, что намерен отложить представление проекта руководящих указаний Редакционному комитету до следующего года, поскольку таким образом у него появится возможность внести изменения в некоторые его части с учетом сделанных комментариев.

117. Специальный докладчик признал, что мнения членов в отношении понимания 2013 года оказались весьма разнообразными. Он подчеркнул, что не предвидит никакого противоречия со своим изучением данной темы, в частности тем особым вниманием, которое он уделяет загрязнению воздуха, разрушению озонового слоя и изменению климата, и политическими переговорами. Выступая за компромиссный подход, он отметил, что необходимости отвергать понимание нет, поскольку оно легло в основу принятого в прошлом году решения Комиссии заняться изучением данной темы. В то же время он выразил надежду на то, что Специальному докладчику будет предоставлена достаточная гибкость, с тем чтобы он смог определить связанные с этой темой вопросы с целью оказать поддержку Комиссии в ее работе.

118. Специальный докладчик также отметил, что в пункте 92 своего доклада он представил законченный план работы над этой темой, а также признал важность международного сотрудничества как ключевого элемента в деле охраны атмосферы. В своем втором докладе он намерен рассмотреть содержание обязанностей государств в отношении охраны атмосферы.

119. Что касается проекта руководящего положения 1, Специальный докладчик подчеркнул, что в нем должно содержаться рабочее определение для целей разработки проекта статей, предложенное в связи с практической необходимостью, поскольку в существующих договорах определение понятия "атмосфера" отсутствует. Он отметил, что использование в этом определении понятий тропосферы и стратосферы не является произвольным. Поскольку верхние слои атмосферы составляют лишь 0,0002% от ее общей массы, он посчитал, что это весьма незначительная доля, которая может быть исключена из сферы охвата. Кроме того, не установлено никаких убедительных свидетельств того, что изменение климата способствует или непосредственно приводит к изменениям в

последствий, возникающих в результате применения мер, связанных с окружающей средой.

состоянии мезосферы или термосферы. Он выразил сомнение относительно того, что исследование "изменения климата" в мезосфере, проведенное в рамках Антарктической программы правительства Австралии, которое было связано с "солнечным излучением", или уровнем активности Солнца в течение того же периода времени, устанавливает конкретную прямую или косвенную зависимость обнаруженных изменений от "деятельности человека, вызывающей изменения в составе глобальной атмосферы, и накладывается на естественные колебания климата" – определение "изменения климата", принятое в РКИКООН. Кроме того, Специальный докладчик признал, что в связи с нехваткой научных данных понимание изменений, происходящих в верхних слоях атмосферы, является весьма ограниченным. Тем не менее, по его мнению, разработка механизма защиты в этой области была бы крайне амбициозным шагом. Что касается возможного вреда от спутников, Специальный докладчик напомнил, что экологическая охрана космического пространства, в том числе проблема космического мусора, находится в компетенции Комитета по использованию космического пространства в мирных целях (КОПУОС). Специальный докладчик также подчеркнул, что воздушное пространство и атмосфера согласно нормам международного права являются двумя абсолютно разными понятиями. В связи с этим определение пределов атмосферы не имеет никаких последствий для пределов национального воздушного пространства или космоса. Тем не менее он выразил готовность удалить из определения, содержащегося в проекте руководящего положения 1, упоминание о тропосфере и стратосфере при условии, что взаимосвязь атмосферы с космосом будет отражена в комментариях.

120. Что касается проекта руководящего положения 2, Специальный докладчик подтвердил, что основным объектом изучения в рамках всего проекта является ущерб, наносимый от трансграничного или глобального воздействия. Он отметил, что употребление таких выражений, как, например, "вредные вещества", которые "оказывают или могут оказать значительное вредное воздействие", направлено на то, чтобы должным образом ограничить круг человеческой деятельности и вредных веществ, которые являются предметом рассмотрения проекта руководящих положений. Специальный докладчик напомнил, что в своих определениях Комиссия пользовалась понятием "существенного" ущерба, а также "значительного" – в своей предыдущей работе. Подобным образом, например, дело обстоит со статьями о предотвращении трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности. Комиссия отметила, что понятие "значительный" предполагает фактическую и объективную оценку, в частности определение значений, которая зависит от обстоятельств каждого конкретного случая. Оно означает нечто большее, чем "обнаруживаемый", но не всегда достигает уровня "серьезный" или "существенный". Специальный докладчик также отметил, что включение в предлагаемое определение понятия "энергия" приводит его в соответствие с определением, содержащимся в Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния и Конвенции по морскому праву. Его использование не имеет целью препятствовать осуществлению политики государств в отношении ядерной энергии и ее использования.

121. Что касается проекта руководящего положения 3, Специальный докладчик подтвердил, что общей заботой является не сама атмосфера, а ее охрана. Сфера охвата этого понятия должна оставаться узкой, и понятие должно применяться лишь для того, чтобы установить рамки сотрудничества в целях охраны атмосферы, а не для установления порядка коллективного владения или управления ею. Оно привело к возникновению существенных обязательств по охране окружающей среды в дополнение к признанным нормам международного

обычного права. Специальный докладчик подтвердил свою уверенность в существовании тесной взаимосвязи между обязательствами *erga omnes* и их применением на практике и понятием "общая забота", аспекты которого, в том числе связанные с концепцией *actio popularis*, будут подробнее рассматриваться в следующих докладах. По его мнению, процесс законотворчества является как индуктивным, так и дедуктивным процессом. Задача Комиссии заключается в исследовании юридических обязательств, которые могут содержаться в понятии "общая забота", которое не лишено нормативного содержания, а также сформулировать эти обязательства в рамках проекта руководящих положений. Он согласился с теми членами, которые утверждали, что понятие "общая забота" подразумевает обязанность вести сотрудничество с целью обеспечить охрану атмосферы ради будущих поколений. Помимо этого, он не нашел никаких препятствий для распространения действия принципа *sic utere tuo* и на атмосферу, учитывая, что его применение не ограничивается ущербом в двустороннем трансграничном контексте. Этот принцип признан как в Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций (восьмой пункт преамбулы), так и в Венской конвенции об охране озонового слоя (подпункт b) пункта 2 статьи 2). Специальный докладчик также отметил, что у него нет принципиального несогласия с использованием понятия "общее достояние" по отношению к охране атмосферы, если Комиссия выберет его для проекта.

122. Специальный докладчик также отметил важность рассмотрения атмосферы в качестве комплексного единого целого, не поддающегося делению вдоль государственных границ. Атмосфера представляет собой газообразную и изменчивую субстанцию, в связи с чем было бы нецелесообразно или даже невозможно для целей настоящего проекта разделять ее на воздушные массы, которые находятся в рамках территориальной юрисдикции и под контролем одного государства, и воздушные массы, которые находятся за рамками этой юрисдикции.

Глава IX

Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

А. Введение

123. Комиссия на своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) постановила включить тему "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции" в свою программу работы и назначила г-на Романа А. Колодкина Специальным докладчиком⁸⁰². На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии⁸⁰³.

124. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и второй и третий доклады – на своей шестидесяти третьей сессии (в 2011 году)⁸⁰⁴. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестидесяти первой сессии (в 2009 году) и шестидесяти второй сессии (в 2010 году)⁸⁰⁵.

125. На своей шестидесяти четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия назначила г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес Специальным докладчиком вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии. На той же сессии (в 2012 году) Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика и ее второй доклад на шестидесяти пятой сессии (2013 год)⁸⁰⁶. На основе проектов статей, предложенных Специальным докладчиком во втором докладе, Комиссия приняла в предварительном порядке три проекта статей вместе с комментариями к ним на той же сессии⁸⁰⁷.

⁸⁰² На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), пункт 376). В пункте 7 резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (2006 год) на основе предложения, содержащегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10), пункт 257).

⁸⁰³ Там же, *шестидесяти вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), пункт 386.

Меморандум, подготовленный Секретариатом, см. в A/CN.4/596 и Согг. 1.

⁸⁰⁴ A/CN.4/601 (предварительный доклад); A/CN.4/631 (второй доклад); и A/CN.4/646 (третий доклад).

⁸⁰⁵ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункт 207; и там же, *шестидесяти пятая сессия, Дополнение № 10* (A/65/10), пункт 343.

⁸⁰⁶ A/CN.4/654 (предварительный доклад) и A/CN.4/661 (второй доклад).

⁸⁰⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункты 48 и 49. На своем 3174-м заседании 7 июня 2013 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке три проекта статей, и на своих 3193–3196-м заседаниях 6 и 7 августа 2013 года она приняла комментарии к ним.

В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

126. На рассмотрении Комиссии находился третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/673). Комиссия рассмотрела этот доклад на своих 3217–3222-м заседаниях с 7 по 11 июля 2014 года.

127. Свой третий доклад Специальный докладчик начала с анализа нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, сфокусировавшись на тех аспектах, которые имеют отношение к субъективному элементу. В данном контексте, как было объявлено на предыдущей сессии Комиссии, в докладе исследовалась общая концепция "должностного лица государства", а также рассматривались основные критерии, которые могли быть использованы для определения таких лиц, особенно в отношении тех, кто может обладать иммунитетом *ratione materiae* от уголовной юрисдикции. Учитывая терминологические трудности, связанные с термином "должностное лицо" в различных языках, в докладе далее рассматривался лингвистический аспект выбора наиболее уместного термина для обозначения лиц, обладающих иммунитетом, и было предложено использовать вместо него термин "орган". По итогам анализа соответствующей национальной и международной судебной практики, договорной практики и предыдущей работы Комиссии Специальный докладчик предложила два проекта статей, касающихся общей концепции "должностного лица" для целей проекта статей и субъективной сферы охвата иммунитета *ratione materiae*. Предполагается, что материальная и временная сферы охвата иммунитета *ratione materiae* станут предметом рассмотрения в следующем докладе Специального докладчика.

128. После обсуждения третьего доклада Специального докладчика Комиссия на своем 3222-м заседании 11 июля 2014 года постановила передать проекты статей в Редакционный комитет.

129. На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 2 е) и 5 (см. раздел С.1 ниже).

130. На своих 3240–3242-м заседаниях 6 и 7 августа 2014 года Комиссия приняла комментарии к проектам статей, принятым в предварительном порядке на нынешней сессии (см. раздел С.2 ниже).

С. Текст проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, принятый до настоящего времени Комиссией в предварительном порядке

1. Текст проектов статей

131. Текст проектов статей, принятый до настоящего времени Комиссией в предварительном порядке, приводится ниже⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ Комментарии к проектам статей 1, 3 и 4, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 49.

Часть первая**Введение****Статья 1****Сфера применения настоящих проектов статей**

1. Настоящие проекты статей применяются к иммунитету должностных лиц государства от уголовной юрисдикции другого государства.

2. Настоящие проекты статей не затрагивают иммунитета от уголовной юрисдикции, которым на основании специальных норм международного права обладают, в частности, лица, связанные с дипломатическими представительствами, консульскими учреждениями, специальными миссиями, международными организациями и вооруженными силами государства.

Статья 2**Определения**

Для целей настоящих проектов статей:

...

е) "должностное лицо государства" означает любое лицо, которое представляет государство или осуществляет государственные функции.

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

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

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

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

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

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

Часть третья
Иммунитет *ratione materiae*

Статья 5
Лица, обладающие иммунитетом *ratione materiae*

Должностные лица государства, выступающие в качестве таковых, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции.

2. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят шестой сессии

132. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят шестой сессии, воспроизводится ниже.

Статья 2
Определения

Для целей настоящих проектов статей:

...

е) "должностное лицо государства" означает любое лицо, которое представляет государство или осуществляет государственные функции.

Комментарий

1) В пункте е) проекта статьи 2 ставится цель дать определение лицам, к которым применяются настоящие проекты статей, а именно "должностным лицам государства". Определение концепции должностного лица государства помогает определить один из нормативных элементов иммунитета: лиц, обладающих иммунитетом. Большинство членов Комиссии посчитало, что для целей настоящих проектов статей было бы полезно дать определение должностного лица государства, учитывая, что иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции применяется именно к отдельным лицам. Некоторые члены Комиссии сомневались в необходимости включения этого определения.

2) Определение термина "должностное лицо государства", содержащееся в пункте е) проекта статьи 2, носит общий характер и применяется в отношении любого лица, пользующегося иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции в соответствии с настоящими проектами статей, будь то иммунитетом *ratione personae* или иммунитетом *ratione materiae*. В связи с этим не следует путать характер и цель пункта е) проекта статьи 2 с характером и целью проектов статей 3 и 5, призванных определить, кто именно пользуется каждым из видов иммунитета⁸⁰⁹. Определение "должностного лица государства" распространяется как на лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, так и на лиц,

⁸⁰⁹ В проекте статьи 3 указывается, что "[и]ммунитетом *ratione personae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции обладают главы государств, главы правительств и министры иностранных дел", *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 48, стр. 60). В проекте статьи 5 указывается, что "[д]олжностные лица государства, выступающие в качестве таковых, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции" (A/CN.4/L.850).

пользующихся иммунитетом *ratione materiae*, т.е. одинаково для обеих категорий.

3) В международном праве отсутствует общепринятое определение термина "должностное лицо государства" или "должностное лицо", хотя оба термина встречаются в некоторых международных договорах и конвенциях⁸¹⁰. Вместе с тем термин "должностное лицо государства", или просто "должностное лицо", может иметь разные значения во внутреннем законодательстве разных стран. В этой связи определение "должностного лица государства", приводимое в настоящем комментарии, носит самостоятельный характер и должно пониматься как определение, используемое для целей настоящего проекта статей.

4) В определении "должностного лица государства" используется термин "лицо", чтобы показать, что настоящие проекты статей распространяются только на физических лиц. Настоящие проекты статей не затрагивают правил, применимых к юридическим лицам.

5) Как указывалось выше, следует понимать, что термин "должностное лицо государства" охватывает как лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, так и лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*. В отношении первых следует отметить, что Комиссия установила круг лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, путем подготовки перечня лиц, упоминаемых *eo nomine* в проекте статьи 3, а именно главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. При этом она предпочла прямо не упоминать их в пункте е) проекта статьи 2, исходя из того, что такие лица сами по себе являются должностными лицами государства по смыслу настоящего проекта статьи и что – в силу этого – не обязательно проводить различие между ними и другими должностными лицами государства для целей определения.

6) Что же касается "должностных лиц государства", на которых распространяется иммунитет *ratione materiae*, то Комиссия не считает возможным использовать метод перечисления *eo nomine*. С учетом как широкой номенклатуры должностей, на которых распространяется такой иммунитет, так и разнообразия национальных правовых систем, в рамках которых определяется, кого считать должностными лицами соответствующего государства, Комиссия не видит возможности выработать исчерпывающий перечень, который включал бы в себя всех лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*. В силу тех же причин Комиссия также посчитала невозможным и нецелесообразным включать в один из проектов статей ориентировочный перечень должностей, на которые может распространяться такой иммунитет. В обоих случаях перечень неизбежно носил бы неполный характер, поскольку не смог бы включить в себя все наименова-

⁸¹⁰ Данные термины применяются в следующих многосторонних договорах: Венской конвенции о дипломатических сношениях; Венской конвенции о консульских сношениях; Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов; Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него; Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции; Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Совет Европы); Межамериканской конвенции о борьбе с коррупцией; Африканской конвенции о предупреждении и пресечении коррупции. Анализ данных документов с точки зрения использования определения "должностное лицо государства" приведен в "Третьем докладе об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции", подготовленном Специальным докладчиком Консепсьон Эскобар Эрнандес, A/CN.4/673, пункты 51–97.

ния должностных лиц государства, предусмотренные во внутренних правовых системах, требовал бы постоянного обновления и в результате этого мог бы сбивать с толку государственные органы, уполномоченные применять иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции. Таким образом, установление круга лиц, которых можно отнести к категории "должностные лица государства" для целей применения иммунитета *ratione materiae*, осуществляется в индивидуальном порядке с опорой на критерии, включенные в определение и позволяющие установить наличие особой связи между государством и должностным лицом, а именно критерии представления государства или осуществления государственных функций.

7) Тем не менее в качестве примера, следующие "должностные лица государства" встречались в национальной и международной судебной практике, касающейся иммунитета от юрисдикции: бывший глава государства, министр обороны и бывший министр обороны, вице-президент и министр лесного хозяйства, министр внутренних дел, генеральный прокурор, глава национальной службы безопасности, бывший глава одной из служб разведки, начальник морского ведомства, генеральный прокурор государства и различные должностные лица федерального государства более низкого ранга (прокурор, его помощники по юридическим вопросам, следователь, связанный с прокуратурой, и юрист одного из государственных ведомств), военнослужащие в разных званиях и ряд сотрудников сил и органов государственной безопасности, включая руководителя Скотланд-Ярда, сотрудников пограничной службы, заместителя директора тюрьмы и руководителя государственной архивной службы⁸¹¹.

⁸¹¹ См.: *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de Cassation, Chambre criminelle (France), judgement of 19 January 2010; *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords (United Kingdom), judgement of 14 June 2006; *Agent judiciaire du trésor v. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), judgement of 23 November 2004; *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Supreme Court (Ireland), judgement of 24 April 1997; *Church of Scientology*, Federal Supreme Court (Germany), judgement of 16 September 1978; *Teodoro Nguema Obiang Mangue et al.*, Cour d'appel de Paris, Deuxième chambre de l'instruction (France), judgement of 13 June 2013; *A. v. Office of the Attorney-General of Switzerland*, Federal Criminal Tribunal (Switzerland), judgement of 25 July 2012; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, House of Lords (United Kingdom), judgement of 24 March 1999; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division Administrative Court (United Kingdom), judgement of 29 July 2011; *Public Prosecutor (Tribunal of Milan) v. Adler et al.*, Tribunal of Milan, Quarta Sezione Penale (Italy), judgement of 1 February 2010; *United States of America v. Noriega*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (United States of America), judgement of 7 July 1997; *Border Guards Prosecution*, Federal Supreme Court (Germany), judgement of 3 November 1992; *In re Doe*, Court of Appeals, Second Circuit (United States of America), judgement of 19 October 1988; *R. v. Lambeth Justices ex-parte Yusufu*, Divisional Court (United Kingdom), judgement of 8 February 1985; *Estate of the late Zahra (Ziba) Kazemi and Stephan (Salman) Hashemi v. the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohamad Bakhsi*, Superior Court, Commercial Division (Canada), judgement of 25 January 2011; *Ali Saadallah Belhas et al., Appelants v. Moshe Ya'alon*, Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (United States of America), judgement of 15 February 2008; *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al. v. Avraham Dichter*, District Court, Southern District of New York (United States of America), judgement of 2 May 2007; *A, B, C, D, E, F and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Court of Appeals, Seventh Circuit (United States of America), judgement of 8 September 2004; *Jaffe v. Miller and others*,

8) В любом случае следует обратить внимание на то обстоятельство, что глава государства, глава правительства и министр иностранных дел могут пользоваться как иммунитетом *ratione personae*, так и иммунитетом *ratione materiae* в соответствии с настоящим проектом статей. Первое прямо предусматривается проектом статьи 3, принятым Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят пятой сессии. Второе отражено в пункте 3 проекта статьи 4, который также был принят Комиссией в предварительном порядке в ходе той же сессии и в соответствии с которым "[п]рекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*"⁸¹². Условия, в которых глава государства, глава правительства или министр иностранных дел пользуются иммунитетом *ratione personae* или иммунитетом *ratione materiae*, зависят от правил, применимых к каждой из этих категорий иммунитета и прописанных в других положениях настоящего проекта статей⁸¹³.

9) Следует отметить, что определение "должностного лица государства" относится исключительно к лицу, пользующемуся иммунитетом, при этом оно не предвещает вопроса о том, на какие действия распространяется иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, и не подразумевает какой-либо позиции в этом отношении. Исходя из этого, существенно важный элемент, который следует учитывать при отнесении того или иного лица к числу должностных лиц государства для целей настоящего проекта статьи, заключается в наличии связи между данным лицом и государством. Такая связь отражена в пункте е) проекта статьи 2 за счет ссылки на тот факт, что соответствующее лицо "представляет государство или [...] осуществляет государственные функции". Эта ясная и простая формулировка относительно критериев для определения понятия должностное лицо⁸¹⁴ и подтверждает подход, принятый Комиссией в 2013 году и заключающийся в том, что настоящий проект статьи ограничивается "иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, которым могут обладать лица, представляющие государство или действующие от имени государства"⁸¹⁵. Нако-

Ontario Court of Appeals (Canada), judgement of 17 June 1993; *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Supreme Court of the State of New York (United States of America), judgement of 31 October 1988; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgement, I.C.J. Reports 2008, p. 177; *Jones and others v. the United Kingdom*, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, European Court of Human Rights judgement of 14 January 2014; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, judgement of 29 October 1997.

⁸¹² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, пункт 48, стр. 60.*

⁸¹³ В этой связи следует напомнить, что в пункте 7) комментария к проекту статьи 4 говорится следующее: "Комиссия считает, что "преюдициальная" оговорка лишь оставляет открытой возможность применения иммунитета *ratione materiae* к действиям, совершенным в официальном качестве бывшими главой государства, главой правительства или министром иностранных дел в период их пребывания в должности, когда нормы, которые регулируют данную категорию иммунитета, делают это возможным. В пункте 3 не затрагивается вопрос о содержании режима иммунитета *ratione materiae*, поскольку он будет рассмотрен в Части III настоящего проекта статей" (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, A/68/10, пункт 49, стр. 83*).

⁸¹⁴ См. A/CN.4/673, пункт 111, стр. 45, а также проект статьи, первоначально предложенный Специальным докладчиком (там же, пункт 143, стр. 59).

⁸¹⁵ См. пункт 4) комментария к проекту статьи 1, принятому Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят пятой сессии (*Официальные отчеты*

нец, следует отметить, что то или иное должностное лицо государства может отвечать как обоим требованиям, так и только одному из них.

