



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
18 July 2000
Russian
Original: English/French

Комиссия международного права

Пятьдесят вторая сессия

Женева, 1 мая — 9 июня, 10 июля — 18 августа 2000 года

Третий доклад об ответственности государств

подготовлен Специальным докладчиком
г-ном Джеймсом Кроуфордом

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
IV. Задействование ответственности потерпевшим государством (продолжение)		
D. Контрмеры потерпевшего государства	285–367	3
1. Введение	286–291	3
2. Обзор нынешней главы III (статьи 47–50)	292–319	6
a) Статья 47 (Контрмеры потерпевшего государства)	293–297	6
b) Статья 48 (Условия, связанные с применением контрмер)	298–305	9
c) Статья 49 (Соразмерность)	306–310	13
d) Статья 50 (Запрещенные контрмеры)	311–319	16
3. Изменение формулировок положений о контрмерах потерпевшего государства	320–362	21
a) Определение контрмер	321–333	22
b) Обязательства, на которые не распространяется действие режима контрмер	334–343	27
c) Условия для принятия и сохранения контрмер	344–360	32
i) Материально-правовые условия	345–354	32
ii) Процессуальные условия	355–360	38

d) Прекращение контрмер	361	40
e) Формулировка статьи 30	362	41
4. Контрмеры и изъятие, связанное с неисполнением	363–366	41
5. Выводы в отношении контрмер потерпевшего государства	367	43

IV. Задействование ответственности потерпевшим государством (продолжение)*

D. Контрмеры потерпевшего государства

285. Оставшийся вопрос в отношении задействования ответственности потерпевшим государством касается принятия контрмер. В соответствии с подходом, который использовался до настоящего времени в отношении задействования ответственности (часть вторая *бис*), предлагается сначала рассмотреть принятие контрмер в так сказать «нормальном» случае, т.е. когда потерпевшее государство обращается к государству, несущему ответственность (единоличному или взятому в отдельности). В одном из следующих разделов настоящего доклада будет рассмотрен более широкий круг случаев, затрагивающих контрмеры, в качестве одного из аспектов более широкой группы вопросов, связанных с бывшими статьями 19, 40 и 51–53.

1. Введение

286. Положения о контрмерах, которые в настоящее время находятся в главе III части второй, активно обсуждали в период 1994–1996 годов на основе подробных докладов профессора Аранжио-Руйса⁵³⁰. Что касается проведения второго чтения, то в 1999 году состоялось предварительное обсуждение на основе второго доклада нынешнего Специального докладчика, в ходе которого был обсужден ряд общих вопросов⁵³¹. Результаты обсуждения отражены в докладе Комиссии за 1999 год следующим образом:

«В рамках Комиссии меньшинство членов высказываются за сохранение увязки между контрмерами и частью третьей. Вместе с тем, даже они не оспаривают того несоответствия, которое существует в рамках взаимосвязи между принятием контрмер и урегулированием споров. Вместо этого отстаивается идея тесной взаимосвязи из обеспокоенности по поводу опасности возможных злоупотреблений, которыми чреваты контрмеры, и необходимостью осуществления максимального контроля над их применением. [...]

[П]редложение отказаться от существующей увязки не ставит под сомнение идею о том, что вопросы, возникающие в связи с применением контрмер, могут стать объектом урегулирования споров. Тем не менее вряд ли целесообразно предоставлять возможность обязательной

* Специальный докладчик хотел бы отметить помощь, оказанную Пьером Бодо, Жаклин Пил и Анн Бодли в подготовке настоящего добавления.

⁵³⁰ См. *Четвертый доклад* (1992 год), *Ежегодник... 1992 год*, том II (часть первая), стр. 1–63; *Шестой доклад* (1994 год), документ A/CN.4/461 и Add.1–3; *Седьмой доклад* (1995 год), документ A/CN.4/469 и Add.1 и 2. Резюме обсуждений см. *Ежегодник... 1992 год*, том II (часть вторая), стр. 20–46 (пункты 117–276); *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 157–159 (пункты 275–288) и стр. 167 (пункты 347–353); *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 61 английского текста (пункты 340–343).

⁵³¹ См. A/CN.4/498/Add.4, 19 июля 1999 года и резюме обсуждений, *Доклад КМП за 1999 год*, пункты 426–453.

процедуры урегулирования споров в проекте статей лишь государству, совершившему международно-противоправное деяние. [...]

[П]ризыв к равенству в обращении между государствами в рамках существующего положения фактически является призывом к созданию общей системы урегулирования споров применительно к проекту статей... Предполагается, что проекты статей должны принять форму проекта конвенции, вопрос о которой еще предстоит решить»⁵³².

Поскольку не были решены вопросы о контрмерах, поднятых статьями 47–50, Комиссия в 1999 году не приняла точной формулировки статьи 30, в которой устраняется противоправность поведения путем принятия контрмер⁵³³.

287. С учетом предварительного обсуждения, состоявшегося в 1999 году, Специальный докладчик считает, что положения о контрмерах должны быть включены в часть вторую *бис*, однако без особой увязки с урегулированием споров. Причина для включения контрмер в часть вторую *бис* заключается в том, что в целом они должны рассматриваться как выполняющие функцию инструмента, обеспечивающего исполнение, а не как карательные меры или санкции. Причина устранения увязки контрмер с урегулированием споров вкратце заключается в том, что такая увязка предоставляет государству-объекту право (*ex hypothesi*, государству, совершившему международно-противоправное деяние) в одностороннем порядке задействовать третейское урегулирование, между тем такое право должно быть в равной степени предоставлено и потерпевшему государству вместо принятия контрмер. Если контрмеры будут подробно рассматриваться в части второй *бис*, то в главе V части первой простой ссылки на них будет достаточно.

288. Насколько можно судить, это мнение получило общую поддержку в Комиссии, по крайней мере в первом приближении. С другой стороны, если согласия в отношении содержания положений о контрмерах достигнуто не будет (в частности, в том, что касается режима контрмер в отношении многосторонних обязательств), придется, возможно, рассмотреть и другие варианты. Из них наиболее очевидным было бы дальнейшее уточнение условий для принятия контрмер в главе V части первой.

289. Следует отметить, что в деле *Габчиково-Надъямарош* Международный Суд при рассмотрении контрмер в целом поддержал баланс, установленный в проектах статей, уточнив ряд вопросов. В двустороннем контексте, где не затрагивается вопрос о запрещенных контрмерах, Суд одобрил четыре самостоятельных элемента правового режима контрмер: а) контрмеры должны приниматься в ответ на противоправное деяние⁵³⁴; б) им должно предшествовать требование потерпевшего государства о соблюдении соответствующих норм⁵³⁵; в) контрмеры должны быть пропорциональными, в смысле «соразмерными причиненному ущербу с учетом затронутых прав»⁵³⁶; и d) контрмеры должны преследовать цель «побудить государство-нарушитель

⁵³² Там же, пункты 450–452