10) Выражение "которое представляет" следует понимать в широком смысле, включая в него любое "должностное лицо государства", которое выполняет представительские функции. Ссылка на представительство приобретает особый смысл в случае главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, поскольку, как это указывается в комментарии к проекту статьи 3, "эти три должностных лица представляют государство в его международных отношениях просто в силу своей должности, непосредственно и без необходимости в предоставлении им конкретных полномочий со стороны государства"⁸¹⁶. При этом ссылка на представительство государства может в равной степени применяться и к другим должностным лицам государства, не входящим в так называемую "тройку", в силу правил или актов самих государственных систем. Следовательно, вопрос о том, представляет ли должностное лицо то или иное государство, должен решаться на индивидуальной основе. Наконец, следует отметить, что отдельная ссылка на "представительство государства" как на один из критериев установления связи с государством позволяет охватить определенных лиц, например тех глав государства, которые обычно не осуществляют государственные функции в узком смысле, но которые при этом, безусловно, представляют государство.

11) Под "функциями государства", опять-таки в широком смысле, следует понимать непосредственную деятельность государства. Сюда относятся законодательные, судебные и исполнительные или иные функции, присущие государству. Следовательно, "должностное лицо государства" – это лицо, которое в состоянии осуществлять эти государственные функции. Ссылка на осуществление государственных функций позволяет дать более точное определение связи, существующей между должностным лицом и государством, позволяющее должным образом учесть то обстоятельство, что иммунитет предоставляется лицу в интересах государства. Хотя для передачи этой идеи предлагались разные термины, как то "полномочия на осуществление государственной власти", "публичные функции", "суверенная власть", "государственная власть" или "государственные по своей природе функции", Комиссия остановилась на термине "государственные функции", который представляется наиболее уместным на данном этапе работы. Такой выбор был сделан по двум причинам: во-первых, он в достаточной мере отражает наличие связи между государством и должностным лицом, устанавливаемой в контексте возлагаемых в ее силу задач; и, во-вторых, с помощью термина "функции", а не "действия, осуществляемые от имени государства," удастся избежать возможной путаницы между субъектным (должностное лицо) и субстантивным (действие) элементами иммунитета. В любом случае на данном этапе работы Комиссии эти термины должны пониматься в как можно более широком смысле с учетом того, что точное значение выражения "государственные функции" во многом зависит от законов и самих возможностей государства в области самоорганизации. Тем не менее некоторые члены Комиссии сочли выбранную формулировку неудачной.

Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, пункт 49, стр. 62).

⁸¹⁶ См. пункт 2) комментария к проекту статьи 3, принятому Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят пятой сессии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, пункт 49, стр. 68*).

12) Следует отметить, что в том обстоятельстве, что термины "представляет" и "осуществляет" используются в настоящем времени, не следует усматривать выражения какого-либо мнения относительно временной сферы охвата иммунитета. Выбор этого грамматического времени продиктован стремлением в общем плане установить связь между государством и должностным лицом и не определяет того, обязано ли должностное лицо государства оставаться таковым на тот момент, когда оно задействует иммунитет. Временная сфера охвата иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae* рассматривается в других проектах статей.

13) Для целей определения понятия "должностное лицо государства" наиболее актуально именно наличие связи между лицом и государством, а те формы, которые она принимает, не имеют особого значения. В этом вопросе Комиссия исходит из того, что данная связь может принимать множественные формы в зависимости от положений внутреннего законодательства и практики, существующей в каждом из государств. Тем не менее большинство членов Комиссии придерживаются мнения о том, что такая связь не должна толковаться слишком широко, вплоть до охвата всех должностных лиц *de facto*. Термин должностное лицо *de facto* применяется в отношении разнообразных случаев, и то, можно ли считать его должностным лицом государства для целей настоящего проекта статьи, будет определяться в зависимости от конкретных обстоятельств в каждом случае. В любом случае следует помнить, что вопросы, касающиеся должностных лиц *de facto*, могут быть более эффективно охвачены в рамках определения понятия "действие, осуществляемое в официальном качестве".

14) С учетом того, что понятие "должностное лицо государства" основано исключительно на том, представляет ли соответствующее лицо государство или осуществляет государственные функции, место, занимаемое таким лицом в общей иерархии, не иррелевантно для целей определения как таковых. Так, во многих случаях лица, признанные должностными лицами государства для целей иммунитета, занимают высокую или среднюю ступень в иерархии, однако также можно найти примеры лиц, занимающих низкую ступень. Таким образом, ступень иерархической организации не является неотъемлемым элементом определения должностного лица государства.

15) Наконец, следует учитывать, что определение "должностного лица государства" не затрагивает виды действий, на которые распространяется иммунитет. Следовательно, термины "представлять" и "осуществлять государственные функции" не следует толковать так, как будто они каким-либо образом определяют материальную сферу охвата иммунитета. Аналогичным образом в определении "должностного лица государства" также не должно усматриваться выражение какой-либо позиции относительно исключений из иммунитета. Эти два вопроса будут рассмотрены на более позднем этапе.

16) Что касается вопроса терминологии, то на данном этапе работы по теме иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции должностных лиц государства Комиссия не видит необходимости менять термины, используемые для обозначения лиц, пользующихся иммунитетом. Таким образом, в ходу остаются термины "State official" на английском языке, "funcionario del estado" на испанском языке, "représentant de l'Etat" на французском языке, "مسؤول لدولة" на арабском языке, "国家官员" на китайском языке и "должностное лицо государства" на русском языке. Хотя Комиссия отдает себе отчет в том, что данные термины не обязательно имеют одинаковый смысл и не носят взаимозаменяемого характера, она предпочла продолжить их использование, в особенности в свете того, что широко применяемый на практике термин на английском языке

("State official") должным образом отражает все категории лиц, о которых идет речь в настоящем проекте статьи. При этом следует отметить, что использование разных терминов в каждом из вариантов на разных языках не имеет никакой семантической ценности. Напротив, различные термины, используемые в вариантах на разных языках, имеют одинаковое значение для целей настоящего проекта статей и никак не влияют на значение, присваиваемое каждому из этих терминов в соответствующих национальных нормативно-правовых системах. В надлежащее время Комиссия установит, есть ли необходимость во внесении каких-либо изменений или включении "преюдициальной" оговорки в отношении использования этих терминов в национальных законодательствах или международных договорах, с тем чтобы обеспечить правильное толкование термина "должностное лицо государства" органами, уполномоченными применять иммунитет на национальном уровне, используя его в том же значении, в котором он включен в настоящий проект статей.

Статья 5

Лица, обладающие иммунитетом *ratione materiae*

Должностные лица государства, выступающие в качестве таковых, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции.

Комментарий

- 1) Проект статьи 5 является первым проектом статьи по вопросу об иммунитете *ratione materiae* и призван определить субъектную сферу охвата данной категории иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Вследствие этого настоящий проект статьи перекликается с проектом статьи 3, посвященным лицам, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*; следует той же структуре и опирается, *mutatis mutandis*, на те же формулировки и термины, которые уже были согласованы Комиссией в контексте указанного проекта статьи. Номенклатура конкретных лиц, которые обладают иммунитетом, отсутствует, вместо этого в случае иммунитета *ratione materiae* на них ссылаются как на "[д]олжностных лиц государства, выступающих в качестве таковых".
- 2) Выражение "должностные лица государства", используемое в настоящем проекте статьи, следует понимать в том же смысле, что и в пункте е) проекта статьи 2, а именно "лицо, которое представляет государство или осуществляет государственные функции". В отличие от ситуации, касающейся лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, в данном случае Комиссия не сочла возможным составить в настоящих проектах статей перечень лиц, пользующихся иммунитетом *ratione materiae*. Поэтому лица, пользующиеся данной категорией иммунитета, должны определяться в индивидуальном порядке с помощью критериев, содержащихся в пункте е) проекта статьи 2 и позволяющих обнаружить наличие связи между должностным лицом и государством. Для целей настоящего проекта статьи следует должным образом принимать во внимание комментарий к пункту е) проекта статьи 2⁸¹⁷.
- 3) В выражении "выступающие в качестве таковых" содержится ссылка на официальный характер деятельности должностных лиц, тем самым делается упор на функциональный характер иммунитета *ratione materiae* и проводится различие между ним и иммунитетом *ratione personae*. Памятуя о функциональном характере иммунитета *ratione materiae*, некоторые члены Комиссии усом-

⁸¹⁷ См. выше пункты 1)–16) комментариев к проекту статьи 2, пункт е).

нились в необходимости определять круг лиц, пользующихся таковым, поскольку, по их мнению, существенно важным элементом иммунитета *ratione materiae* является природа осуществляемых действий, а не осуществляющее их лицо. Однако большинство членов Комиссии сочли целесообразным в первую очередь определить бенефициариев этой категории иммунитета, поскольку иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции распространяется именно на лиц. В любом случае следует подчеркнуть, что ссылка на то обстоятельство, что "должностные лица государства" должны "[выступать] в качестве таковых", чтобы иметь возможность пользоваться иммунитетом *ratione materiae*, не подразумевает какой-либо позиции относительно того, какие из действий могут попадать под такой иммунитет, и последние будут рассматриваться в отдельном проекте статьи. По этой же причине не используется выражение "выступающие в официальном качестве", с тем чтобы избежать возможной путаницы с понятием "действия, осуществляемого в официальном качестве".

4) В соответствии с пунктом 3 проекта статьи 4, принятым Комиссией в предварительном порядке в 2013 году⁸¹⁸, иммунитет *ratione materiae* также распространяется на бывших глав государства, бывших глав правительства и бывших министров иностранных дел, "выступавших в качестве должностного лица государства". Тем не менее Комиссия не сочла необходимым прямо упоминать эти должности в настоящем проекте статьи, поскольку иммунитет *ratione materiae* признается за ними не в силу их статуса, а ввиду того, что они были должностными лицами государства, выступавшими в качестве таковых, в течение срока своих полномочий. Хотя Комиссия считает, что глава государства, глава правительства и министр иностранных дел пользуются иммунитетом *ratione materiae* в строгом смысле только по окончании своих полномочий, она не сочла необходимым указать это обстоятельство в проекте статьи 5. Этот вопрос будет должным образом охвачен в будущем проекте статьи, посвященном материальной и временной сфере охвата иммунитета *ratione materiae*, который будет сформулирован по аналогии с проектом статьи 4.

5) Проект статьи 5 не предпринимает вопроса об исключениях из иммунитета *ratione materiae*, который также будет изучен на более позднем этапе.

6) Наконец, следует обратить внимание на то, что в проекте статьи 5 выражение "от осуществления иностранной уголовной юрисдикции" используется тем же образом, что и в проекте статьи 3 в отношении лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*. С его помощью наглядно показывается связь между иммунитетом и иностранной уголовной юрисдикцией и подчеркивается процессуальный по своей сути характер иммунитета, действующего в связи с осуществлением уголовной юрисдикции в отношении конкретного поведения⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Упомянутое положение гласит: "[п]рекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*" (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, пункт 48, стр. 60*). Что касается сферы охвата данной оговорки "без ущерба", то см. пункт 7) комментария к проекту статьи 4 (там же, пункт 49, стр. 83).

⁸¹⁹ См. пункт 13) комментария к проекту статьи 3 (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10, A/68/10, пункт 49, стр. 77*).

Глава X

Выявление норм международного обычного права

A. Введение

133. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия приняла решение включить тему "Формирование и доказательства существования международного обычного права" в свою программу работы и назначила г-на Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме⁸²⁰. На этой же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика (A/CN.4/653)⁸²¹. На этой же сессии Комиссия также обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме⁸²².

134. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/663), а также меморандум Секретариата по данной теме (A/CN.4/659)⁸²³. На этой же сессии Комиссия решила поменять название темы на "Выявление норм международного обычного права".

B. Рассмотрение темы на текущей сессии

135. На текущей сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/672). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3222–3227-м заседаниях 11–18 июля 2014 года.

136. На своем 3227-м заседании, состоявшемся 18 июля 2014 года, Комиссия передала проекты выводов 1–11 в том виде, в каком они содержались во втором докладе Специального докладчика, Редакционному комитету. На 3242-м заседании Комиссии, состоявшемся 7 августа 2014 года, Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета о "Выявлении норм международного обычного права", содержащий восемь проектов выводов, которые были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом на шестьдесят шестой сессии. На данном этапе этот доклад вместе с проектами выводов представляется исключительно в информационных целях, и он доступен на веб-сайте Комиссии⁸²⁴.

⁸²⁰ На своем 3132-м совещании, состоявшемся 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункт 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (2011 год) на основе предложения, содержавшегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), пункты 305–314).

⁸²¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 157–202.

⁸²² Там же, пункт 159.

⁸²³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункт 64.

⁸²⁴ Размещен по адресу www.un.org/law/ilc.

1. Представление Специальным докладчиком второго доклада

137. Основное внимание во втором докладе уделяется двум конститутивным элементам норм международного обычного права: "всеобщей практике" и "признанию в качестве правовой нормы". В докладе были предложены 11 проектов выводов, которые были разделены на четыре части ("введение"; "два конститутивных элемента"; "всеобщая практика"; "признание в качестве правовой нормы").

138. После обзора предыстории этой темы в первой части доклада были представлены сфера охвата и намеченные результаты работы. Объем и пределы сферы охвата проектов выводов стали предметом проекта вывода 1⁸²⁵, а некоторые из терминов, которым, возможно, было бы целесообразно дать определение для целей работы, были отражены в проекте вывода 2⁸²⁶. Затем во второй части доклада рассматривалась сама суть темы, а именно основной подход к выявлению норм международного обычного права. В проекте вывода 3 четко отражен двух-элементный подход⁸²⁷, а проект вывода 4 представляет собой общее положение об оценке доказательств для этой цели⁸²⁸. Эти два элемента были более подробно рассмотрены соответственно в двух следующих частях. В третью часть были включены пять проектов выводов, касающихся характера и доказательств "всеобщей практики", а именно роли практики (проект вывода 5), присвоения поведения (проект вывода 6), форм практики (проект вывода 7), оценки доказательств практики (проект вывода 8) и общего и последовательного характера практики (проект вывода 9)⁸²⁹. Впоследствии в четвертой части второй из этих

⁸²⁵ Проект вывода 1 гласил следующее:

Сфера охвата

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.
2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (*jus cogens*).

⁸²⁶ Проект вывода 2 гласил следующее:

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов выводов:

- а) термин "международное обычное право" означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и отражают ее;
- б) термин "международная организация" означает межправительственную организацию;
- с) ...

⁸²⁷ Проект вывода 3 гласил следующее:

Основной подход

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

⁸²⁸ Проект вывода 4 гласил следующее:

Оценка доказательств

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства.

⁸²⁹ Часть третья (проекты выводов 5–9) гласила следующее:

Всеобщая практика

Проект вывода 5

Роль практики

Требование – как элемент международного обычного права – в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика

двух элементов, а именно "признание в качестве правовой нормы", был затронут в двух проектах выводов о роли и доказательстве признания в качестве правовой нормы (соответственно проекты выводов 10 и 11)⁸³⁰.

государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

Проект вывода 6

Присвоение поведения

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции.

Проект вывода 7

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербального действия.
2. К видам практики, среди прочего, относятся: поведение государств "на местах", дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.
3. Бездействие также может считаться практикой.
4. Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой.

Проект вывода 8

Оценка доказательств практики

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.
2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение.

Проект вывода 9

Практика должна быть общей и последовательной

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.
2. Практика должна быть в целом последовательной.
3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.
4. При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

⁸³⁰ Часть четвертая (проекты выводов 10 и 11) гласила следующее:

Признание в качестве правовой нормы

Проект вывода 10

Роль признания в качестве правовой нормы

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.
2. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения.

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы. Они могут варьироваться

139. Во введении Специальный докладчик напомнил об аспектах обсуждений сферы охвата и результатов работы по этой теме, проводившихся на сессии Комиссии в 2013 году. В частности, он отметил, что результаты работы в настоящее время планируется облечь в форму "выводов" с комментариями, причем такое намерение получило широкую поддержку в Комиссии и в Шестом комитете. Тем не менее можно возвратиться к вопросу об окончательной форме по мере продвижения работы над этой темой. Специальный докладчик также отметил, что в рамках настоящей темы он не намеревается рассматривать общие принципы права или *jus cogens*.

140. Специальный докладчик напомнил, что, как указывалось в первой части доклада, цель настоящей темы заключается не в определении материально-правового содержания норм международного обычного права, а в рассмотрении методологического вопроса об определении существования и содержания норм международного обычного права.

141. В основу второго доклада лег двухэлементный подход к выявлению норм международного обычного права. Специальный докладчик отметил, что данный подход широко используется в практике государств и в решениях международных судов и трибуналов, включая Международный Суд, и встретил поддержку в Шестом комитете. Он также в целом подтверждался научными трудами. Специальный докладчик также напомнил о существующем мнении о том, что в определенных областях международного права, как-то: международном праве прав человека и международном гуманитарном праве – одного элемента, а именно *opinio juris*, может быть достаточно для установления нормы международного обычного права, подчеркнув при этом, что это мнение не подкрепляется практикой государств или судебной практикой Международного Суда. Вместе с тем Специальный докладчик отметил, что двухэлементный подход может по-разному применяться в разных областях или в отношении различных видов норм.

142. После обзора основных аспектов двухэлементного подхода в докладе отводится место для более подробного рассмотрения каждого из этих двух элементов. Начиная с первого элемента, т.е. "всеобщей практики", Специальный докладчик указал, что данный термин представляется более предпочтительным, чем "практика государств", так как он отражает формулировку подпункта b) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, и учитывает тот факт, что практика международных организаций может также представлять интерес. Кроме того, было отмечено, что проект вывода о роли практики, в котором вы-

в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.

2. Виды доказательств включают в себя – не ограничиваясь этим – заявления государств, в которых они указывают на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций.

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы.

сказывалось предположение о том, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права, основывался отчасти на формулировках, заимствованных из судебной практики Международного Суда. Проект вывода по вопросу о присвоении поведения, предложенный в докладе, во многом основывается на статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

143. В докладе также довольно обстоятельно рассматриваются так называемые "примеры из практики", а именно акты действия и бездействия, которые могут представлять интерес для установления "всеобщей практики". Специальный докладчик обратил внимание на шесть моментов, имеющих отношение к этой части доклада. Во-первых, практика может состоять как из вербальных, так и физических актов. Во-вторых, представлялось полезным включить ориентировочный перечень форм практики, в особенности с учетом общей цели темы, хотя любой такой перечень неизменно будет носить неисчерпывающий характер. В-третьих, многие из перечисленных видов практики также могут служить доказательством признания в качестве правовой нормы. В-четвертых, практика, отраженная в договорах, и резолюции органов международных организаций представляют собой две важные формы практики и будут более подробно изучены в следующем докладе. В-пятых, не следует упускать из виду практическое значение бездействия или молчания. Наконец, все большее значение может приобретать практика некоторых международных организаций, хотя при ее оценке необходимо проявлять осмотрительность.

144. Специальный докладчик заявил, что заранее установленной иерархии различных форм практики не существует и что следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. Кроме того, практика должна быть общей и последовательной. Чтобы считаться общей, практика должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, при этом она не обязательно должна носить универсальный характер. Если эти условия соблюдены, какой-либо конкретной продолжительности не требуется. Помимо этого, должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

145. Переходя ко второму из двух элементов, т.е. "признанию в качестве правовой нормы", Специальный докладчик подчеркнул, что многие проблемы, обычно связываемые с этим элементом, лежат скорее в теоретической плоскости, чем в практической. Для признания всеобщей практики в качестве правовой нормы соответствующая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности. Именно этот момент отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения. Была также высказана идея о том, что желательнее использовать термин "признание в качестве правовой нормы", заимствованный из Статута Международного Суда, нежели термин *opinio juris* или иные термины, встречающиеся в судебной практике, поскольку первый более точно отражает происходящее на практике, чем любые другие расхожие выражения. Благодаря использованию термина "признание в качестве правовой нормы" также удастся избежать необходимости толковать латинское выражение "*opinio juris sive necessitatis*", по поводу которого по-прежнему ведутся споры.

146. Затем в докладе рассматривается такой важный вопрос, как возможность доказать признание в качестве правовой нормы (или его отсутствие). Был сделан вывод о том, что практика позволяет обнаружить признаки такого признания или судить о его наличии, хотя при этом подчеркивалось, что субъективный элемент является самостоятельным требованием, отличным от "всеобщей прак-

тики", которая должна идентифицироваться в каждом отдельном случае. Специальный докладчик указал, что для уточнения этого момента может понадобиться отдельный проект выводов. Как и в случае с "практикой", было отмечено, что доказательства "признания в качестве правовой нормы" могут принимать различные формы, и в докладе приведен ориентировочный, неисчерпывающий перечень таких форм.

147. Специальный докладчик выразил глубокую признательность за содействие и поддержку, оказанную ему в ходе подготовки второго доклада, а также за письменные материалы по данной теме, полученные от ряда правительств. Специальный докладчик отметил, что некоторые дополнительные аспекты данной темы будут более подробно рассмотрены в его третьем докладе в следующем году, и в этой связи указал, что, как и раньше, приветствует направление любых мнений и материалов по мере продвижения работы над этой темой. Специальный докладчик обратился с просьбой представить мнения не только по вопросу о взаимосвязи двух элементов, но и по вопросу о роли практики негосударственных субъектов, роли резолюций международных организаций и конференций, роли договоров (и связи с ними), задаче оценки доказательств практики и признания в качестве правовой нормы, а также способах решения проблем, связанных с оценкой практики государств и доказательств таковой.

148. Специальный докладчик также указал, что вопросы о "специальных" или "региональных" нормах международного обычного права, включая "двусторонний обычай", которые поднимались в Шестом комитете в 2013 году, будут охвачены в его третьем докладе в 2015 году.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

149. Общее направление и подход, избранные Специальным докладчиком, получили широкую поддержку. Двухэлементный подход был единодушно одобрен. Было достигнуто широкое согласие в отношении того, что итогом этой работы должен стать практический инструмент, имеющий особую ценность для практиков, не являющихся специалистами в области международного права. В этой связи рекомендовалось избежать того, чтобы уточнение нюансов и условий в проектах выводов не основывалось преимущественно на комментариях, поскольку ясная формулировка самого проекта вывода послужит интересам лиц, не настолько хорошо владеющих предметом. Кроме того, по общему мнению, проекты выводов не должны носить излишне предписывающего характера и должны отражать гибкость, органически присущую международному обычному праву.

150. Вместе с тем был поднят ряд вопросов относительно сферы охвата темы. Некоторые члены Комиссии призвали включить более прямую ссылку на процесс формирования норм международного обычного права наряду с рассмотрением доказательств существования международного обычного права. Ряд членов Комиссии также выразили обеспокоенность в связи с тем, что был опущен подробный анализ взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права, в частности общими принципами права. Кроме того, согласно одному из предложений представлялось целесообразным рассмотреть эту взаимосвязь с примерами обычаев и этикета.

151. Высокая оценка была дана усилиям Специального докладчика, направленным на то, чтобы почерпнуть опыт из практики, существующей в разных частях мира, однако несколько членов Комиссии отдельно остановились на

трудностях, сопряженных с подтверждением практики государств. В свете того, какое важное значение имеет расширение доступа и распространение практики, было сочтено полезным вновь обратиться к государствам с просьбой представить информацию об их практике, относящейся к выявлению международного права, а также информацию о сборниках и других изданиях, содержащих примеры соответствующей государственной практики. Несмотря на трудность подтверждения государственной практики, некоторые члены Комиссии посоветовали не только полагаться на практику Международного Суда, но также обратить внимание на другие, более специализированные, международные суды и трибуналы.

152. Помимо этого, состоялся обмен мнениями по поводу сопутствующего вопроса о том, на ком лежит бремя доказывания существования нормы международного обычного права. Некоторые члены Комиссии обсудили вопрос о том, лежит ли бремя доказывания в споре о существовании той или иной нормы на стороне, заявляющей о наличии такой нормы, или на стороне, отрицающей ее наличие, и должны ли предприниматься судьей инициативные шаги по подтверждению доказательств.

153. Будущая программа работы, предложенная Специальным докладчиком, была в целом поддержана. Некоторые члены Комиссии приветствовали предложение изучить взаимосвязь между двумя элементами международного обычного права, при этом ряд членов Комиссии призвали уделить особое внимание временным аспектам такого взаимодействия. Также была одобрена идея дальнейшего рассмотрения роли международных организаций, а также региональных и двусторонних обычаев и понятия "последовательно возражающая сторона". Вместе с тем некоторые члены Комиссии выразили оговорки по поводу столь амбициозных темпов работы, предложенных Специальным докладчиком, отметив при этом, что тема включает в себя множество непростых вопросов, требующих тщательного и внимательного рассмотрения.

б) Употребление терминов

154. Состоялся обмен мнениями по вопросу о желательности включения определений "международного обычного права" и "международных организаций", как это было предложено в проекте выводов об употреблении терминов. Некоторые члены Комиссии сомневались в том, что эти определения были необходимыми или уместными, при этом ряд других членов Комиссии считали их полезными и предложили дать определения и другим терминам, включая два элемента международного обычного права.

155. Что касается определения международного обычного права, предложенного Специальным докладчиком в проекте вывода 2, то два соответствующих пункта стали предметом оживленных дискуссий. Высказывались различные мнения относительно того, следует ли основывать определение на формулировке, принятой в подпункте b) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, или же использовать выражение "*opinio juris*". Некоторые члены Комиссии высказались в пользу привязки определения к формулировке Статута, при этом другие отметили, что это определение подвергалось широкой критике в научной литературе. Отметив, что "*opinio juris*" является наиболее распространенным выражением, используемым в судебной практике и в литературе, некоторые члены Комиссии высказались в пользу замены термина "признанию в качестве правовой нормы" на "*opinio juris*", а ряд других членов предложили включить ссылки на оба термина. Согласно мнению различных членов Комиссии, субъективный элемент обычая ("*opinio juris*") не является синонимом "согла-

сию" или "желанию" государств и означает убежденность в том, что определенная практика применяется, поскольку осуществляется право или соблюдается обязательство в соответствии с международным правом.

с) Основной подход

156. Было достигнуто широкое согласие в отношении основного двухэлементного подхода к выявлению норм международного обычного права. В частности, большинство членов Комиссии разделяло ту точку зрения, что основной подход не отличается в зависимости от области международного права. Вместе с тем некоторые члены Комиссии отметили, что, как представляется, в разных областях применяются разные подходы к определению, но признали при этом, что такие вариации могли объясняться разницей в применении двухэлементного подхода, а не следованием принципиально иному подходу.

157. В ожидании рассмотрения Специальным докладчиком вопроса о взаимосвязи двух элементов в его следующем докладе некоторые члены Комиссии поделились соображениями относительно временных аспектов двухэлементного подхода. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что подход, сформулированный в проекте вывода 3, по всей видимости, подразумевает, что "всеобщая практика" должна неизменно предшествовать "признанию в качестве правовой нормы". Некоторые члены Комиссии указали, что решающее значение имеет наличие обоих элементов, а не порядок их следования во времени.

158. Что касается оценки доказательств всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, то мнения относительно предлагаемой формулировки "следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства" в проекте вывода 4 разделились. Некоторые члены Комиссии приветствовали упоминание контекста, поскольку это указывало на гибкий по существу характер процесса, в то время как другие члены Комиссии высказались в пользу более четких и безопасных критериев. Также был поднят вопрос о том, отражает ли предлагаемый подход к выявлению норм реальное положение вещей в международной практике. Как было отмечено, исчерпывающий обзор государственной практики и *opinio juris* носит исключительный характер, поскольку в большинстве случаев при поиске доказательств существования правовой нормы все же в первую очередь принято обращаться к решениям Международного Суда, работе Комиссии по международному праву или резолюциям Генеральной Ассамблеи и договорам.

d) "Всеобщая практика"

159. Наметились значительные расхождения во мнениях относительно формулировки проекта вывода 5, в соответствующей части которого говорилось, что "...наличие всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию... норм международного обычного права". Высказывалось мнение о том, что формулировку можно было бы уточнить, с тем чтобы указать, чья именно практика имеет значение для определения наличия "всеобщей практики", при этом предлагаемые уточнения отличались друг от друга. Некоторые члены Комиссии придерживались мнения о том, что употребление выражения "в первую очередь" продиктовано неверными предпосылками, поскольку оно предполагает, что значение может иметь практика других субъектов, помимо государства. По мнению этих членов Комиссии, практику международных организаций не следует принимать во внимание в процессе выявления норм международного обычного права. Другие члены Комиссии считали, что практика международных организаций представляет интерес толь-

ко в той степени, в которой она отражает практику государств. Вместе с тем ряд других членов Комиссии согласились со Специальным докладчиком в том, что практика международных организаций как таковая может иметь значение для установления обычных норм, в особенности в связи с определенными областями деятельности в рамках полномочий этих организаций. Эти члены Комиссии обратили внимание на области, в которых практика международных организаций имеет особо актуальное значение, а именно: привилегии и иммунитет, ответственность международных организаций и роль депозитария договоров.

160. Члены Комиссии поддержали предложение Специального докладчика в своем третьем докладе более подробно рассмотреть роль международных организаций в плане выявления норм международного обычного права. Поскольку практика международных организаций может иметь актуальное значение, некоторые члены Комиссии призвали рассмотреть вопрос о том, какие именно формы может принимать такая практика. Некоторые члены Комиссии также сочли целесообразным изучить роль практики негосударственных субъектов, если о таковой можно говорить.

161. В связи с вопросом о присвоении поведения несколько членов Комиссии предложили пересмотреть предлагаемую формулировку проекта вывода 6, которая во многом опиралась на статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. По мнению этих членов Комиссии, присвоение следует рассматривать иначе в этом контексте, поскольку для целей международного обычного права соответствующая практика должна быть санкционирована государством. В случаях, когда тот или иной орган действует *ultra vires*, встает вопрос о том, следует ли считать такое поведение практикой государства. В этом контексте был также поднят вопрос о том, можно ли считать соответствующей практикой поведение негосударственных субъектов, действующих от имени государства.

162. Широкую поддержку получили предложения в отношении форм поведения государства, которые могут представлять собой "всеобщую практику". В частности, некоторые члены Комиссии приветствовали тот факт, что вербальные акты были включены наряду с физическими актами, хотя ряд членов Комиссии попросили уточнить, какие именно вербальные акты представляли интерес. Сохранялась неопределенность в отношении того, могут ли вербальные акты сами по себе стать источником "всеобщей практики", а также того, должны ли вербальные акты отражаться на письме или повторяться. Согласно сделанной рекомендации в проектах выводов следует конкретно охватить другие формы вербальных актов, как-то: дипломатические акты признания и протеста. Также было предложено прямо упомянуть административные акты. Наконец, состоялось обсуждение вопроса об актуальном значении обращения в международные суды и трибуналы в качестве практики государства.

163. Что касается включения "бездействия" в качестве одной из форм практики, то, по общему мнению, этот вопрос нуждается в дальнейшем изучении и уточнении. По мнению некоторых членов Комиссии, следует рассмотреть конкретные условия, в которых бездействие приобретает интерес, указав при этом, что молчание или бездействие могут иметь актуальное значение только в том случае, когда обстоятельства требуют определенной реакции. Было также высказано мнение о том, что степень значимости бездействия или молчания может меняться в зависимости от того, связано ли таковое с ограничительной нормой или чужой практикой, в которой само государство не принимает участия.

164. В связи с оценкой доказательства практики возникли вопросы в отношении точного значения включенной в проект вывода 8 фразы "[з]аранее установленной иерархии различных форм практики не существует". Некоторые члены Комиссии указали на то, что практика отдельных органов государства представляется более важной, чем практика других его органов, а ряд членов Комиссии отметили, что различные органы обладали большими или меньшими полномочиями в плане отражения международной позиции государства. Согласно высказанному предложению при оценке практики органа следует учитывать, имеет ли его мандат прямое отношение к содержанию соответствующей нормы, а также действует ли он от имени государства на международном уровне. Было также высказано мнение о том, что в этой связи следует с особой осторожностью подходить к практике национальных судов.

165. По сопутствующему вопросу о том, является ли непоследовательный характер практики в государстве основанием для придания ей менее весомого значения, некоторые члены Комиссии указали, что такая непоследовательность имеет материальный характер, а ряд других членов Комиссии придерживались мнения о том, что противоречия в практике органов низкого уровня или среди них не должны отражаться на доказательной ценности практики государства в целом. Была также выражена обеспокоенность в связи с тем, что предлагаемая в проекте вывода 8 формулировка, передающая такую внутригосударственную непоследовательность, носит чересчур директивный характер и рискует создать препятствия для гибкости процесса выявления.

166. Было также предложено рассматривать другие критерии при определении того, применимы ли примеры из практики для целей выявления норм международного обычного права. Так, например, было высказано мнение о том, что применимая практика должна быть публичной, соответствовать положениям национального законодательства и иметь определенную связь с содержанием соответствующей нормы.

167. Члены Комиссии в целом разделяли мнение о том, что для установления нормы международного обычного права практика должна быть общей и последовательной, однако некоторые из них выразили обеспокоенность по поводу конкретных терминов, использованных в предлагаемом проекте вывода 9. По мнению некоторых членов Комиссии, слова "репрезентативна" и "достаточно широко распространена" нуждались в дополнительном пояснении и уточнении. Ряд членов Комиссии также придерживались мнения о том, что в вывод следует включить термин "единообразная" или "практически единообразная", а также передать степень частоты или повторения практики. Наконец, была высказана мысль о том, что может понадобиться дополнительно проработать вопрос о том, в каких случаях отклоняющаяся от нормы практика отбрасывается как не принимаемое в расчет нарушение существующей нормы, а в каких – как исключение в процессе формирования норм.

168. Предметом широких дискуссий стало понятие "государства, чьи интересы затронуты особо", содержащееся в пункте 4 проекта вывода 9. По мнению некоторых членов Комиссии, данное понятие противоречит суверенному равенству и его не следует включать в проекты выводов. Они утверждали, что все государства заинтересованы в содержании и сфере охвата, в формировании и развитии общего международного права во всех областях, а также что практика всех государств, включающая как действия, так и бездействие, является одинаково важной. Обращалось внимание на ограниченную судебную практику Международного Суда по этому вопросу, при этом некоторые члены Комиссии отметили, что Суд не отнес это понятие к числу общеприменимых и постановил

лишь то, что практика государств, чьи интересы затронуты особо, должна рассматриваться в конкретном контексте того или иного дела. Другие члены Комиссии, которые не возражали против идеи включения этого понятия в проекты выводов, подчеркнули, что речь не идет о способе придать больший вес могущественным государствам или определить, достаточно ли широко распространена практика. Наконец, было предложено уточнить, какую роль играют государства, чьи интересы затронуты особо и играют ли они вообще какую-либо роль, в том числе какую роль это понятие может иметь в контексте региональных или двусторонних норм.

е) "Признание в качестве правовой нормы" ("opinio juris")

169. Среди членов Комиссии наблюдалось общее согласие относительно роли "признания в качестве правовой нормы" в определении существования нормы международного обычного права. Вместе с тем некоторые члены Комиссии выразили обеспокоенность по поводу того, что ссылка на "сознание юридической обязательности" не в полной мере проясняет механизм действия субъективного элемента. Было предложено рассмотреть в этой связи роль отклоняющейся от нормы практики в случаях, когда государство стремится изменить существующую норму.

170. В связи с доказательством признания в качестве правовой нормы обсуждалась идея, согласно которой действие (включая бездействие) может служить установлению как практики, так и признания в качестве правовой нормы. По мнению ряда членов Комиссии, как правило, признание практики в качестве обязательной по закону не может быть подтверждено одной лишь ссылкой на доказательства самой практики. С другой стороны, некоторые члены Комиссии не видели никакой проблемы в так называемом "двойном подсчете", указывая на то, что доказательства двух элементов могут быть обнаружены на основе анализа одного и того же поведения. Было предложено далее рассмотреть этот вопрос при изучении взаимосвязи между двумя элементами.

171. Ряд дополнительных замечаний был высказан в связи с доказательством признания в качестве правовой нормы. По мнению некоторых членов Комиссии, которым, однако, возразили другие ее члены, для установления нормы такое признание должно носить практически универсальный характер. Другие члены Комиссии предложили исследовать роль резолюций международных организаций в качестве возможного доказательства *opinio juris*. Также прозвучали просьбы уточнить определенные моменты. Например, было высказано мнение о необходимости проработки методов, используемых для определения *opinio juris*, наряду с другими видами доказательств, предусмотренными в проекте вывода 11. С учетом практической цели работы представлялось целесообразным дополнительно разъяснить, как проводить различие между практикой, демонстрирующей признание в качестве правовой нормы, и другим поведением. Наконец, было предложено уделить внимание роли оценок субъективного элемента, проводимых Международным комитетом Красного Креста, а также профессиональными организациями и юристами.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

172. Специальный докладчик отметил, что члены Комиссии по-прежнему широко поддерживают "двухэлементный подход", указав при этом, что временные аспекты обоих элементов, а также взаимоотношение между ними заслуживают дальнейшего рассмотрения. Он также отметил, что среди членов Комиссии сложилось общее понимание того, что главными справочными материалами, в

которых следует искать ориентиры для работы по этой теме, выступают решения международных судов и трибуналов. Что же касается результата работы по теме, то члены Комиссии по-прежнему разделяли ту точку зрения, что такая работа должна привести к принятию практического руководства для содействия практикам в деле выявления норм международного обычного права, при этом в нем должен быть достигнут баланс между директивными указаниями и определенной гибкостью. По мнению Специального докладчика, до сих пор оставалась неопределенность относительно того, нужно ли прямо охватить в нем аспект формирования норм международного обычного права.

173. Как указал Специальный докладчик, этому практическому руководству следует придать вид краткого свода хорошо проработанных и всеобъемлющих проектов выводов, которые следует читать вместе с комментариями к ним. Комментарии, которые послужат незаменимым добавлением к проектам выводов, должны быть достаточно краткими и содержать упоминания только ключевых видов практики, примеров и справочной литературы, аналогично комментариям к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния или статьям об ответственности международных организаций.

174. Было вновь подчеркнуто важное значение представления государствами материалов об их практике в отношении международного обычного права, а также информации о национальных сборниках и аналогичных публикациях, и Специальный докладчик указал на целесообразность направления Комиссией соответствующей просьбы государствам.

175. Что касается общего вопроса о том, чью практику необходимо учесть, Специальный докладчик признал, что можно было бы более четко указать, что проекты выводов в первую очередь касаются практики государств. С другой стороны, он подчеркнул, что нельзя пренебрегать практикой по крайней мере некоторых международных организаций в определенных областях, как то практикой в отношении договоров, привилегий и иммунитетов или внутреннего права международных организаций.

176. Касаясь терминологии, используемой в проекте вывода 1, Специальный докладчик признал, что с употреблением слова "методология" связаны определенные сложности, но отметил, что не исключено, что их удастся снять с помощью других предложений, сделанных в ходе прений. Как он подчеркнул, формулировка этого вывода должна передавать мысль о том, что в нем ставится цель четко обозначить, что проекты выводов призваны не выявить материально-правовые нормы международного обычного права, а отразить подход к выявлению таких норм. Кроме того, Специальный докладчик вновь поделился своими сомнениями относительно необходимости сохранения предложенных определений в проекте вывода 2, а не в комментарии к нему.

177. Специальный докладчик особо отметил исключительное значение основного подхода, изложенного в проекте вывода 3, и заявил, что предпочитает сохранить формулировку, заимствованную из Статута Международного Суда. Он указал, что эта формулировка была более уместной, чем другие распространенные выражения, поскольку она позволяет охватить практику, отличную от практики государств, и широко толковать понятие субъективного элемента. Тем не менее в свете споров по поводу выражения "признание в качестве правовой нормы" Специальный докладчик предложил заменить его более общим термином "*opinio juris*". Он также отметил, что, согласно общему мнению, в разных областях международного права не существует разных подходов к выявлению

норм, но признал при этом, что основной подход может, тем не менее, по-разному применяться в отношении различных видов норм.

178. Касаясь выражения "в первую очередь" в проекте вывода 5, Специальный докладчик пояснил, что этот термин используется, с тем чтобы подчеркнуть особую роль практики государств, не исключая при этом возможности для рассмотрения практики международных организаций.

179. Специальный докладчик признал необходимость дальнейшего изучения вопроса о том, применимы ли в данном контексте правила присвоения поведения, принятые для цели установления ответственности государств. Он также указал на необходимость более глубоко проработать вопросы, связанные с законностью практики.

180. Специальный докладчик выразил благодарность за широкую поддержку, которую получили пункты 1 и 2 проекта вывода 7, в особенности в связи с включением как вербальных, так и физических актов. Вместе с тем он признал, что в следующем его докладе необходимо будет охватить вопросы бездействия, которые поднимаются в пунктах 3 и 4.

181. Касаясь вопроса о возможной иерархии форм практики и противоречивой практике внутри того или иного государства, Специальный докладчик четко дал понять, что упор делается именно на отсутствие "заранее установленной" иерархии и что он ни в коем случае не намекает на то, что действия нижестоящих органов будут иметь тот же вес, что и практика органов более высокого уровня.

182. Специальный докладчик приветствовал широкую поддержку проекта вывода 9, хотя и принял к сведению разногласия, возникшие в связи со ссылкой на "государства, чьи интересы затронуты особо". Он пояснил, что формулировка этого пункта подбиралась с большой осторожностью и что в его намерения не входило дать понять, что практику отдельных мощных государств следует считать незаменимой для формирования норм международного обычного права. Круг соответствующих государств может меняться в зависимости от той или иной нормы, и это выражение не относится к каким-либо конкретным государствам.

183. Касаясь двух проектов выводов о "признании в качестве правовой нормы", Специальный докладчик признал, что их формулировка должна в большей степени соответствовать формулировкам проектов выводов о "всеобщей практике". Он также отметил, что планируется вернуться к вопросу о так называемом "двойном подсчете" одного и того же акта в качестве доказательства как практики, так и *opinio juris*, поскольку членами Комиссии высказывались различные мнения по этому поводу.

184. В связи с будущей программой работы по этой теме Специальный докладчик указал, что в третьем докладе будут охвачены, в частности, различные аспекты, касающиеся международных организаций, взаимосвязь между международным обычным правом и договорами, а также резолюции международных организаций. В третьем докладе также будут охвачены вопросы, связанные с "последовательно возражающей стороной" и региональным, местным и двусторонним обычаем. Кроме того, Специальный докладчик подчеркнул необходимость далее изучить вопрос о доказательствах и связанную с ним проблему бремени доказывания.

185. Специальный докладчик признал, что его намерение представить заключительный доклад, содержащий пересмотренные проекты выводов и комментарии, в 2016 году может показаться чересчур амбициозным, но заверил членов Комиссии, что он не будет форсировать события в ущерб качеству. Он также указал, что, если проекты выводов будут в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом на текущей сессии, они будут на данном этапе представлены на пленарном заседании в порядке ознакомления и будут официально рассмотрены на пленарном заседании в 2015 году.

Глава XI

Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

А. Введение

186. На своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссия постановила включить тему "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами" в свою программу работы и назначить г-жу Мари Г. Якобссон Специальным докладчиком по этой теме⁸³¹.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

187. На данной сессии на рассмотрение Комиссии был внесен предварительный доклад Специального докладчика (A/CN.4/674 и Corr.1), который она рассмотрела на 3227–3331-м заседаниях 18–25 июля 2014 года.

1. Представление Специальным докладчиком своего предварительного доклада

188. В предварительном докладе был представлен общий обзор фазы I в контексте вышеуказанной темы, т.е. анализ соответствующих норм и принципов, применимых в ситуациях, которые могут привести к вооруженному конфликту ("обязательства, действующие в мирное время"). В нем непосредственно не рассматривались меры, которые следует принимать во время или после вооруженного конфликта (соответственно фазы II и III). При составлении доклада Специальный докладчик приняла во внимание мнения, высказанные в ходе неофициальных консультаций в рамках Комиссии в 2013 году; мнения, выраженные государствами в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи; а также письменную информацию, представленную государствами в ответ на просьбу Комиссии, изложенную в ее докладе за 2013 год.

189. Специальный докладчик сообщила, что в своем докладе она сначала рассмотрела некоторые аспекты, имеющие отношение к сфере охвата и методологии, а затем приступила к выявлению действующих обязательств и принципов, вытекающих из международного экологического права, которыми можно было бы руководствоваться при разработке мер мирного времени, принимаемых в целях уменьшения негативных экологических последствий вооруженного конфликта. Специальный докладчик сочла, что преждевременно пытаться оценивать, в какой степени любые обязательства, действующие в мирное время, продолжают применяться во время вооруженного конфликта или после него. В докладе отмечалось, что некоторые обязательства, например принцип предосторожности и требование проводить оценки воздействия на окружающую среду, имеют свои аналоги в международном гуманитарном праве, однако такие нормы права отнюдь не идентичны обязательствам, действующим в мирное время. Обязательства, относящиеся к фазе II, будут подробно рассмотрены в следующем докладе.

⁸³¹ Решение было принято на 3171-м заседании Комиссии 28 мая 2013 года. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункт 167. Общий набросок темы см. там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), приложение E.

190. Кроме того, в докладе рассматривалось употребление некоторых терминов, а также вопрос об актуальности международного права прав человека для данной темы. Специальный докладчик отметила, что для содействия обсуждению были предложены проекты определений терминов "вооруженный конфликт" и "окружающая среда", хотя их передача в редакционный комитет на нынешней сессии не планировалась.

191. В заключение Специальный докладчик привела описание предлагаемой будущей программы работы, отметив при этом, что планируемый срок реализации работы составляет три года. В следующем году в доклад о праве, применимом в ходе конфликтов как международного, так и немеждународного характера, будет включен анализ существующих норм права вооруженных конфликтов, относящихся к данной теме, а также их взаимосвязь с обязательствами, действующими в мирное время. Кроме того, доклад будет содержать предложения по руководящим принципам, выводам или рекомендациям, касающимся, в частности, общих принципов, превентивных мер и примеров международно-правовых норм, которые могут рассматриваться на предмет постоянного применения в ходе вооруженных конфликтов. Последующий доклад, который планируется представить в 2016 году, будет посвящен постконфликтным мерам; скорее всего, в нем также будет содержаться ряд руководящих принципов, выводов или рекомендаций, касающихся, в частности, сотрудничества, обмена информацией и передовыми методами, а также восстановительных мер. Специальный докладчик отметила, что будет по-прежнему использовать в своей работе материалы о соответствующем внутреннем законодательстве, поступающие от государств, а также постоянные консультации с другими международными и региональными образованиями.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

192. Значимость данной темы и универсальный характер ее цели получили широкое признание. Члены Комиссии в целом согласились с тем, что основным направлением работы должно стать прояснение норм и принципов международного экологического права, применимых в связи с вооруженными конфликтами. Некоторые члены согласились со Специальным докладчиком в том, что Комиссии не следует вносить изменения в законодательство, применяемое в период вооруженных конфликтов. С другой стороны, ряд членов сочли, что с точки зрения минимального учета экологических факторов в нормах права вооруженных конфликтов дальнейшая разработка природоохранных обязательств применительно к вооруженному конфликту может быть оправдана. Было предложено, что в качестве юридического лица, подлежащего защите в данном контексте, выступает сама окружающая среда и что в ходе работы над темой нужно попытаться систематизировать нормы, применимые во всех трех фазах. Было также подчеркнуто, что Комиссии не следует рассматривать в качестве элемента этой темы базовые вопросы, касающиеся международного экологического права или международного права прав человека.

б) Сфера охвата и методология

193. Распределение работы по трем временным фазам, предложенное Специальным докладчиком, получило общую поддержку членов Комиссии; некоторые из них отметили, что такой подход облегчит работу. Было высказано предположение, что такое временное распределение даст Комиссии возможность сосредоточиться на подготовке и превентивных мерах в ходе фазы I, а затем – на во-

просах восстановления и реконструкции в ходе фазы III. При этом ряд других членов выразили озабоченность по поводу чрезмерно жесткой привязки к временному подходу, отметив, что сама Специальный докладчик в своем докладе прямо указала на невозможность проведения четкого различия между этими фазами. Сначала некоторые из них отметили, что не ясно, каким образом эти временные фазы будут отражены в систематизированном конечном результате. Некоторые члены сочли, что в процессе разработки руководящих положений или выводов будет трудно и нецелесообразно сохранять строгое разделение по фазам, поскольку многие из актуальных норм применимы в ходе всех трех фаз.

194. Ряд членов Комиссии предположили, что тематический подход к работе может быть целесообразнее, чем строго временной подход. Была дана рекомендация рассмотреть в процессе работы над темой следующие вопросы: а) существуют ли принципы и нормы общего международного права или международного экологического права, применимые в области охраны окружающей среды в ходе вооруженных конфликтов; б) какие нормы или принципы, если таковые имеются, могут адаптироваться к сфере охраны окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами; и с) каковы правовые последствия ущерба, причиненного серьезными ударами по окружающей среде в ходе вооруженного конфликта.

195. Вопрос о том, какое значение следует придавать фазе II, т.е. обязательствам по защите окружающей среды во время вооруженных конфликтов, вызвал жаркие споры. Одни члены Комиссии считали, что фаза II должна являться ядром проекта, поскольку рассмотрение двух остальных фаз неразрывно связано с обязательствами, возникающими в ходе вооруженного конфликта. По мнению этих членов, природоохранное законодательство, действующее в период вооруженного конфликта, носит ограниченный характер и не отражает нынешних реальностей такого конфликта и той опасности, которой он чреват для окружающей среды. Другие члены подчеркнули, что, как предложила Специальный докладчик, Комиссии не следует акцентировать внимание на фазе II, поскольку нормы права вооруженного конфликта – это *lex specialis*, в котором содержатся природоохранные нормы.

196. Дискуссия по существу была проведена также и по вопросу ограничений сферы охвата темы. Одни члены Комиссии придерживались мнения том, что, согласно предложению Специального докладчика, из нее следует исключить вопрос об оружии, а другие считали, что всеобъемлющий анализ данной темы непременно должен охватывать рассмотрение вопроса о применении оружия. Некоторые члены полагали, что по мере необходимости можно рассмотреть общие классы или виды вооружений. Было выдвинуто предложение касательно возможности уточнить, что работа над этой темой не наносит ущерба действующим нормам по конкретным вооружениям.

197. Ряд членов Комиссии согласились с тем, что к вопросам, касающимся внутренне перемещенных лиц и беженцев, следует подходить с осторожностью. Было отмечено, что такие вопросы нельзя полностью обходить вниманием, тем более что в работу по теме включен правозащитный аспект. Согласно другой точке зрения, не факт, что такие вопросы имеют прямое отношение к данной теме. Некоторые члены согласились также с предложением исключить рассмотрение культурного наследия, хотя ряд других членов считали, что этот вопрос тесно связан с окружающей средой и что при этом следует охватить недоработки и пробелы в действующем законодательстве.

198. Что касается случаев, когда негативное воздействие на окружающую среду является одной из причин возникновения вооруженного конфликта, то некоторые члены согласились с тем, что их следует исключить из сферы рассмотрения, хотя, согласно другому мнению, этот вопрос крайне важен, актуален и не должен игнорироваться.

199. Наконец, были подняты вопросы в связи с предложением рассмотреть вооруженные конфликты немеждународного характера. Хотя предложение о рассмотрении таких конфликтов встретило широкую поддержку, некоторые члены указали, что с включением этого вопроса потребуется провести исследование о том, являются ли нормы права вооруженных конфликтов или обязательства, которые определены как возникающие в фазах I и III, обязательными для негосударственных субъектов.

с) Употребление терминов

200. Широкую поддержку получило предложение сформулировать рабочие определения, чтобы задать направление дискуссии. В этой связи состоялся общий обмен мнениями по поводу представленных в докладе возможных определений терминов "вооруженный конфликт" и "окружающая среда". Однако вопрос о том, будут ли определения в конечном счете включены в результат работы, остался открытым.

201. Главным из обсуждавшихся аспектов в связи с определением вооруженного конфликта было предложение о том, чтобы включить конфликты между "организованными вооруженными группами или между такими группами внутри какого-либо государства"⁸³². Одни члены Комиссии поддержали это предложение; другие сочли, что это определение должно предусматривать некий минимальный уровень интенсивности конфликта и минимальный уровень организации вовлеченных в него сторон. Было рекомендовано пояснить в определении, что оно не охватывает "нарушения внутреннего порядка и возникновения напряженности, такие, как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия"⁸³³. Однако, по мнению ряда других членов, определение будет чрезмерно ограничительным, если в нем указать, что вооруженные конфликты могут возникать только между вооруженными группами, имеющими минимальный уровень организации. Кроме того, были затронуты вопросы о правовых последствиях ущерба окружающей среде, причиненного в ходе конфликта между негосударственными субъектами.

202. Для формулирования рабочего определения термина "окружающая среда" было высказано предположение, что Комиссии сначала потребуется определить, имеет ли понятие окружающей среды правовой характер. Ряд членов напомнили о том, что определения этого термина, которые включены в доклад – например, определение, принятое Комиссией в Принципах, касающихся распределения убытков от трансграничного ущерба, причиненного в результате опасных видов деятельности, – не являются определениями, признанными на международном уровне. Некоторые члены сочли, что рабочее определение, таким обра-

⁸³² International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Case No. IT-94-1-A72, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

⁸³³ См. Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544), art. 8, para. 2 (f); Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 8 июня 1977 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17513), art. 1(2).

зом, должно быть ориентировано на работу по конкретной теме, т.е. по теме охраны окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

203. Кроме того, была озвучена просьба пояснить употребление в докладе терминов "принцип" и "понятие". Поступило предложение о том, что, если "принцип" на самом деле является правовой нормой, это следует указать, поскольку термин "понятие" отражает не правовую норму, а, скорее, политически ориентированное утверждение.

d) Источники и другие справочные материалы для работы по теме

204. Была с удовлетворением отмечена изложенная в докладе информация, касающаяся практики государств, практики международных организаций и предыдущей работы Комиссии. Некоторые члены Комиссии указали, что получение от государств дальнейшей информации и материалов будет иметь важнейшее значение для работы по данной теме. В частности, отмечалось, что особую ценность будет иметь практика государств, которые недавно были вовлечены в вооруженный конфликт или затронуты таким конфликтом. Ряд членов, выражая согласие со Специальным докладчиком, подчеркнули, что, хотя практика государств, которая включена в доклад, является интересной и полезной, она может в целом не отражать общемировую практику государств. Было заявлено, что, хотя одни государства могут, где это возможно, проводить политику в области охраны окружающей среды, вряд ли вооруженные силы многих других государств руководствуются в ходе вооруженного конфликта национальными природоохранными законами, в частности из-за наличия многочисленных изъятий, продиктованных соображениями национальной безопасности.

205. Наряду с этим была озвучена общая просьба о представлении дополнительной информации, касающейся практики международных и региональных организаций в этой области, в частности в отношении проведения операций по поддержанию мира и защите гражданских лиц. В этой же связи было выражено мнение, что будет полезно рассмотреть передовые методы международных учреждений, действующих в этой области, таких как Международный комитет Красного Креста. Поэтому члены Комиссии одобрили консультации, проводимые Специальным докладчиком с такими учреждениями.

e) Принципы и обязательства в области экологического права

206. Члены Комиссии выразили удовлетворение представленной в докладе информацией о принципах экологического права, хотя, по их общему мнению, необходимо провести дальнейший анализ конкретной взаимосвязи таких принципов с вооруженным конфликтом. Ряд членов подчеркнули, что в рамках данной темы Комиссии не следует заниматься решением вопроса о том, чем являются "устойчивое развитие" или "принцип предотвращения" – общими принципами или нормами международного права. Вместо этого широкую поддержку получило мнение о том, что работу по теме следует сосредоточить непосредственно на вопросе применимости таких принципов в связи с вооруженным конфликтом.

207. По мнению некоторых членов, следовало бы продолжить исследование международных договоров в области охраны окружающей среды. Поскольку в большинстве таких договоров ничего не сказано об их применимости в ходе вооруженного конфликта и поскольку в некоторых из них непосредственно предусмотрено, то они не будут применяться в условиях вооруженного конфликта, необходимо дальнейшее рассмотрение вопроса о действии природоохранных принципов применительно к вооруженному конфликту. В этой связи

некоторые члены также напомнили, что в принятых Комиссией статьях о воздействии вооруженных конфликтов на международные договоры продолжение применения международных договоров в области охраны окружающей среды не презюмируется; вместо этого сделан вывод о том, что действие некоторых договоров в ходе вооруженного конфликта *ipso facto* не приостанавливается и не прекращается. Члены также напомнили, что статья 10 упомянутых статей гласит, что прекращение или приостановление какого-либо договора не влияет на действие обязательств по этому договору, которые также применяются независимо от этого договора.

208. Кроме общих прений о необходимости выявления обязательств мирного времени, актуальных для периода вооруженного конфликта, была проведена дискуссия, посвященная конкретным принципам экологического права, которые представлены в докладе. Некоторые члены Комиссии просили подробнее разъяснить содержание и действие принципа предосторожности в связи с вооруженным конфликтом. Согласно другой точке зрения, поскольку принцип предосторожности существует в рамках общего международного права, его действие в ходе вооруженного конфликта предполагает обязанность директивных органов принимать меры к тому, чтобы щадить гражданские объекты и применять средства и методы ведения войны, уделяя должное внимание охране и сбережению природной среды. Некоторые члены Комиссии считали, что нормы права вооруженных конфликтов представляют собой *lex specialis*, и, следовательно, обязательства в отношении предосторожности возникают именно в этой правовой сфере.

209. Члены Комиссии поставили под вопрос актуальность ряда других принципов, изложенных в докладе. Некоторые из них не были убеждены в том, что устойчивое развитие имеет отношение к данной теме. Аналогичные сомнения были выражены в связи с принципом "загрязнитель платит" и с обязательством по проведению оценок воздействия на окружающую среду. Тем не менее ряд членов высказались за дальнейшее рассмотрение вопроса об оценках воздействия на окружающую среду. Члены Комиссии поддержали идею разработки руководящих принципов, в которых будет предусмотрена обязанность государства проводить оценки воздействия на окружающую среду в рамках военного планирования; было отмечено, что, как указал Международный Суд, такие оценки требуется проводить по общему международному праву при осуществлении промышленной деятельности в трансграничном контексте⁸³⁴.

f) Права человека и права коренных народов

210. Различные точки зрения были выражены по поводу рассмотрения прав человека в качестве части данной темы. Одни члены считали, что целесообразность международного права прав человека для рассматриваемой темы является ограниченной, поскольку оно довольно существенно отличается от международного экологического права. Некоторые другие члены рекомендовали по-прежнему считать права человека частью работы по данной теме. В частности, эти члены обратили внимание на региональную судебную практику в области прав человека, в которой были определены права человека, применимые в период вооруженных конфликтов, а также на судебную практику, касающуюся коллективного права на общий удовлетворительный уровень окружающей среды, которое закреплено в Африканской хартии прав человека и народов

⁸³⁴ См. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 83, para. 204.

1981 года⁸³⁵. Они предположили, что будет полезно провести существенный анализ по вопросу о том, какие именно права человека связаны с окружающей средой и какие из них применимы в условиях вооруженных конфликтов.

211. Разделились мнения и по вопросу о целесообразности наделения прав коренных народов особым статусом в рамках рассматриваемой темы. Одни члены Комиссии высказали оговорки, другие поддержали эту идею, указав, что коренные народы имеют особую связь с окружающей средой.

g) Будущая программа работы

212. Широкую поддержку встретило предложение Специального докладчика о том, чтобы в ее втором докладе было продолжено рассмотрение аспектов фазы I, а также затронута фаза II, включая анализ вопроса о том, в какой степени конкретные принципы экологического права являются применимыми в условиях вооруженных конфликтов.

213. Что касается результата работы, то ряд членов Комиссии высказались за разработку практических, не имеющих обязательной силы руководящих принципов, хотя завершение работы к 2016 году может оказаться трудной задачей. Другие члены полагали, что необходимо продолжить обсуждение вопроса о том, каким должен быть конечный результат работы.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

214. Специальный докладчик напомнила, что цель ее предварительного доклада – запросить мнения об обязательствах, действующих в мирное время, особенно об обязательствах по экологическому праву и праву прав человека, после чего она приступит к подготовке второго доклада и разработке руководящих принципов, выводов или рекомендаций по фазам I и II.

215. Что касается сферы охвата и методологии, то в вопросе об охвате работы над темой члены Комиссии проявили определенную степень гибкости, хотя состоялось и активное обсуждение предложенных ограничений этого охвата. Поскольку некоторые члены не согласились исключить общие аспекты, касающиеся применения оружия, Специальный докладчик вновь заявила, что не следует заниматься рассмотрением воздействия конкретных видов оружия в качестве отдельного вопроса, так как право вооруженных конфликтов регулирует все виды оружия на основе одних и тех же правовых норм. Она приветствовала возможность включения оговорки "не наносит ущерба".

216. Кроме того, были отмечены разногласия по вопросу о статусе культурного наследия. Специальный докладчик напомнила о существовании многогранной взаимосвязи между окружающей средой и культурным наследием, в частности применительно к эстетическим или характерным аспектам ландшафта. Она также напомнила о том, что, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о пробеле в защите культурных ценностей и культурного наследия в связи с вооруженными конфликтами. Ввиду сложности этих аспектов во втором докладе будет представлен их более подробный анализ.

217. Явное большинство членов Комиссии высказались в поддержку временного трехфазового подхода. Хотя некоторые члены предлагали тематический подход, Специальный докладчик напомнила, что Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде, которая в 2009 году посвятила свой

⁸³⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, art. 24.

доклад непосредственно рассмотрению этой темы⁸³⁶, использовала тематический подход. Для целей ее рассмотрения такой метод работы оказался достаточно сложным, при этом он особенно затруднит подготовку проекта оперативных руководящих принципов.

218. Специальный докладчик пояснила, что ее настойчивость относительно того, что Комиссии не нужно пересматривать действующее право международных договоров в отношении вооруженных конфликтов, не следует понимать как намерение обойти вниманием фазу II. Она напомнила, что во втором докладе будет рассмотрена охрана окружающей среды в условиях вооруженного конфликта, включая те нормы права вооруженных конфликтов, которые могут применяться для достижения цели по охране окружающей среды в ходе конфликта, а также нормы, способные порождать обязательства до начала конфликта.

219. Была проведена полезная дискуссия о терминах "вооруженный конфликт" и "окружающая среда", но, как представляется, члены Комиссии в целом согласились с тем, что рассмотрение вопросов об употреблении этих терминов не является насущной необходимостью.

220. Касаясь наличия доказательств практики государств, Специальный докладчик вновь подтвердила необходимость установить, имеются ли у государств действующие законы и регламентирующие акты об охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. В этой связи Специальный докладчик еще раз отметила целесообразность того, чтобы Комиссия вновь предложила государствам представить примеры продолжения применения международного экологического права, включая региональные и двусторонние международные договоры, в ходе международных или немеждународных вооруженных конфликтов.

221. Специальный докладчик выразила полное согласие с теми членами Комиссии, которые заявили о необходимости дальнейшего изучения связей между принципами экологического права, правом прав человека и вооруженным конфликтом. Она также согласилась с мнением о том, что устойчивое развитие не имеет прямого отношения к данной теме, хотя и напомнила при этом о том, что в прошлом году некоторые члены призвали включить в рассмотрение вопрос об устойчивом развитии. Она также отметила, что между ведением войны и устойчивым развитием длительное время проводилась политическая связь, которая нашла отражение в Принципе 24 Рио-де-Жанейрской декларации⁸³⁷. Кроме того, она обратила внимание Комиссии на обширную работу, проводимую Независимым экспертом по вопросу о правах человека и окружающей среде Организации Объединенных Наций⁸³⁸.

222. По вопросу о результате работы была выражена озабоченность в связи с тем, какие субъекты будут охватываться руководящими принципами, выводами или рекомендациями. В ходе прений было заявлено, что углубленное рассмотрение этого вопроса пока является преждевременным. В то же время Специальный докладчик признала, что охват мер по охране и субъекты, для которых предназначены результаты работы, скорее всего, будут меняться в рамках каждой фазы.

⁸³⁶ United Nations Environmental Programme, "Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis", November 2009, http://www.un.org/zh/events/environmentconflictday/pdfs/int_law.pdf.

⁸³⁷ Декларация по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейрская декларация), 1992 год, *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), p. 874.

⁸³⁸ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/IE/Environment/Pages/IEEnvironmentIndex.aspx>.

Глава XII

Временное применение договоров

А. Введение

223. На своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия решила включить тему "Временное применение договоров" в свою программу работы и назначила г-на Хуана Мануэля Гомес-Робледо Специальным докладчиком по этой теме⁸³⁹. На этой же сессии Комиссия приняла к сведению представленный Специальным докладчиком устный доклад о результатах неофициальных консультаций по этой теме, проведенных под его председательством. Комиссия также решила просить Секретариат представить ей меморандум о предыдущей работе Комиссии по этому вопросу в контексте ее работы по праву международных договоров и о подготовительных материалах разработки соответствующих положений Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года ("Венская конвенция"). Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы.

224. На шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/664), в котором ставилась задача путем обобщения применимых к этой теме доктрин и краткого анализа существующей практики государств определить в общих чертах основные правовые вопросы, возникающие в связи с временным применением договоров. На рассмотрении Комиссии также находился меморандум Секретариата (A/CN.4/658), в котором прослеживалась история обсуждения статьи 25 Венской конвенции как в Комиссии, так и на Венской конференции 1968–1969 годов и содержался краткий анализ некоторых вопросов существа, поднятых в ходе ее обсуждения.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

225. На данной сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/675), в котором ставилась задача представить подробный анализ правовых последствий временного применения международных договоров.

226. Комиссия рассмотрела второй доклад на своих 3231–3234-м заседаниях с 25 по 31 июля 2014 года.

227. На 3243-м заседании, состоявшемся 8 августа 2014 года, Комиссия приняла решение о том, чтобы просить Секретариат представить ей меморандум о результатах предыдущей работы, проведенной Комиссией по этому вопросу в travaux préparatoires, касавшихся разработки соответствующих положений Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года.

⁸³⁹ На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 267). Эта тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основе предложения, которое воспроизводится в приложении С к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*).

1. Представление Специальным докладчиком второго доклада

228. Представляя свой второй доклад, Специальный докладчик представил обзор рассмотрения данной темы до настоящего времени. Он отметил, что в ответ на просьбу в адрес государств представить информацию о своей практике он получил сообщения от десяти государств. Однако он высказал мнение о том, что на основе полученных материалов пока еще было бы преждевременно делать какие-либо выводы о практике государств, и попросил Комиссию вновь обратиться с соответствующей просьбой к государствам.

229. Специальный докладчик отметил, что цель второго доклада состоит в представлении подробного анализа правовых последствий временного применения международных договоров. Он отметил, что, хотя в докладе не преследовалась цель проведения исчерпывающего анализа внутреннего конституционного права государств, анализ правовых последствий временного применения договоров неизменно осуществлялся с учетом внутренней практики, учитывая то, что государства, поясняя свою практику, как правило, делают это с точки зрения своей внутренней практики.

230. Вопрос о правовых последствиях временного применения договоров занимал центральное место в его втором докладе, равно как и в подходе Комиссии к временному применению договоров. Никакой анализ не будет иметь реального практического значения для понимания временного применения договоров без рассмотрения правовых последствий временного применения договоров для других участников договора и третьих государств. Он отметил, что замечания, полученные от государств как в Шестом комитете, так и в письменной форме, указывали на то, что временное применение договоров действительно имеет правовые последствия как на международном уровне, так и внутри стран. Он также напомнил, что на рассмотрении международных судов находились дела, в которых спор непосредственно касался правовой сферы временного применения договора.

231. Он отметил, что источником рассматриваемых правовых обязательств могла являться соответствующая клаузула в самом договоре или они могли возникнуть на основе отдельного соглашения, принятого параллельно с основным договором. Поскольку решение о временном применении договора может проявляться прямо или негласно, правовой характер обязательств, а также сфера охвата их правовых последствий будут зависеть от того, что было предусмотрено в договоре. В своем докладе Специальный докладчик определил четыре случая, в которых могут проявиться положения пункта 1 статьи 25 Венской конвенции о праве международных договоров: 1) когда договор предусматривает, что он будет применяться на временной основе с момента его принятия; 2) когда договор предусматривает, что он будет применяться на временной основе подписавшими его государствами; 3) когда договор оставляет открытой для каждого государства возможность принять решение о том, желает ли оно применять договор на временной основе со времени принятия договора или нет; и 4) когда договор не содержит положений о его применении на временной основе и государства применяют положения пункта 1 статьи 25. Другими словами, обязательства, вытекающие из временного применения договоров, могут принимать договорную форму или форму одного или нескольких односторонних актов. Правовой анализ последствий односторонних актов как таковой также имеет значение для исследования происхождения обязательств, вытекающих из временного применения договоров.

232. Специальный докладчик также отметил, что права, предусмотренные временным применением договоров в качестве прав, которые могут осуществляться в исковом порядке, будут также зависеть от того, каким образом временное применение было предусмотрено в договоре или соответствующем соглашении. Следовательно, сфера охвата прав была бы более ясной в тех случаях, в которых договор содержит четкие положения о том, что он будет применяться временно с момента его принятия или подписания. В таких случаях договаривающиеся стороны являются известными, и государства знают, какой является конкретная сфера охвата их имеющих исковую силу прав в отношении других государств-участников. Специальный докладчик отметил, что такое соглашение является распространенным в случае временного применения двусторонних договоров.

233. Анализ сферы охвата обязательств становится более сложным, когда государство принимает одностороннее решение о временном применении договора. В принципе сфера охвата обязательств, вытекающих из временного применения, не может превышать сферу охвата обязательств, предусмотренных самим договором. В случае одностороннего заявления соответствующее государство не будет иметь возможность изменять или корректировать сферу охвата и содержание того, что было предусмотрено временным применением договора. Важно учитывать различие между обязательствами в соответствии с внутригосударственным правом, вытекающими из временного применения договоров, и обязательствами, вытекающими из временного применения договоров на международном уровне. Такое различие также имеет значение при рассмотрении вопроса о возможности обеспечения осуществления прав третьими государствами.

234. Специальный докладчик также отметил, что режим, применимый к прекращению договоров, применяется *mutatis mutandis* к временному применению договоров. Он отметил, что некоторые государства придерживаются практики исполнения обязательств, согласованных во время переходного периода, в течение которого временное применение договора постепенно прекращается точно так же, как и в случае прекращения самого договора, и что это подтверждает то, что такие государства определяют те же самые правовые последствия прекращения временного применения договоров, что и в случае прекращения самого договора.

235. Что касается правовых последствий нарушения договора, применяемого на временной основе, то Специальный докладчик ограничился повторением применимости существующего режима ответственности государств, предусмотренного в статьях 2001 года об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁸⁴⁰.

2. Резюме обсуждений

236. В ходе обсуждения второго доклада было выражено широкое согласие с точкой зрения Специального докладчика о том, что временное применение договора, хотя и отличается с правовой точки зрения от вступления договора в силу, тем не менее, приводит к правовым последствиям и может создавать правовые обязательства и что они являются такими же, как если бы сам договор был в силе для соответствующего государства. Этот вывод подтверждается как прецедентным правом, так и практикой государств. Однако было высказано мнение о том, что не ясно, имеет ли временное применение договоров какие-либо пра-

⁸⁴⁰ Резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение.

вовые последствия, выходящие за рамки положений статьи 18 Венской конвенции. Согласно еще одной точке зрения, строго говоря, правовые последствия возникают не столько в результате самого акта временного применения договора, сколько в силу лежащего в его основе соглашения между государствами, отражаемого в клаузулах договора, разрешающих его временное применение.

237. Был сделан ряд дополнительных общих замечаний относительно правовых последствий временного применения договоров. Было выражено мнение о том, что временное применение договора не может приводить к изменению содержания договора, а также государства (или международные организации), которые не участвовали в обсуждении договора, не могут прибегать к его временному применению; кроме того, временное применение договора не может приводить к появлению отличающегося правового режима, не связанного с договором. Временное применение не может также приводить к появлению каких-либо прав для государства, помимо тех, которые были признаны государствами и предусмотрены в договоре.

238. Некоторые члены поддержали решение Специального докладчика не приступать к проведению сопоставительного исследования положений внутригосударственного права, касающихся временного применения договоров. Другие члены выразили мнение о том, что такой анализ, будучи частью более широкого исследования практики государств, является целесообразным и необходимым для надлежащего рассмотрения данной темы, поскольку возможность использования временного применения договора зависит также от внутренней правовой позиции соответствующего государства. Было отмечено, что обращение государства к клаузуле, разрешающей временное применение, является не только вопросом международного права, но и должно определяться в свете применимого внутригосударственного права. Было также отмечено, что любое исследование практики государств должно включать в себя исследование законодательной, конституционной и любой другой сопряженной практики государств. С другой стороны, было выражено мнение о том, что, хотя временное применение договора может иметь последствия для внутригосударственной правовой системы, это не имеет значения для рассмотрения Комиссией данной темы. Согласно другому предложению можно было бы изучить практику депозитариев договоров.

239. Были выражены различные мнения относительно квалификации Специальным докладчиком решения о временном применении договора в качестве одностороннего акта. Было отмечено, что такая позиция противоречит положениям статьи 25 Венской конвенции 1969 года, непосредственно предусматривающей осуществление временного применения на основе соглашения между государствами и в качестве проявления свободной воли государств. Источником обязательства, возникающего после заявления о временном применении договора, является сам договор, а не заявление, и временное применение договора связано с взаимоотношениями, основанными на договоре, в рамках которых поведение государства не является односторонним. Была также отмечена возможность государства в одностороннем порядке заявить о своем намерении временно применять договор (и была также сделана ссылка на возможный пример предполагаемого временного применения Сирийской Арабской Республикой Конвенции о запрещении химического оружия⁸⁴¹).

⁸⁴¹ Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении от 3 сентября 1992 года, Организация Объединенных Наций, *Treaty Series*, vol. 1974, № 33757, p. 45.

240. Была выражена поддержка идее применимости по аналогии положений статьи 70 Венской конвенции 1969 года, касающейся прекращения договоров, к прекращению временного применения. Другие члены отметили, что, хотя правовая позиция в отношении прекращения договоров и прекращения временного применения в чем-то совпадает, это не означает применения тех же самых правил, даже *mutatis mutandis*. Они также отметили, что положения соответствующего договора о его прекращении не касаются прекращения его временного применения. Согласно другой точке зрения, если бы было установлено применение положений статьи 70, то тогда потребовалось бы прояснить, означает ли это, что правила и процедуры, касающиеся прекращения договоров, которые существуют на внутригосударственном уровне, в равной степени применяются к прекращению их временного применения. Различные мнения были также выражены в отношении применимости правил, касающихся односторонних актов государств⁸⁴², к прекращению временного применения, а также к утверждению о том, что такое прекращение не может осуществляться произвольным образом. Было выражено мнение о том, что возможность одностороннего прекращения временного применения должна, в принципе, быть ограниченной для обеспечения стабильности договоров и что после прекращения временного применения будет продолжать применяться принцип *pacta sunt servanda*. Другие члены выразили мнение о том, что в пункте 2 статьи 25 речь идет о прекращении, осуществляемом сознательно (при соблюдении требования об уведомлении).

241. Что касается последствий, возникающих в результате нарушения обязательства, предусмотренного договором, который применяется временно, то была выражена поддержка применимости правил об ответственности за международно-противоправные деяния, которая, как было отмечено, предусмотрена статьей 73 Венской конвенции 1969 года. Было также отмечено, что статья 12 статей, принятых в 2001 году, касается обязательства "независимо от его происхождения или характера", которое могло бы охватывать обязательства, вытекающие из договоров, применяемых временно. Согласно другой точке зрения, этот вопрос требует дальнейшего рассмотрения в частности потому, что в случае временно применяемого договора нормы об ответственности государств могут нуждаться в определенном изменении.

242. Предложения относительно дальнейшего рассмотрения включали: рассмотрение вопроса о том, распространяется ли временное применение на весь договор или существует возможность лишь временно применять части договора, или же, по сути дела, существует лишь возможность временного применения его частей; продолжение изучения взаимосвязи между временным применением договоров и их вступлением в силу; изучение условий для прекращения временного применения; рассмотрение вопроса о том, являются ли нормы обычного международного права о временном применении договоров такими же, как и нормы, предусмотренные Венской конвенцией; а также изучение применимости режима в отношении оговорок к договорам. Было также внесено предложение о том, чтобы Специальный докладчик приступил к рассмотрению различных последствий, вытекающих из временного применения двусторонних договоров в отличие от многосторонних договоров. Было также поддержано намерение Специального докладчика рассмотреть вопрос о временном применении договоров международными организациями.

⁸⁴² См. Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10), пункт 176.

243. Несмотря на то, что было поддержано намерение Специального докладчика предложить проекты руководящих принципов или выводов, было выражено мнение о том, что Комиссии не следует исключать возможность разработки проектов статей, как она уже делала в связи с работой по теме о последствиях вооруженных конфликтов для договоров.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

244. Обобщая обсуждение второго доклада, Специальный докладчик отметил, в частности, что было достигнуто общее согласие в отношении того, что лежащая в основе данной темы исходная предпосылка заключается в том, что, с учетом особенностей каждого договора, права и обязанности государства, принявшего решение о временном применении договора или его частей, являются такими же, как если бы договор был в силе для этого государства. Как следствие этого в Комиссии было достигнуто согласие в отношении того, что в принципе нарушение обязательства, вытекающего из временного применения договора, представляет собой международно-противоправное деяние, тем самым обуславливая применение норм об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

245. Он напомнил о том, что приведенные в его докладе различные проявления временного применения являются лишь примерами и не исключают возможности существования других примеров. Он изложил виды временного применения, которые чаще всего встречаются на практике, стремясь в большей степени систематизировать нормы, применимые к временному применению договоров, поскольку это не было осуществлено в ходе переговоров относительно положений, которые впоследствии стали статьями 25 Венской конвенции 1969 года. Он также принял к сведению различные предложения относительно того, каким образом следует осуществлять работу по данной теме, включая использование более индуктивного подхода и рассмотрение не только практики государств, но и судебной практики и мнений ученых.

246. Специальный докладчик подтвердил, что он также принял во внимание обеспокоенности, выраженные относительно содержащейся в его анализе ссылки на применимость норм, касающихся односторонних актов государств. Он пояснил, что его намерение заключалось в выделении того факта, что, как правило, решение о том, применять договор на временной основе или нет, в одностороннем порядке принимается государством, участвующим в переговорах или заключающим договор. Правовое обязательство для государства как таковое возникает не в момент заключения договора, содержащего клаузулу, разрешающую временное применение, а в тот момент, когда государство в одностороннем порядке принимает решение прибегнуть к такому временному применению. Он пояснил, что он сознательно не упоминал о таком одностороннем заявлении как об "источнике" правовых обязательств, а скорее как о его "отправной точке" во временном смысле, т.е. о действии, обуславливающим временное применение.

247. Специальный докладчик также отметил, что он принял к сведению предложение относительно рассмотрения в его будущих докладах конкретных вопросов, таких как возможность выражения договаривающимися государствами согласия на временное применение третьим государством, даже если договор не содержит конкретного положения о временном применении; а также проведение исследования практики депозитариев договора. Отметив существование различных мнений среди членов Комиссии относительно необходимости проведения сопоставительного исследования внутригосударственного законода-

тельства, он также напомнил о предложении, касавшемся рассмотрения применимости статьи 27 и пункта 1 статьи 46 Венской конвенции 1969 года. Он отметил, что это будет осуществлено в рамках более широкого изучения всех статей Венской конвенции 1969 года, которые могут иметь значение для временного применения договоров (при этом не ограничиваясь статьями о прекращении договоров).

248. Специальный докладчик также отметил свое намерение завершить в своем следующем докладе анализ информации, представленный государствами в отношении их практики. Он также намеревается рассмотреть правовой режим, применимый к договорам между государствами и международными организациями, а также к договорам между международными организациями, и отметил, что на следующей сессии Комиссии он представит на ее рассмотрение проекты руководящих принципов или выводов.

Глава XIII

Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

А. Введение

249. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" и учредить на своей шестидесятой первой сессии Исследовательскую группу по данной теме⁸⁴³.

250. Исследовательская группа под сопредседательством г-на Дональда М. Макрея и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестидесятой первой сессии (в 2009 году)⁸⁴⁴, а затем вновь учреждена на шестидесятой второй (в 2010 году) и шестидесятой третьей (в 2011 году) сессиях под руководством тех же сопредседателей⁸⁴⁵. На шестидесятой четвертой (в 2012 году) и шестидесятой пятой (в 2013 году) сессиях Комиссия вновь учреждала Исследовательскую группу под председательством г-на Дональда М. Макрея⁸⁴⁶. Во время сессии 2013 года в отсутствие г-на Макрея функции Председателя выполнял г-н Матьяс Форто.

⁸⁴³ На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 354).
Общий набросок темы см. там же, приложение В. Генеральная Ассамблея приняла это решение к сведению в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года.

⁸⁴⁴ На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" (там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 211–216). В частности, Исследовательская группа рассмотрела рамки, которые будут служить общими направлениями будущей работы, и достигла договоренности о программе работы, включающей подготовку документов, которые должны были пролить дополнительный свет на вопросы, касающиеся, в частности, сферы охвата клаузул о НБН, их толкования и применения.

⁸⁴⁵ На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы (там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 359–373). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала различные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок, определяющих общие направления будущей работы, и согласовала программу работы на 2010 год. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы (там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 349–363). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок.

⁸⁴⁶ На своем 3151-м заседании 27 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы (там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 245–265). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок. На своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Исследовательской группы (там же, *шестидесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 154–164). Исследовательская группа продолжала рассмотрение и анализ дополнительных документов. Она продолжала также анализ современной практики и судебных решений применительно к толкованию клаузул о НБН.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

251. На данной сессии Комиссия на своем 3218-м заседании 8 июля вновь учредила Исследовательскую группу по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" под председательством г-на Дональда М. Макрея. В его отсутствие функции Председателя выполнял г-н Матьяс Форто.

252. Исследовательская группа провела три заседания – 9, 10 и 18 июля 2014 года.

253. На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия приняла к сведению устный доклад о работе Исследовательской группы.

1. Проект окончательного доклада

254. Исследовательской группе был представлен проект окончательного доклада обо всей проведенной ею работе, подготовленный г-ном Дональдом М. Макреем. Основной для проекта окончательного доклада, подготовленного в форме неофициального рабочего документа Исследовательской группы, послужили рабочие документы и другая неофициальная документация, рассмотренная Исследовательской группой на протяжении ее работы с момента начала обсуждений в 2009 году⁸⁴⁷.

255. Проект окончательного доклада поделен на три части. В части I представлены история вопроса, в том числе истоки и цель работы Исследовательской группы, предыдущая работа Комиссии по проектам статей 1978 года о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации и изменения, последовавшие за завершением работы над проектами статей в 1978 году, особенно применитель-

⁸⁴⁷ Исследовательская группа рассмотрела рабочие документы по следующим темам: а) "Обзор проектов статей 1978 года о клаузулах о НБН" (г-на Синьи Мурасэ); б) "НБН в условиях ГАТТ и ВТО" (г-на Д.М. Макрея); в) "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации и дело Маффесини" (г-на А.Р. Переры); г) "Деятельность ОЭСР по НБН" (г-на М.Д. Хмуда); е) "Деятельность ЮНКТАД по НБН" (г-на С.К. Васьянни); ф) "Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях" (г-на Д.М. Макрея); г) "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам" (г-на Д.М. Макрея) (данный рабочий документ представлял собой переработанный вариант рабочего документа "Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях"); h) "Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям" (г-на М. Форто); i) "ДИД о смешанных арбитражах: юридический характер урегулирования инвестиционных споров" (г-на С. Мурасэ); и j) "Обзор формулировок клаузулы о НБН и дела Маффесини" (г-на М.В. Хмуда). На рассмотрение Исследовательской группы были также представлены: а) "Каталог положений о НБН" (подготовленный г-ном Д.М. Макреем и г-ном А.Р. Перерой); б) неофициальный документ в форме таблицы с указанием фамилий арбитров и юрисконсульты по инвестиционным делам, в которых фигурировали клаузулы о НБН, а также типов положений об НБН, являвшихся предметом толкования; в) неофициальный рабочий документ о типовых клаузулах о НБН после дела Маффесини, в котором рассматривалась различная реакция государств на решения по делу Маффесини; г) неофициальный рабочий документ с обзором сходных с НБН формулировок соглашений о штаб-квартирах, согласно которым представители государств при организации наделяются теми же привилегиями, что и дипломаты в государстве аккредитации; е) неофициальный рабочий документ по теме "Двусторонние соглашения о налогообложении и клаузула о наиболее благоприятствуемой нации".

но к сфере инвестиций. В целом Исследовательская группа не намерена добиваться пересмотра этих проектов статей.

256. Кроме того, в части II доклада рассматривается актуальность клаузулы о НБН в современную эпоху и связанная с этим проблематика, в том числе в контексте ГАТТ и ВТО, других торговых соглашений и инвестиционных договоров. В ней освещаются вопросы толкования, возникшие в связи с включением клаузул о НБН в ДИД, и проводится сопоставительный анализ подходов к рассмотрению положений о НБН в других органах, таких как Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД).

257. Далее в части II освещаются различные подходы к толкованию положений о НБН в инвестиционных соглашениях в судебной практике, и частности затрагиваются следующие вопросы: а) критерии признания права на пользование преимуществами положения о НБН; б) что составляет "не менее благоприятный" режим; и с) вопрос о границах режима, предоставляемого на основании положения об НБН, при этом особое внимание уделяется делу *Маффесини*, его ограничениям и толкованию клаузулы о НБН после решения по делу *Маффесини*. В связи с этим в проекте доклада делается попытка выявить определенные факторы, которые, по всей видимости, повлияли на толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам, и определить соответствующие тенденции.

258. В части III анализируются: а) соображения инвестиционной политики, связанные с толкованием инвестиционных соглашений; б) последствия арбитражного урегулирования инвестиционных споров на принципах "смешанного арбитража"; с) актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН; d) а также вопрос о толковании клаузулы о НБН, в том числе о факторах, которые имеют существенную важность в процессе толкования при определении применимости положения о НБН в ДИД к условиям использования механизма урегулирования спора. В этой части рассматриваются также различные реакции государств на решение по делу *Маффесини* в их договорной практике, в том числе прямые заявления о том, что клаузула о НБН не применима к положениям об урегулировании споров; прямые заявления о том, что эта клаузула, наоборот, применима к положениям об урегулировании споров; или перечисления конкретных областей, на которые распространяется клаузула об НБН.

2. Обсуждения в Исследовательской группе

259. Исследовательская группа рассмотрела проект окончательного доклада с содержательной и технической точек зрения, намереваясь к следующему году подготовить новый проект, который будет согласован Исследовательской группой. Исследовательская группа выразила свою признательность г-ну Макрею за проведенную им значительную работу по обобщению всего многообразия связанных с темой вопросов в едином всеобъемлющем проекте доклада. Исследовательская группа отметила, что в проекте окончательного доклада проводится систематический анализ различных вопросов, обсужденных Исследовательской группой с момента ее создания, когда клаузулу о НБН предполагалось рассмотреть в более широких рамках общего международного права и в свете изменений, последовавших за принятием проектов статей в 1978 году.

260. Исследовательская группа согласилась с отмеченной автором в предисловии необходимостью попытаться сократить объем доклада и обновить некоторые из его моментов в свете недавно рассмотренных дел⁸⁴⁸.

261. Исследовательская группа вновь подчеркнула важность и актуальность Венской конвенции о праве международных договоров как отправной точки для толкования инвестиционных договоров. В соответствии с этим была отмечена важность рассмотрения и контекстуального анализа прецедентного права, а также анализа возникших проблем и тенденций в практике. Она подчеркнула также важность учета ранее проведенной Комиссией работы по теме "Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права" и ее нынешней работы по теме "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров". Она также обратила внимание на необходимость разработать документ, представляющий практическую ценность для участников инвестиционной деятельности и директивных органов.

262. Наконец, Исследовательская группа признала практически выполнимым график работы, в соответствии с которым пересмотренный проект окончательного доклада должен быть представлен на рассмотрение Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии в 2015 году с учетом замечаний и изменений, предложенных отдельными членами Исследовательской группы на текущей сессии.

⁸⁴⁸ См., например, особенно *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, решение МЦУИС по делу № ARB/05/1, направленное сторонам 22 августа 2012 года; *Urbaser S.A. et al. v. Argentina*, решение МЦУИС по делу № ARB/07/26, направленное сторонам 19 декабря 2012 года; *Teinver S.A. v. Argentina*, решение МЦУИС по делу № ARB/09/1, направленное сторонам 21 декабря 2012 года; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, решение МЦУИС по делу № ARB/10/1, направленное сторонам 2 июля 2013 года; и решение по делу *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* от 3 июля 2013 года.

Глава XIV

Другие решения и выводы Комиссии

А. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация

263. На своем 3199-м заседании 6 мая 2014 года Комиссия учредила Группу по планированию для текущей сессии⁸⁴⁹.

264. Группа по планированию провела три заседания. Ей были представлены раздел I Тематического резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии, озаглавленный "Другие решения и выводы Комиссии"; резолюция 68/112 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2013 года по докладу Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии; и резолюция 68/116 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2013 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, а также предлагаемые стратегические рамки на период 2016–2017 годов (A/69/6), охватывающие "Программу 6: правовые вопросы".

265. Комиссии приняла к сведению предлагаемые стратегические рамки на период 2016–2017 годов (A/69/6), охватывающие "Программу 6: правовые вопросы, подпрограмма 3, "Прогрессивное развитие и кодификация международного права".

1. Включение новой темы в программу работы Комиссии

266. На своем 3227-м заседании 18 июля 2014 года Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Преступления против человечности" и назначить г-на Шона Д. Мерфи Специальным докладчиком по ней.

2. Рабочая группа по долгосрочной программе работы

267. На своем 1-м заседании 7 мая 2014 года Группа по планированию решила вновь учредить для текущей сессии Рабочую группу по долгосрочной программе работы. В отсутствие ее Председателя г-на Дональда М. Макрея функции Председателя Рабочей группы выполняли г-н Махмуд Д. Хмуд и г-н Марсело Васкес-Бермудес. Г-н Васкес-Бермудес представил Группе по планированию на ее 3-м заседании 28 июля 2014 года устный доклад.

268. Рабочая группа рекомендовала включить в долгосрочную программу работы Комиссии тему "jus cogens" на основе предложения, подготовленного г-ном Дире Д. Тлади.

269. Рабочая группа руководствовалась принятой Комиссией на ее пятидесятой сессии (в 1998 году) рекомендацией в отношении критериев при выборе тем, а именно:

⁸⁴⁹ В состав Группы по планированию вошли: г-н С. Мурасэ; г-н Л. Кафлиш, г-н П. Комисариу Афонсу, г-н А. Эль-Муртади Сулейман Гуидер, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н Х.А. Хассуна, г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобсон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н А. Лараба, г-н Д.М. Макрей, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Б. Нихаус, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Ж.В. Сабоя, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н Э. Валенсия-Оспина, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд; и г-н Д.Д. Тлади (ex-officio).

- а) тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права;
- б) тема должна быть достаточно созревшей с точки зрения практики государств для прогрессивного развития и кодификации;
- с) тема должна быть конкретной и подходить для прогрессивного развития.

Комиссия также решила, что она не будет ограничиваться традиционными темами и может также рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом⁸⁵⁰.

270. Комиссия поддержала рекомендацию о включении этой темы в долгосрочную программу работы. Схематическое описание темы, включенной Комиссией в ее долгосрочную программу работы на ее нынешней сессии, приводится в приложении к настоящему докладу.

271. Рабочая группа по долгосрочной программе работы также рассмотрела свои методы работы. Она определила необходимость проведения систематического обзора работы Комиссии и обзора возможных будущих тем для ее рассмотрения. Она напала, в частности, что со времени проведения систематического обзора ее работы и определения иллюстративной общей схемы тем в 1996 году⁸⁵¹ в последующие годы ни одного подобного мероприятия не проводилось. В этой связи Рабочая группа решила рассмотреть и обновить перечень возможных тем, используя для этой цели в качестве отправной точки перечень 1996 года. С этой целью Рабочая группа постановила рекомендовать Комиссии просить Секретариат пересмотреть перечень 1996 года в свете последующих изменений и подготовить перечень возможных тем для Комиссии, снабженный краткими пояснительными примечаниями ("обзором"), к концу нынешнего пятилетнего периода. Рабочая группа также постановила рекомендовать, чтобы подробные планы работы по перечню тем, подготовленному секретариатом, были разработаны только после того, как Рабочая группа составит их окончательный перечень, возможно в 2016 году. Тем временем Рабочая группа продолжит рассмотрение любых тем, которые могут быть предложены членами.

272. Комиссия одобрила эту резолюцию и в этой связи просит секретариат пересмотреть перечень 1996 года в свете последующих изменений и подготовить перечень возможных тем для Комиссии ("обзор"), снабженный краткими пояснительными примечаниями, к концу нынешнего пятилетнего периода.

3. Рассмотрение резолюции 68/116 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2013 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях

273. Генеральная Ассамблея в своей резолюции 68/116 от 16 декабря 2013 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, в частности, вновь предложила Комиссии представить в своем докладе Генеральной Ассамблее комментарии относительно своей нынешней роли в поощрении верховенства права. Начиная со своей шестой сессии (2008 год) Комиссия ежегодно представляет комментарии о своей роли в поощрении верховенства права. Комиссия отмечает, что комментарии, содержащиеся в пунктах 341–346 ее доклада 2008 года (A/63/10), сохраняют свою актуальность, и

⁸⁵⁰ *Ежегодник... 1998 год*, том II (Часть вторая), стр. 10 англ. текста, пункт 553.

⁸⁵¹ *Ежегодник... 1996 год*, том II (Часть вторая), Приложение II.

вновь подтверждает комментарии, содержащиеся в пунктах 231 ее доклада 2009 года (A/64/10), 390–393 ее доклада 2010 года (A/65/10), пунктах 392–398 ее доклада 2011 года (A/66/10), пунктах 274–279 ее доклада 2012 года (A/67/10) и пунктах 171–179 ее доклада 2013 года (A/68/10).

274. Комиссия напоминает о том, что верховенство права является важнейшим направлением в работе Комиссии. Цель Комиссии, как она определена в статье 1 Положения о Комиссии, заключается в поощрении прогрессивного развития и кодификации международного права.

275. Памятуя о принципе верховенства права, Комиссия при проведении всей своей работы в полной мере сознает важность применения международного права на национальном уровне и преследует цель поощрения уважения верховенства права на международном уровне.

276. При выполнении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия будет и впредь принимать во внимание в надлежащих случаях верховенство права в качестве принципа руководства, а также права человека, которые имеют основополагающее значение для верховенства права, как это отражено в тексте преамбулы и статьи 13 Устава Организации Объединенных Наций и в Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях⁸⁵².

277. В своей текущей работе Комиссия сознает "взаимозависимость верховенства права и трех основных направлений работы Организации Объединенных Наций (мир и безопасность, развитие и права человека)"⁸⁵³ без выделения одного элемента за счет другого. При выполнении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия сознает текущие вызовы в области обеспечения верховенства права.

278. В ходе настоящей сессии Комиссия продолжала вносить свой вклад в укрепление верховенства права, в том числе путем принятия окончательных проектов статей по "высылке иностранцев"; принятия в первом чтении ряда проектов статей по "защите людей в случае бедствий" и принятия окончательного доклада на тему "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)".

279. Комиссия продолжала также свою работу по другим темам, касающимся верховенства права, таким как "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции", "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров", "Охрана атмосферы", "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами", "Выявление норм международного обычного права", "Временное применение договоров", "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации", и назначила Специального докладчика по теме "Преступления против человечности".

280. Комиссия вновь подчеркивает свою приверженность верховенству права во всей своей деятельности.

⁸⁵² Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях (A/RES/67/1) 30 ноября 2012 года, пункт 41.

⁸⁵³ Доклад Генерального секретаря об оценке эффективности поддержки со стороны системы Организации Объединенных Наций в деле поощрения верховенства права в конфликтных и постконфликтных ситуациях, S/2013/341, 11 июня 2013 года, пункт 70.

4. Вознаграждение

281. Комиссия вновь подтверждает свои уже изложенные в предыдущих докладах Комиссии мнения по вопросу о вознаграждении, который возник в результате принятия Генеральной Ассамблеей резолюции 56/272 от 27 марта 2002 года⁸⁵⁴. Комиссия подчеркивает, что вышеуказанная резолюция особенно затрагивает Специальных докладчиков, поскольку она ставит под угрозу поддержку их исследовательской работы.

5. Документация и публикации

282. Комиссия вновь подтвердила свое признание особой актуальности и важности для ее работы публикаций по правовым вопросам,готавливаемых Секретариатом⁸⁵⁵. Она с удовлетворением отметила, что Отдел кодификации смог значительно ускорить выпуск публикаций за счет реализации своей инициативы по их подготовке с использованием настольных издательских средств, что позволило значительно повысить своевременность и актуальность этих публикаций для работы Комиссии на протяжении более чем десяти лет. Комиссия с сожалением отметила свертывание и возможное прекращение этой инициативы из-за нехватки ресурсов и тот факт, что как следствие на ее текущей сессии не было распространено никаких новых публикаций по вопросам права. Комиссия считает, что продолжение этой инициативы имеет важное значение для обеспечения своевременного выпуска этих публикаций по вопросам права, в частности публикации "Работа Комиссии международного права". Комиссия вновь отметила особую актуальность и значительную ценность для ее работы публикаций по вопросам права, подготовленных Отделом кодификации, и вновь обратилась с просьбой к Отделу кодификации продолжать обеспечивать ее этими публикациями.

283. Комиссия вновь выразила удовлетворение по поводу того, что краткие отчеты Комиссии, представляющие собой важную часть подготовительной работы по прогрессивному развитию и кодификации международного права, не будут подлежать произвольным ограничениям в отношении их объема. Комиссия с удовлетворением отметила, что экспериментальные меры для упорядочения обработки кратких отчетов Комиссии, введенные на предыдущей сессии, привели к более оперативной передаче кратких отчетов членам Комиссии для своевременной правки и скорому выпуску окончательных текстов. Комиссия также приветствовала тот факт, что новые методы работы привели к более рациональному использованию ресурсов, и призвала Секретариат содействовать подготовке окончательных отчетов на всех языках без ущерба для их точности.

⁸⁵⁴ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункты 525–531; там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/58/10)*, пункт 447; там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 369; там же, *шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10)*, пункт 501; там же, *шестидесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 269; там же, *шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 379; там же, *шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 358; там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 240; там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 396; там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 399; там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 280; и там же, *шестидесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 181.

⁸⁵⁵ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункты 387–395.

284. Комиссия выразила признательность всем службам, занимающимся обработкой документации как в Женеве, так и в Нью-Йорке, за своевременную и эффективную обработку документов Комиссии, зачастую несмотря на очень жесткие ограничения по времени, что способствовало ритмичной работе Комиссии.

285. Комиссия выразила свою признательность Библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, которая эффективно и компетентно помогала членам Комиссии в их работе.

6. Целевой фонд для ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права"

286. Комиссия вновь указала, что выпуски "Ежегодника" имеют важнейшее значение для понимания работы Комиссии в области прогрессивного развития и кодификации международного права, а также в плане укрепления верховенства права в международных отношениях. Комиссия приняла к сведению тот факт, что Генеральная Ассамблея в своей резолюции 67/92 выразила признательность правительствам, которые внесли добровольные взносы в Целевой фонд для устранения отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права", и рекомендовала делать новые взносы в этот фонд.

7. Помощь Отдела кодификации

287. Комиссия выразила признательность Отделу кодификации Секретариата за его неоценимую помощь в обеспечении основного обслуживания Комиссии и его участие в научно-исследовательских проектах, посвященных работе Комиссии.

8. "Ежегодник Комиссии международного права"

288. Комиссия предлагает Комиссии рекомендовать Генеральной Ассамблее *выразить удовлетворение* в связи с достигнутым в последние несколько лет заметным прогрессом в ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права" на всех шести языках и *приветствовать* усилия Управления конференционного менеджмента Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, и особенно его Секции редактирования, в деле эффективного осуществления соответствующих резолюций Генеральной Ассамблеи, призывая сократить отставание; *рекомендовать* Управлению конференционного менеджмента и далее оказывать на постоянной основе необходимую поддержку Секции редактирования в улучшении процесса публикации "Ежегодника"; и *просить* регулярно предоставлять Комиссии обновленную информацию о ходе этой работы.

9. Веб-сайты

289. Комиссия вновь выразила признательность Секретариату за продуктивную работу по постоянному обновлению и расширению веб-сайта, посвященного Комиссии международного права⁸⁵⁶. Комиссия вновь отметила, что этот веб-сайт и другие веб-сайты, обслуживаемые Отделом кодификации⁸⁵⁷, представляют собой бесценный ресурс как для самой Комиссии в процессе ее работы, так и для более широкого круга лиц, изучающих деятельность Комиссии, и содействуют тем самым общему совершенствованию преподавания, изучения,

⁸⁵⁶ См. <http://www.un.org/law/ilc>.

⁸⁵⁷ Имеется в открытом доступе по адресу <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

распространения и более широкого признания международного права. Комиссия приветствовала тот факт, что на веб-сайте Комиссии размещена информация о ходе рассмотрения тем, фигурирующих в повестке дня Комиссии, а также предварительные отредактированные варианты кратких отчетов Комиссии. Комиссия также выразила признательность Секретариату за успешное завершение оцифровки и размещения на веб-сайте всей коллекции документов Комиссии на испанском языке вместе с добавлением возможности полнотекстового поиска.

10. Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву

290. Комиссия с удовлетворением отметила чрезвычайную ценность библиотеки аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву⁸⁵⁸ в содействии более глубокому знанию международного права и деятельности Организации Объединенных Наций в этой области, в том числе Комиссии международного права⁸⁵⁹. Комиссия выразила глубокую озабоченность по поводу существующего финансового положения, которое ставит под угрозу продолжение и дальнейшее развитие этого уникального образовательного ресурса, которым успешно пользуются все государства-члены, и настоятельно призвала Генеральную Ассамблею разрешить эту ситуацию.

В. Сроки и место проведения шестьдесят седьмой сессии Комиссии

291. Комиссия рекомендовала провести шестьдесят седьмую сессию Комиссии в Женеве 4 мая – 5 июня и 6 июля – 7 августа 2015 года.

292. Комиссия рассмотрела возможность проведения части ее будущих сессий в Нью-Йорке и вернется к рассмотрению этого вопроса на ближайших сессиях.

⁸⁵⁸ См. <http://www.un.org/law/avl/>.

⁸⁵⁹ См., например, исторические архивы: Положение о Комиссии международного права, вступительное слово Майкла Вуда; Венская конвенция о дипломатических сношениях, 1961 год, вступительное слово Эйлин Денца; Венская конвенция о консульских сношениях, 1963 год, вступительное слово Хуана Мануэля Гомеса Робледо; Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, вступительное слово Карла Земанека; Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров, 1978 год, вступительное слово Энтони Ауста; Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков, 1997 год, вступительное слово Стивена Маккаффри; статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, 2001 год, вступительное слово Джеймса Кроуфорда; статьи о дипломатической защите, 2006 год, вступительное слово Джона Дугарда; статьи об ответственности международных организаций, 2011 год, вступительное слово Джорджио Гая. См. также, например, в серии лекций: государственный иммунитет в связи с Конвенцией Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, Герхард Хафнер; работа Комиссии международного права по клаузуле о "наиболее благоприятствуемой нации", Дональд М. Макрей; защита атмосферы и кодификация и прогрессивное развитие международного права, Синья Мурасэ; международная ответственность за трансграничный ущерб в результате опасных видов деятельности, Пеммараджу Шриниваса Рао; кодификация Организацией Объединенных Наций правовых норм о трансграничных водоносных горизонтах (грунтовых водах), Тусэй Ямада.

С. Сотрудничество с другими органами

293. На 3228-м заседании 22 июля 2014 года в Комиссии выступил Председатель Международного Суда Петер Томка, который проинформировал ее о деятельности, осуществлявшейся Судом в последнее время⁸⁶⁰. После этого состоялся обмен мнениями.

294. На сессии Комиссии была представлена Афро-азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО) в лице ее Генерального секретаря г-на Рахмата Мохамеда, который выступил перед членами Комиссии на 3218-м заседании 8 июля 2014 года⁸⁶¹. Он сосредоточил свое внимание на мнениях государств – членов ААКПО на основании их заявлений на других международных форумах на четырех темах программы работы Комиссии, а именно: "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции", "Защита людей в случае бедствий", "Выявление норм международного обычного права" и "Охрана атмосферы". После этого состоялся обмен мнениями.

295. Межамериканский юридический комитет на этой сессии Комиссии был представлен заместителем Председателя Межамериканского юридического комитета г-ном Фабианом Новаком, который выступил в Комиссии на 3223-м заседании 15 июля 2014 года⁸⁶². Он рассказал о работе Комитета по различным правовым вопросам, касающимся американских стран, в 2013 году. После этого состоялся обмен мнениями.

296. Комитет юрисконсульт по международному публичному праву (КЮМПП) на этой сессии Комиссии был представлен Председателем КЮМПП г-жой Лизбет Лижнзаад и Заведующей Отделом международного публичного права Совета Европы г-жой Мартой Рекуэной, которые выступили перед членами Комиссии на 3224-м заседании 16 июля 2014 года⁸⁶³. Они остановились на текущей деятельности КЮМПП по широкому кругу правовых вопросов, а также на деятельности Совета Европы. После этого состоялся обмен мнениями.

297. Комиссию Африканского союза по международному праву на этой сессии Комиссии представлял Председатель Комиссии Африканского союза по международному праву посол Шейх Тидиан Тиам, которого сопровождал г-н Адевале Иянда. Он выступил в Комиссии на 3230-м заседании 24 июля 2014 года⁸⁶⁴. Он сообщил о деятельности Комиссии Африканского союза по международному праву. После этого состоялся обмен мнениями.

D. Представительство на шестьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи

298. Комиссия постановила, что на шестьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи она будет представлена своим Председателем г-ном Кириллом Геворгяном.

299. На своем 3243-м заседании 8 августа 2014 года Комиссия просила г-на Эдуардо Валенсия-Оспину, Специального докладчика по теме "Защита людей в случае бедствий", принять участие в работе шестьдесят девятой сессии

⁸⁶⁰ Это выступление отражено в кратком отчете об этом заседании.

⁸⁶¹ Там же.

⁸⁶² Там же.

⁸⁶³ Там же.

⁸⁶⁴ Там же.

Генеральной Ассамблеи в соответствии с пунктом 5 резолюции 44/35 Генеральной Ассамблеи, при наличии соответствующих средств.

Е. Семинар по международному праву

300. В соответствии с резолюцией 68/112 Генеральной Ассамблеи в ходе данной сессии Комиссии во Дворце Наций с 7 по 25 июля 2014 года состоялась пятидесятая сессия Семинара по международному праву. Семинар предназначен для молодых юристов, специализирующихся в области международного права, включая молодых преподавателей или государственных должностных лиц, занимающихся преподавательской деятельностью или работающих на дипломатическом поприще либо состоящих на гражданской службе в их стране.

301. В Семинаре приняли участие 24 представителя из различных стран, представляющих все региональные группы⁸⁶⁵. Участники присутствовали на пленарных заседаниях Комиссии, посещали специально организованные для них лекции и участвовали в обсуждениях в рабочих группах по конкретным темам.

302. Семинар открыл Председатель Комиссии г-н Кирилл Геворгян. За административные вопросы, организацию и проведение Семинара отвечал старший советник по правовым вопросам Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве (ЮНОГ) г-н Маркус Шмидт. Координацию научной работы Семинара обеспечивал Женевский университет. Функции координатора выполнял эксперт Женевского университета по международному праву г-н Витторио Майнетти при содействии помощника по правовым вопросам г-жи Юсры Суэди и стажера Отдела связи по правовым вопросам ЮНОГ г-на Моргана Крампа.

303. Членами Комиссии были прочитаны следующие лекции: Г-н Эрнест Петрич: "Работа Комиссии международного права"; г-жа Мари Якобссон: "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами"; г-н Шон Д. Мерфи: "Преступления против человечества"; г-н Синья Мурасэ: "Охрана атмосферы"; г-н Махмуд Д. Хмуд: "Предупреждение терроризма"; г-н Эдуардо Валенсия-Оспина: "Защита людей в случае бедствий"; г-н Дире Тлади: "Jus Cogens"; и г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо: "Временное применение договоров".

⁸⁶⁵ В семинаре приняли участие (в английском алфавитном порядке): г-н Саттар Азизи (Исламская республика (Иран)), г-жа Диана Кукос (Молдова), г-н Томассо ди Руцца (Святой Престол) г-н Кристиан Джеффал (Германия), г-жа Мари Франсуаз Фернандес (Франция), г-н Харуна Гарба Хамани (Нигер), г-жа Даниэла Гаучи (Мальта), г-жа Люсине Хакобян (Армения), г-жа Рита Раунджа Хенгари (Намибия), г-н Ата Хинди (Государство Палестина), г-н Майкл Кетла Кабаи (Южная Африка), г-жа Хемине Кембо Такам Гастинг (Камерун), г-н Петр Кобьельски (Польша), г-н Сентил Кумар (Индия), г-н Сузго Лунгу (Малави), г-н Пабло Андрес Москосо де ла Куба (Перу), г-н Луис Ксавье Онья Гарсес (Эквадор), г-н Мохамед Хассам Негм (Египет), г-н Альберто Мануэль Полетти Адомо (Парагвай), г-жа Лусиа Раффин (Аргентина), г-жа Сильвана Шиманески (Бразилия), г-жа Риоко Шиохара (Япония), г-н Бенжамин Санторлино Курон Томбе (Южный Судан), г-н Фаджар Юсиф (Индонезия). Отборочный комитет под председательством профессора международного права в Женевском университете г-жи Лоранс Буассон де Шазурн провел заседание 3 апреля 2014 года и отобрал 25 кандидатов из 143 человек, подавших заявки на участие в Семинаре. Один из отобранных кандидатов не смог принять в нем участие.

304. С лекцией на тему "Распространение положений о труде в ССТ и их взаимосвязь с системой стандартов МОТ" выступил старший эксперт по правовым вопросам из Международной организации труда (МОТ) г-н Джорди Агустин-Панареда.

305. Участники Семинара приняли участие в четырех выездных сессиях. Рабочее совещание на тему "Выявление норм обычного международного права" было организовано в Институте международных исследований и исследований в области развития, с участием Специального докладчика по этой теме г-на Майкла Вуда и под руководством проф. Андреа Бианчи (Институт международных исследований и исследований в области развития). Специальная сессия на тему "Иммунитет и международные преступления" состоялась в Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека. На сессии присутствовала Специальный докладчик по вопросу об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес. Работой сессии руководила проф. Паола Гаета (Женевский университет); в сессии также приняли участие другие члены Комиссии. Участники Семинара также присутствовали на конференции, организованной Женевским университетом совместно с журналом "Правовые нормы и практика международных судов и трибуналов" (*The Law and Practice of International Courts and Tribunals*) по теме "КМП и международные суды и трибуналы – плодотворный диалог?" На конференции выступили: г-н Эдуардо Валенсия-Оспина (член Комиссии и главный редактор журнала), г-н Синья Мурасэ (член Комиссии), проф. Аттила Танци (Болонский университет, Италия), проф. Пьер Бодо-Ливинек (Университет Париж 8 – Винсент Сен-Дени, Франция), Г-н Матиас Форто (член Комиссии), г-н Дире Тлади (член Комиссии), проф. Роберт Колб (Женевский университет), г-н Майкл Вуд (член Комиссии), проф. Макане Мбенге (Женевский университет) и проф. Лоранс Буассон де Шазурн (Женевский университет). Последняя сессия была организована в Международной организации здравоохранения (ВОЗ) и была посвящена международному праву в области здравоохранения. С докладами выступили: юрисконсульт ВОЗ г-н Гиан Лука Бурси, главный эксперт по правовым вопросам г-н Стивен А. Соломон и младший сотрудник по правовым вопросам г-н Джеэкоб Квирин.

306. В рамках Семинара были созданы две рабочих группы по темам "Защита атмосферы" и "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции". Каждый участник Семинара был приписан к одной из этих групп. Два члена Комиссии, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-н Синья Мурасэ, наблюдали за деятельностью рабочих групп и консультировали их в качестве экспертов. Каждая группа подготовила доклад и представила свои выводы участникам Семинара в ходе специального заседания. Эти доклады были сведены воедино и распространены среди всех участников, а также среди членов Комиссии.

307. Республикой и Кантоном Женевы для участников была организована экскурсия по городской ратуше и залу "Алабама".

308. На церемонии закрытия Семинара перед членами Комиссии и его участниками выступили: Председатель Комиссии г-н Кирилл Геворгян, Директор Международного семинара по международному праву г-н Маркус Шмидт и от имени участников Семинара – г-н Майкл Кетла Кабаи. Каждому участнику был вручен диплом, подтверждающий его участие в работе Семинара.

309. Комиссия с особым удовлетворением отметила, что с 2011 года правительства Австрии, Аргентины, Индии, Ирландии, Китая, Мексики, Соединенного Королевства, Швейцарии, Швеции, Финляндии и Чешской Республики вно-

сят добровольные взносы в Целевой фонд Организации Объединенных Наций для Семинара по международному праву. Несмотря на негативное влияние на взносы недавнего финансового кризиса, финансовое положение Фонда все же позволило выделить стипендии достаточному количеству достойных кандидатов, прежде всего из развивающихся стран, и тем самым обеспечить адекватную географическую представленность участников. В этом году стипендии были предоставлены 14 кандидатам (6 на путевые расходы и проживание, 7 на проживание и 1 только на путевые расходы).

310. За период с 1965 года в работе Семинара приняли участие 1 139 человек, представлявших 171 страну. Из них 699 человек получили стипендии.

311. Комиссия подчеркивает то значение, которое она придает Семинару, позволяющему молодым юристам, особенно из развивающихся стран, ознакомиться с работой Комиссии и деятельностью многих международных организаций, базирующихся в Женеве. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее вновь обратиться к государствам с призывом выделить добровольные взносы для обеспечения проведения Семинара с возможно более широким кругом участников в 2015 году.

Е. Празднование 50-й годовщины Семинара по международному праву

312. Комиссия провела заседание в ознаменование 50-летней годовщины Семинара 22 июля 2014 года. Это заседание совпало с посещением Комиссии Председателем Международного Суда судьей Питером Томкой. Заседание было посвящено теме "Международное право как профессия". На нем выступили Председатель Комиссии, Председатель Международного Суда⁸⁶⁶, члены Комиссии, которые когда-то были участниками Семинара⁸⁶⁷, член Комиссии, стоявший у истоков семинара⁸⁶⁸, директор Семинара⁸⁶⁹ и представители участников сессий Семинара по международному праву в 2013 и 2014 годах⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Участник Семинара в 1982 году.

⁸⁶⁷ Г-н Э.Х.А. Кандиоти (1970 год), г-н С. Мурасэ, (1975 год), г-н Н. Сингх (1980 год), г-н С.М. Питер (1984 год) и г-н П. Штурма (1989 год).

⁸⁶⁸ Г-н Э. Валенсия-Оспина.

⁸⁶⁹ Г-н Маркус Шмидт, старший советник по правовым вопросам Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве.

⁸⁷⁰ Г-жа Каролина Эбру (2013 год) и г-н Кристиан Джеффаль (2014 год).

Приложение

Jus cogens (Г-н Дире Тлади)*

1. Введение

1. В прошлом Комиссия выполнила значительный объем работы, касавшейся источников международного права, особенно права международных договоров. Ярким примером такой работы Комиссии по анализу источников международного права служит Проект статей о праве международных договоров 1966 года, который привел к принятию Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года¹. Текущая программа работы Комиссии включает в себя такие темы, связанные с источниками права, как последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, выявление норм международного обычного права и временное применение договоров. Такое внимание Комиссии к источникам права не случайно, поскольку источники являются традиционной темой международного права и соответствующие вопросы лежат в основе международного права².

2. В этой связи Комиссии предлагается рассмотреть еще одну тему, связанную с источниками права, а именно: *jus cogens*. Название исследования должно быть сформулировано широко, чтобы Комиссия могла рассмотреть все необходимые аспекты при том понимании, что ей будет необходимо на ранней стадии определить четкую сферу охвата и границы проекта.

2. Рассмотрение Комиссией *jus cogens* в прошлом

3. Хотя концепция *jus cogens* появилась раньше Комиссии³, Комиссия сыграла очень важную роль в принятии и развитии *jus cogens*. В Проект статей о праве международных договоров 1966 года Комиссия включила три проекта статей по *jus cogens*, а именно проекты статей 50, 61 и 67. Эти положения были сохранены с некоторыми поправками в статьях 53 и 64 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (именуемой далее "Венской конвен-

* Исследование выполнено при содействии следующих стажеров: Чад Ремус (Нью-Йоркский университет, проходил стажировку в 2013 году), Эрик Брэндон (Нью-Йоркский университет, проходил стажировку в 2014 году) и Дуй Лам Нгуен (Женевский институт международных отношений и развития, проходил стажировку в 2014 году). В работе также принимала участие Мария Джорджеска (докторант, Университет Джорджа Вашингтона).

¹ Другие более поздние проекты Комиссии международного права включают в себя Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссии международного права 2011 года и Проект статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров Комиссии международного права 2011 года.

² См. пункт 1 Приложения А к Докладу Комиссии международного права о работе шестьдесят третьей сессии (A/66/10).

³ По вопросу исторического развития концепции *jus cogens* см. Antonio Gómez Robledo *El Ius Cogens Internacional (Estudio Histórico crítico)* (1982), стр. 10–68.

цией")⁴. Незвизрая на включение этой нормы в Венскую конвенцию, контуры и правовые последствия *jus cogens* определены нечетко и вызывают споры. Действительно, несмотря на множество ссылок на *jus cogens*, на сегодняшний день существует мало прецедентов применения *jus cogens* для оспаривания действительности договора. Поэтому, хотя присутствие норм *jus cogens* в современной структуре международного права сегодня практически не вызывает сомнений⁵, вопросы об их конкретной природе, о том, какие нормы могут считаться *jus cogens* и каковы последствия *jus cogens* для международного права, остаются неясными. Исходя из этого, в 1993 году бывший член Комиссии Андреас Яковидес представил рабочей группе Группы по планированию документ о *jus cogens* как возможной теме для Комиссии международного права. В своем документе г-н Яковидес высказал следующее замечание, которое по сути справедливо и по сей день:

За почти четверть века, прошедшие с момента принятия Конвенции, не появилось никаких авторитетных стандартов, которые помогли бы определить точное правовое содержание *jus cogens* или процесс, с помощью которого международные правовые нормы могут приобретать императивный статус⁶.

4. Несмотря на аргументы в пользу включения данной темы в программу работы Комиссии, приведенные г-ном Яковидесом, Комиссия решила этого не делать. Г-н Боуэтт, исполнявший тогда обязанности председателя рабочей группы, которая рассматривала данное предложение, объяснил нецелесообразность включения данной темы наличием сомнений в том, что рассмотрение Комиссией темы *jus cogens* будет "иметь практическую ценность на данном этапе". Он пришел к выводу, что поскольку практики применения *jus cogens* "пока не существует", то Комиссии было бы "преждевременно предпринимать такого рода исследование". Эти доводы перекликаются с аргументами, выдвинутыми самой Комиссией в комментарии к проекту статьи 50 Проекта статей о праве международных договоров 1966 года. В пункте 3 комментария Комиссия заявила следующее:

Появление норм, имеющих характер *jus cogens*, относится к сравнительно недавнему прошлому, при этом международное право находится в процессе бурного развития. Комиссия посчитала правильным в общих чертах указать, что договор является недействительным, если он противоречит норме *jus cogens*, с тем чтобы полное содержание данной нормы было разработано в практике государств и международных трибуналов.

⁴ Впервые нормы *jus cogens* были упомянуты в работе Комиссии в Третьем докладе Специального докладчика по праву международных договоров Дж. Дж. Фитцмориса (A/CN.4/115) под заголовком "законность объекта". См. *Yearbook of the International Law Commission Volume II: Documents of the Tenth Session including the Report of the Commission to the General Assembly*, 26–27.

⁵ Уже в проекте статей 1966 года Комиссия отмечала, что "становится все труднее придерживаться мнения о том, что не существует норм международного права, от выполнения которых государства не смогли бы освободиться по собственной воле". См. пункт 1 комментария к проекту статьи 50 проекта статей по праву международных договоров 1966 года.

⁶ Аналогичным образом Исследовательская группа Комиссии международного права в докладе "Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права" от 13 апреля 2006 года заявила, что "однако, как и прежде, сохраняются упорные разногласия относительно ее [*jus cogens*] теоретических основ" (в пункте 363).

5. По поводу предыдущих решений Комиссии отказаться от попыток дать более подробное описание полного содержания и функционирования *jus cogens* можно высказать два соображения. Во-первых, как замечания г-на Боуэтта, так и комментарии Комиссии к проекту статьи 50 подтверждают, что Комиссия придерживалась мнения, согласно которому возможности для дальнейшего развития *jus cogens* не исчерпаны⁷. Во-вторых, из заявления г-на Боуэтта и комментария следует, что Комиссия в обоих случаях считала, что детальные положения по *jus cogens* могут быть разработаны только после появления большего объема практики по этому вопросу. В совокупности комментариев к проекту статьи 50 и заявление г-на Боуэтта свидетельствуют о том, что дополнительное уточнение норм, касающихся *jus cogens*, возможно, и даже, может быть, желательно, если в качестве основы для работы Комиссии будет наработана достаточная практика.

6. В период после разработки Проекта статей 1966 года и предложения г-на Яковидеса 1993 года практика развивалась быстрыми темпами. Так, национальные и международные суды нередко делали отсылки к норме *jus cogens* и таким образом проливали свет на некоторые нюансы ее формирования, функционирования, содержания, последствий и результатов⁸. Время от времени на *jus cogens* ссылались и государства в обоснование своих позиций⁹. Сама Комис-

⁷ В пункте 3 Комментария к проекту статьи 50 Комиссия заявила, что на тот момент времени целесообразным было обозначить норму в общих чертах, с тем чтобы "полное содержание данной нормы было разработано в практике государств и международных трибуналов".

⁸ См., например, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, ICJ Reports 1986, 14; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium)* ICJ Reports 2002, 3; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: DRC v. Rwanda)*, ICJ Reports 2006, 99; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports 2012, 99. См. прежде всего несогласное мнение судьи Триндаде по делу *Jurisdictional Immunities of the State case*, совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бюргентала и несогласное мнение судей Оды, Аль-Хасауна и судьи Ван ден Вингарта по делу *Arrest Warrant case. Al-Adsani v. UK* (заявление № 35763/97), 21 ноября 2001 года. См. также особое мнение судьи ad hoc Лаутерпахта по делу *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 1993, 325 (особое мнение судьи Лаутерпахта), пункты 100–104 и *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 24 марта 1999 года, Палата лордов, 119 ILR, с. 136.

⁹ См., например, заявление адвоката для Бельгии в *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, устные слушания, 13 марта 2012 года (CR 2012/3), пункт 3 и заявление адвоката для Сенегала в *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, устные слушания, 15 марта 2012 года (CR 2012/4), пункт 39. См. также контрмеморандум Сенегала в *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, пункт 51. Аналогичным образом, когда Германия стремилась ограничить последствия *jus cogens* в деле *Jurisdictional Immunities*, ее собственное заявление не только не оспаривало существования *jus cogens*, но и положительно утверждало статус некоторых норм как норм *jus cogens*. См., например, меморандум Федеративной Республики Германия в деле *Jurisdiction Immunities*, 12 июня 2009 года, пункт 86, в котором Германия заявляет: "Нет сомнений, например, что *jus cogens* запрещает геноцид". См. также заявление Южной Африки от 29 октября 2009 года по поводу доклада Комиссии международного права (A/C.6/64/SR.15, пункты 69–70), приведенное во Втором докладе Специального докладчика г-на Романа Колодкина об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, 10 июня 2010 года (A/CN.4/631), пункт 9, особенно сноску 13. 28 октября 2013 года во время

сия внесла важный вклад в развитие данной нормы при рассмотрении других тем. Например, статья 26 Проекта статей об ответственности государств предусматривает, что обстоятельства, исключаящие противоправность, предусмотренные в Проекте статей, не могут быть использованы для оправдания поведения, которое несовместимо с *jus cogens*. В комментарии к документу приводится неполный перечень норм *jus cogens*¹⁰. При этом доклад Исследовательской группы о фрагментации не только повторяет перечень, содержащийся в комментарии к проекту статьи 26, но и включает перечень "наиболее часто упоминающихся кандидатов" на статус *jus cogens*¹¹. В Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссии также приводится подробный анализ влияния *jus cogens* на допустимость и последствия оговорок¹².

3. Элементы *jus cogens* в судебных решениях

7. Несмотря на то, что работа Комиссии способствовала более глубокому пониманию *jus cogens*, отправным пунктом для любого исследования *jus cogens* остается Венская конвенция. В Венской конвенции определяются базовые элементы природы, условий и последствий *jus cogens*. В соответствии с Венской конвенцией *jus cogens* относится к императивным нормам общего международного права, которые определяются как 1) нормы, 2) которые принимаются и признаются международным сообществом государств в целом как норма, 3) отклонение от которой недопустимо¹³. Если какая-либо норма становится нормой *jus cogens*, международные договоры, которые противоречат этой норме, становятся недействительными¹⁴.

8. Данная формулировка позволяет внести ясность в некоторые ключевые вопросы, которые, возможно, не были понятны до появления Венской конвенции. Например, такая формулировка решает важный вопрос, связанный с при-

рассмотрения Шестым комитетом доклада Комиссии международного права Португалия особо отметила, что норма *jus cogens* имеет "исключительную важность" (A/C.6/68/SR.17), пункт 88.

¹⁰ См. пункт 5 комментария к проекту статьи 26, в которой Комиссия довольно недвусмысленно заявляет, что "явно принятые и признанные императивные нормы включают в себя запрещение агрессии, геноцид, рабство, расовую дискриминацию, преступления против человечности и пытки, а также право на самоопределение".

¹¹ См. пункт 374 Доклада Исследовательской группы Комиссии международного права по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, 13 апреля 2006 года (A/CN.4/L.682). См. также тридцать третий из выводов по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, 2006 год.

¹² См., например, Комментарий к проекту руководства 3.1.5.4. и руководства 4.4.3. в Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам. См. также *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: DRC v. Rwanda)* (особое мнение судьи Дугарда, в котором рассматриваются последствия оговорок, нарушающих норму *jus cogens*), пункт 9. См. также Принцип 8 Руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, и комментарии к ним, Ежегодник Комиссии международного права, 2006 год, том II, часть вторая.

¹³ Статья 53 Венской конвенции.

¹⁴ Статьи 53 и 64 Венской конвенции.

родой нормы *jus cogens*. В первоначальной концепции норма *jus cogens* рассматривалась как неконсенсуальный источник права, вытекающий из естественного права¹⁵. И если статья 50 Проекта статей 1966 года оставляет этот вопрос открытым, просто определив *jus cogens* как "императивную норму общего международного права, отклонение от которой не допустимо", то в статье 53 Венской конвенции добавлено ограничение: "которая принимается и признается международным сообществом государств в целом", тем самым подразумевая, что принятие нормы государствами в целом является условием *jus cogens*.

9. Вместе с тем в статье 53 Венской конвенции не указан процесс, который позволяет норме общего международного права подняться до уровня императивной нормы; нет там и указания на то, как такие нормы могут быть выявлены. Вопросы, которые возникают в этой связи, касаются, в том числе, значения и следствия того, что какая-либо норма "принимается и признается международным сообществом государств в целом". Например, Исследовательская группа Комиссии международного права задалась следующим вопросом: "Если особенностью нормы *jus cogens* является ограничение того, что может быть юридически согласовано государствами, то может ли и ее содержание быть поставлено в зависимость от того, что согласовано между государствами?"¹⁶. Более того, хотя приведенная формулировка затрагивает основной вопрос последствий для международных договоров, она оставляет открытыми несколько других вопросов, имеющих отношение к последствиям, в том числе последствиям для других норм, которые не содержатся в договорах¹⁷. Это касается не только взаимодействия норм *jus cogens* с другими нормами международного права, например резолюциями Совета Безопасности на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, но и последствий нарушения нормы *jus cogens*¹⁸. По некоторым из этих вопросов полезной может оказаться предыдущая работа Комиссии, в том числе статьи об ответственности государств¹⁹. Например, статья 26 предусматривает, что указанные в статьях основания, исключаящие противоправность, не могут быть использованы для оправдания действия, которое не согласуется с каким-либо обязательством, вытекающим из императивной нормы²⁰.

10. Как отмечалось выше, ссылки на *jus cogens* содержатся в ряде постановлений Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, а также в несогласных и частных мнениях отдельных судей²¹. В более ран-

¹⁵ См., например, Alfred Verdross "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties'" (1937) 31 *American Journal of International Law* 571.

¹⁶ См. Доклад Исследовательской группы о фрагментации, 13 апреля 2006 года, пункт 375.

¹⁷ Там же, пункт 367.

¹⁸ Там же.

¹⁹ См., например, проект статьи 26 Проекта статей об ответственности государств и комментарий к ней, особенно по поводу оснований, исключаящих противоправность, и императивной нормы международного права.

²⁰ См. прежде всего пункты 3 и 4 Комментария к проекту статьи 26 в Draft Articles on State Responsibility.

²¹ В докладе о фрагментации международного права Исследовательская группа привела мнения отдельных судей, работающих по вопросу *jus cogens*, в том числе по делу Oscar Chinn, P.C.I.J. Series A/B, No. 63 (1934) (особое мнение судьи Шукинга) стр. 149; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (the Netherlands v. Sweden)* ICJ Reports 1958, 55 (особое мнение судьи Морено Квинтана) стр. 106 *et seq.*; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of*

них делах, однако, Суд не делал попыток прояснить природу, условия, содержание и последствия *jus cogens*, а ограничивался лишь ссылкой на *jus cogens*. В этом отношении типичным примером могут служить соображения Суда о запрете на применение силы по делу о *Военной и военизированной деятельности*²². Суд сослался на тот факт, что запрет на применение силы часто называется государствами "фундаментальным или основополагающим принципом [обычного международного] права", что Комиссия назвала "правовую норму Устава, касающуюся запрета", "ярким примером нормы международного права, которая имеет характер *jus cogens*", и что обе стороны в споре упоминали данную норму как имеющую статус *jus cogens*²³. Тем не менее сам Суд прямо не заявил о том, что он считает запрет на применение силы нормой *jus cogens*.

11. Вместе с тем решения по недавним делам показывают, что Суд стал более склонен характеризовать некоторые нормы как *jus cogens* и готов разбираться в нюансах *jus cogens*. Например, в *Вопросах, касающихся обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование*, Суд заявляет, что "запрет пыток составляет часть обычного международного права и он стал императивной нормой (*jus cogens*)"²⁴. Более того, Суд указал на то, что данный запрет "основан на широко распространенной международной практике и на *opinio juris* государств", что он включен в "многочисленные международные договоры универсального применения", что "он был включен в национальное право почти всех государств" и что "пытки регулярно осуждаются на национальных и международных форумах"²⁵.

Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3 (особое мнение судей Падильи Нерво и Соренсена) стр. 97 и 248; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)* ICJ Reports 1969, 3 (несогласное мнение судьи Танака) на стр. 182; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)* ICJ Reports 1970, 3 (особое мнение судьи Аммуна) на стр. 304; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ICJ Reports 1986, 14 (особое мнение председателя Нажендры Сингха) стр. 153; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ICJ Reports 1986, 14 (особое мнение судьи Сетте Камары) стр. 199 et seq; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* ICJ Reports 1993, 325 (особое мнение судьи ad hoc Лаутерпахта) стр. 440; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures*, ICJ Reports 1999, 916 (несогласное мнение судьи ad hoc Кречи) стр. 53–61, пункты 10–17; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* ICJ Reports 2002, 3 (несогласное мнение судьи Аль-Хасауны) стр. 95, пункт 3; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* ICJ Reports 2003, 161 (особое мнение судьи Бюргенталя), пункт 23. См. также *The Arbitral Award in the Matter between the Government of Kuwait and American Independent Oil Company*, (1982) 21 ILM 976, пункт 90. *Azanian People's Organisation (AZAPO) v Truth and Reconciliation* 1996 (4) SA 562 (C), 574B.

²² *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, 1986 ICJ Reports 14, пункт 190.

²³ Там же, пункт 190.

²⁴ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, постановление от 20 июля 2012 года, ICJ Reports 2012, пункт 99.

²⁵ Там же.

12. В деле, касающемся *Юрисдикционных иммунитетов государства*, Суд рассмотрел различные аспекты нормы *jus cogens*, в том числе ее связь с суверенным иммунитетом от юрисдикции. Суд постановил, что поскольку нормы об иммунитете и возможные нормы *jus cogens* в праве вооруженных конфликтов "имеют разные задачи", то между ними нет противоречий²⁶. По мнению Суда, иммунитеты имеют процедурный характер и регулируют осуществление национальной юрисдикции в отношении конкретного поведения, а не определяют противоправность поведения, которая устанавливается с помощью *jus cogens*. Соответственно, конфликта между иммунитетом и *jus cogens* быть не может²⁷. Суд проводит четкое разграничение между субстантивным запретом деяний государства, которые составляют *jus cogens*, и процедурным иммунитетом государства от национальной юрисдикции, поскольку эти нормы работают в разных плоскостях и поэтому не могут противоречить друг другу даже в случаях, когда "в средствах обеспечения соблюдения нормы *jus cogens* было отказано"²⁸. Помимо решения вопроса о связи между иммунитетом и нормой *jus cogens*, в постановлении Суда также имеется указание на то, что к категории *jus cogens* также относятся преступления против человечности²⁹. Аналогичное мнение по поводу связи между *jus cogens* и процедурными нормами было принято Судом в деле *Вооруженные действия на территории Конго (Демократическая Республика Конго против Уганды)*, в котором Суд постановил, что тот факт, что вопрос касается нормы *jus cogens*, в данном случае запрещения геноцида, "не может сам по себе служить основой для установления юрисдикции Суда в отношении спора"³⁰. Логику Суда при рассмотрении данных дел можно интерпретировать как означающую, что квалификация какого-либо поведения в качестве *jus cogens* не оказывает влияния на международные нормы, не связанные с пра-

²⁶ См. пункты 92, 95 and 97 дела *Jurisdictional Immunities of the State*. См. также пункт 64 дела *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* о последствиях *jus cogens* для юрисдикции и пункт 64 дела *Al-Adsani*. См. также дело *Jones & Others v. United Kingdom* (Applications nos. 34356/06 and 40528/06), E.C.H.R. para. 198 (14 января 2014 года) (в котором суд постановил, что "на февраль 2012 года исключений из норм *jus cogens* для иммунитета государства пока не было выявлено").

²⁷ Пункт 93 дела *Jurisdiction Immunities of the State*. Противоположную точку зрения см. в несогласном мнении судьи Кансадо Тридаде по делу *Jurisdiction Immunities of the State*, совместном особом мнении судей Хиггинс, Коойманса и Бюргентала по делу *Arrest Warrant*, несогласном мнении судей Оды, Аль-Хасауна и судьи ad hoc Ван ден Вингарта по делу *Arrest Warrant*. Что касается решений национальных судов, то в постановлении по делу *Jurisdiction Immunities of the State* Суд сослался на решения, принятые в Великобритании, Греции, Канаде, Новой Зеландии, Польше и Словении, где суверенный иммунитет признавался даже на фоне обвинений в нарушении норм *jus cogens*. Дело *Jurisdiction Immunities of the State*, пункт 96. В Соединенных Штатах Америки суды промежуточной инстанции отклонили подразумеваемое исключение из суверенного иммунитета, когда иностранное государство обвинялось в нарушении норм *jus cogens*. См. *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Princz v. Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); *Smith v. Libya*, 101 F.3d 239 (2d Cir. 1997); и *Sampson v. Germany*, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001). По вопросу иммунитета должностных лиц ср. *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620, 625-27 (7th Cir. 2004); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9, 14-15 (2d Cir. 2009); *Giraldo v. Drummond Co.*, 493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (признание иммунитета иностранных должностных лиц, несмотря на утверждения о нарушении норм *jus cogens*), и *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012) (отказ в иммунитете).

²⁸ Пункт 95 дела *Jurisdiction Immunities of the State*.

²⁹ Там же, пункт 95 со ссылкой на решение по делу *Arrest Warrant*.

³⁰ Дело *Armed Activities on the Territory of the Congo*, пункт 64.

вомерностью данного поведения. В любом случае эти недавние постановления, касающиеся связи между *jus cogens* и другими нормами международного права, что может помочь Комиссии систематизировать нормы международного права в этой области.

4. Правовые вопросы, подлежащие изучению

13. Комиссия могла бы внести полезный вклад в прогрессивное развитие и кодификацию международного права, проанализировав состояние международного права о *jus cogens* и сформулировав авторитетное мнение о характере норм *jus cogens*, требования к определению нормы в качестве нормы *jus cogens*, а также результаты и последствия *jus cogens*. Комиссия могла бы также представить иллюстративный перечень существующих норм *jus cogens*. Рассмотрение этой темы Комиссией могло бы, таким образом, быть посвящено следующим вопросам:

- a) характер норм *jus cogens*;
- b) требования к определению нормы в качестве нормы *jus cogens*;
- c) иллюстративный перечень норм, получивших статус норм *jus cogens*;
- d) результаты и последствия *jus cogens*.

14. В том что касается характера норм *jus cogens*, Венская конвенция определяет *jus cogens* в качестве нормы позитивного права, основанной на согласии. Это также вытекает из решений Международного Суда, включая дело *Бельгия против Сенегала*, в котором при обосновании вывода о том, что запрет пыток является нормой *jus cogens*, Суд отметил, что этот запрет основан на "широко распространенной международной практике и на *opinio juris* государств", отметив далее, что он "присутствует в многочисленных международных договорах универсального применения" и что "он был включен во внутреннее законодательство почти всех государств"³¹. Суд также добавил, что пытки "регулярно осуждаются на национальных и международных форумах"³². Концептуальное определение *jus cogens* в терминах позитивного права, основанного на согласии государств, может стать отходом от их прежнего осмысления как следствия развития естественного права³³. Исследование характера норм *jus cogens* также позволило бы Комиссии рассмотреть тип норм, которые к настоящему времени уже получили статус норм *jus cogens*, чтобы определить, имеют ли нормы *jus cogens* общие признаки. Исследование характера норм *jus cogens* могло бы также касаться, например, отношения между *jus cogens* и обычным международным правом, а также различия между *jus cogens* и другими потенциально свя-

³¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, *I.C.J. Reports* 2012, 422 at para 99.

³² *Ibid.*

³³ См., например, Andrew Jacovides *International Law and Diplomacy: Selected Writings* (2011), 18. *Cp. Case concerning the Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Arbitral Award, 31 July 1989, Vol XX *UNRIIAA*, 119, пункт 44 (где утверждается, что норма *jus cogens* может развиваться либо как норма обычного права, либо посредством формирования общего принципа права). См. также *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d стр. 715 (где утверждается, что нормы *jus cogens* выводятся из базовых ценностей международного сообщества и не основаны на выборе государств).

занными с ним концепциями, такими как неотъемлемые права в международных договорах по правам человека и обязательства *erga omnes*³⁴.

15. Требования к получению нормой статуса нормы *jus cogens* сформулированы в статье 53 Венской конвенции. Тем не менее у Комиссии есть возможность разработать элементы, которые могут быть использованы, для того чтобы обозначить, что норма не только является нормой общего международного права, но также и получила статус нормы *jus cogens*. Исследование тех случаев, в которых суды или трибуналы установили наличие норм *jus cogens*, могло бы помочь Комиссии в выявлении способа формирования норм *jus cogens*, а также критериев для их выявления. Например, доводы Суда в деле *Бельгия против Сенегала*, утверждавшего, что запрет пыток соответствует критериям, предъявляемым к нормам *jus cogens*, могут послужить полезным руководством в поиске конкретных требований для определения норм *jus cogens*³⁵. Заявления государств, в которых они обосновывают утверждения о том, что та или иная норма является нормой *jus cogens*, также могли бы помочь Комиссии в этой работе. Еще одним связанным с этой темой вопросом является процесс, в ходе которого нормы *jus cogens* заменяются последующими нормами *jus cogens*, как это определено в статье 53 Венской конвенции.

16. Настоящее предложение также предполагает подготовку иллюстративного перечня норм, которые в настоящее время признаны в качестве норм *jus cogens*. Такой список будет основан на анализе решений Международного Суда и других судов и трибуналов, а также на предшествующей работе Комиссии, в частности на комментариях к проекту статьи 50 Проекта статей 1966 года, комментариях к статье 26 Статей об ответственности государств и комментариях к руководящему положению 3.1.5.4 Руководства по практике в отношении оговорок. В отношении любого перечня, подготовленного Комиссией, необходимо четко указать, что он не является исчерпывающим. Вполне могут возникнуть опасения, что даже очень тщательно подготовленный перечень может создавать впечатление, будто бы он не предусматривает никаких дополнений. Хотя такое всегда возможно, эту проблему не стоит преувеличивать. Необходимо только подчеркнуть, что иллюстративный перечень не только должен быть тщательно подготовлен, но также и что комментарии должны достаточно ясными, чтобы исключать любые разночтения.

17. Наконец, исследование также должно затронуть воздействие и последствия *jus cogens*. Сюда входят правовые последствия *jus cogens* для других правил международного права. Хотя в статьях 53 и 64 сформулировано влияние норм *jus cogens* на действительность международных договоров, правовые последствия *jus cogens* для других правил ими не охвачены. Недавние решения Суда, в частности по делу о *Юрисдикционных иммунитетах государств* и по делу о *Действиях с применением оружия в Конго*, затрагивают отношения между нормами *jus cogens* и процедурными и вторичными нормами международного права³⁶. Кроме вопросов об иммунитете государств и должностных лиц, междуна-

³⁴ Например, в комментарии к проекту статьи 50 Проекта статей о праве международных договоров разъясняется, что "было бы неправильно утверждать, что положение договора носит характер *jus cogens* только в силу договоренности сторон о недопустимости каких бы то ни было отступлений от данного положения и следовательно недействительности любого договора, вступающего в противоречие с данным положением" (пункт 2).

³⁵ См. пункт 99 решения по делу *Obligation to Prosecute or Extradite*.

³⁶ См. *Jurisdictional Immunities of the State* at 94 and *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002: DRC v. Rwanda)* at para 64. См. также в целом по теме

родные трибуналы рассматривали другие возможные последствия, такие как иммунитет международных организаций, связь с резолюциями Совета Безопасности, последствия применения срока давности и последствия применения договоров об экстрадиции³⁷. Предшествующая работа Комиссии, в частности комментарий к статье 26 Статей об ответственности государств и раздел Е доклада Исследовательской группы по фрагментации, также обеспечивает соответствующие предпосылки для изучения воздействия норм *jus cogens* на другие нормы международного права. Вероятно, рассмотрение результатов и последствий *jus cogens* окажется наиболее сложным направлением исследований и потребует тщательного анализа правовой практики как международных, так и внутренних судов.

5. Данная тема соответствует требованиям к новым темам

18. Данная тема соответствует требованиям для выбора новых тем, установленным Комиссией. Эти требования заключаются в том, что новые темы должны отражать потребности государств в отношении кодификации и прогрессивного развития, должны быть в значительной степени новаторскими на фоне практики государств, чтобы допускать прогрессивное развитие и кодификацию, а также должны быть конкретными и реализуемыми.

19. Данная тема является важной для государств, поскольку она способствует большей ясности в вопросе о *jus cogens*, его формировании и последствиях. В нескольких недавних спорах между государствами подразумевались нормы *jus cogens* или потенциальные нормы *jus cogens*³⁸. Хотя государства часто соглашались с тем, что конкретные нормы в конкретном случае имели статус норм *jus cogens*, спор часто относился к воздействию норм *jus cogens* на другие правила международного права. Прояснение некоторых правовых аспектов *jus cogens* могло бы способствовать разрешению международных споров³⁹. Как и в случае с темой об обычном международном праве, прояснение правил в отношении *jus cogens* было бы особенно полезным для судей внутренних судов и других юристов, не являющихся специалистами в международном праве, у которых может возникнуть необходимость применять нормы международного права, включая нормы *jus cogens*. В частности, в результате исследования мож-

Erika de Wet "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes" in Dinah Shelton (Ed) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (2013).

³⁷ *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands*, App no. 65542/12 (ECHR 2013) (где утверждается, что *jus cogens* не отменяет иммунитета международных организаций). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, пункты 100–104. *Prosecutor v. Furundzija* (Judgment) ICTY-95-17/1 (10 December 1998), пункт 157 (где в качестве двух возможных последствий нарушений норм *jus cogens* упоминается отсутствие срока давности и запрещаются исключения для политических преступлений в договорах об экстрадиции в случаях нарушения норм *jus cogens* о запрете пыток).

³⁸ Соответствующие примеры включают судебные дела *Belgium vs. Senegal*, *Jurisdictional Immunities of State and the Armed Activities in the Congo case*.

³⁹ Во время рассмотрения доклада Комиссии в ходе сессии Шестого комитета Генеральной Ассамблеи 2013 года несколько делегаций выразили поддержку рассмотрения темы о *jus cogens*. Например, Португалия отметила эту тему как "крайне важную". См. краткий отчет о 17-м заседании Шестого комитета, 28 октября 2013 года (A/C.6/68/SR.17), пункт 88. Иран также выражал поддержку рассмотрения данной темы, см. краткий отчет о 26-м заседании Шестого комитета, 5 ноября 2013 года (A/C.6/68/SR.26), пункт 4.

но было бы разработать для национальных судов полезные руководящие принципы определения норм *jus cogens* и характера их взаимодействия с другими правилами международного права. Как становится очевидным из недавней практики, описанной выше, эта тема достаточно хорошо разработана на практике, чтобы обеспечить ее кодификацию и прогрессивное развитие, а также является конкретной и реализуемой.

6. Заключение

20. Никто всерьез не оспаривает тот факт, что *jus cogens* является частью современного международного права. Тем не менее конкретные очертания, содержание и последствия *jus cogens* остаются темами для дискуссий. Рассмотрев означенные элементы, Комиссия могла бы внести значимый вклад в кодификацию и последовательное развитие международного права.

21. Результаты работы Комиссии над этой темой могут иметь различные формы. Тем не менее на этом этапе наиболее подходящей формой представляется проект выводов с комментариями. Выводы, хотя они и содержат незначительное число положений нормативного характера, должны также быть сформулированы таким образом, чтобы не препятствовать развитию *jus cogens* или ослаблять действие его норм.

Избранные материалы для ознакомления

А. Документы КМП

Проект статей по праву международных договоров, с комментариями, 1966 год, том II, *Ежегодник Комиссии международного права*, 38.

Проект статей об ответственности государств за противоправные деяния, с комментариями, 2001 год, том II, часть вторая, *Ежегодник Комиссии международного права*, 31.

Выводы по результатам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права (содержится в резолюции A/61/10 Генеральной Ассамблеи), 2006 год.

Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права (окончательная редакция Мартти Коскенниеми), 13 апреля 2006 года (A/CN.4/L.682).

Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, доклад Комиссии международного права, шестьдесят третья сессия (содержится в резолюции A/66/10 Генеральной Ассамблеи), 2011 год.

В. Избранные судебные дела

1. Международный Суд

Armed Activities in the Territory of Congo (New Application 2002: DRC v Rwanda), ICJ Reports 2006, 6.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v Belgium), ICJ Reports 2002, 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Second Phase), ICJ Reports 1970, 3.

Jurisdictional of the State (Germany v Italy: Greece Intervening), ICJ Reports 2012, 99.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua. v. United States) (Merits), ICJ Reports 1986, 14.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), ICJ Reports 2012, 422.

2. Другие суды и трибуналы

Al-Adsani v UK (Application no. 35763/97), 21 November 2001 (European Court of Human Rights).

Aloeboetoe, Judgment of 10 September 1993, (Ser. C) No. 15 (1993) (Inter-American Court of Human Rights).

Arbitral Award in the Matter between the Government of Kuwait and American Independent Oil Company, (1982) 21 ILM 976.

Azanian People's Organisation (AZAPO) v Truth and Reconciliation 1996 (4) SA 562 (C) (South Africa).

Blake, Merits, Judgment of 24 January 1998, (Ser. C) No. 36 (1998).

Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal, Arbitral Award, 31 July 1989, Vol XX UNRIAA, 119.

Giraldo v. Drummond Co., 493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (United States).

Matar v. Dichter, 563 F.3d 9 (2d Cir. 2009) (United States).

Prosecutor v Furundžija (IT-95-17/1), 10 December 1998 (ICTY).

Southern African Litigation Centre and Another v National Director of Public Prosecutions and Others, High Court of South Africa (Case 77150/09, unreported), judgment of 8 May 2012 (South Africa).

Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands, App no. 65542/12 (ECHR 2013).

Ye v. Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004) (United States).

Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 763, 776–77 (4th Cir. 2012) (United States).

C. Выборочная библиография

Bassiouni, C “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63.

Benneh, EY “Sovereignty Immunity and International Crimes” (2002-2004) 22 *Ghana Law Journal* 112.

Bianchi, A “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*” (2008) 19 *European Journal of International Law* 491.

Brunnée, J “The Prohibition on Torture: Driving *Jus Cogens* Home?” (2010) 104 *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* 454.

Byers, M “Conceptualising the Relationship Between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules” (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211.

Cançado Trindade, A “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”, UN Audiovisual Library, (<http://www.un.org/law/avl>).

Cassese, A “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*” in Cassese, A (ed) *Realizing Utopia* (2012).

Charlesworth, H “Law-Making and the Sources” in Crawford, J and Koskeniemi (Eds.) *The Cambridge Companion to International Law* (2012).

Chinkin, C “*Jus Cogens*, Article 103 of the UN Charter and other Hierarchical Techniques of Conflict Solution” (2006) *Finnish Yearbook of International Law* 63.

Czaplinski, Wladyslaw “Concepts of *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* in International Law in the Light of Recent Developments” (1997-1998) 23 *Polish Yearbook of International Law* 87.

Danilenko, G “International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making” (1991) 2 *European Journal of International Law* 42.

- D'Amato, A. "It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus Cogens*" (1990) 6 *Connecticut Journal of International Law* 1.
- de Hoog, AJJ "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective" (1991) 42 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 183.
- de Wet, E "Jus Cogens and Obligations *Erga Omnes*" in D Shelton (Ed) *Oxford Handbook on Human Rights* (forthcoming).
- de Wet, E and Vidmar (eds), *J Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (2012).
- Dupuy, P "Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: a Response to Marti Koskenniemi" (2005) 16 *European Journal of International Law* 131.
- Focarelli C, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects" (2008) 77 *Nordic Journal of International Law* 429.
- Glennon, MJ "De l'Absurdité du Droit Impératif (*Jus Cogens*)" (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 529.
- Gómez Robledo, A *El Ius Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)* (1982).
- Gómez Robledo, A "Le *Jus Cogens* International: Sa Genèse, sa Nature, ses Fonctions" (1982) 172, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* 9.
- Hannikainen, L *Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status* (1988).
- Janis, MW "The Nature of *Jus Cogens*" (1988) 3 *Connecticut Journal of International Law* 359.
- Kawasaki, A "A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law in International Law" (2006) 34 *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 27.
- Kolb, R *Théorie du Jus Cogens International: Essai de Relecture du Concept* (2001).
- Kolb, R "*Jus Cogens*, Intangibilité, Intransgressibilité, Dérogation 'Positive' et 'Négative'" (2005) 109 *Revue Générale de Droit International Public* 305.
- Kolb, R "Observations sur l'Evolution du Concept de *Jus Cogens*" (2009) 113 *Revue Générale de Droit International Public* 837.
- Komicker Uhlmann, EM "The State Community Interests, *Jus Cogens* and the Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms" (1998) 11 *Georgetown International Environmental Law Review* 101.
- Meron, T "On Hierarchy of International Human Rights" (1986) 80 *American Journal of International Law* 1.
- Nieto-Navia, R *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2011).
- O'Connell, ME "*Jus Cogens*: International Law's Higher Ethical Norms" in Childress, DE III (ed), *The Role of Ethics in International Law* (2012).
- Orakhelashvili, A *Peremptory Norms in International Law* (2006).

Pellet, A “Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation” (2006) *Finnish Yearbook of International Law* 83.

Paust, J “The Reality of *Jus Cogens*” (1991) 7 *Connecticut Journal of International Law* 81.

Saul, M “Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges” (2014) *Asian Journal of International Law* (forthcoming).

Shelton, D “Normative Hierarchy of International Law” (1986) 80 *American Journal of International Law* 1.

Suy, E “Article 53: Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (‘*jus cogens*’)” in Corten, O and Klein, P (Eds.) *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary Volume II* (2011).

Tomuschat, C and Thouvenin, JM (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (2006).

Verdross, A “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on ‘The Law of Treaties’” (1937) 31 *American Journal of International Law* 571.

Verdross, A “*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law” (1966) 60 *American Journal of International Law* 55.

Verhoeven, J “Sur les ‘bons’ et les ‘mauvais’ emplois du *Jus Cogens*” (2008) *Annuario Brasileiro de Direito Internacional* 133.

Vidmar, J “Rethinking *Jus Cogens* after Germany v Italy: Back to Article 53?” (2013) 60 *Netherlands International Law Review* 1.

Virally, M “Réflexions sur le *Jus Cogens*” (1966) 12 *Annuaire Français de Droit International* 5.

Weil, P “Towards Relative Normativity in International Law” (1983) 77 *American Journal of International Law* 413.

Whiteman, MM “*Jus Cogens* in International Law: With a Projected List” (1977) 7 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 609.

Yee, S *Jus Cogens in the International Court of Justice*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (2012 forthcoming).
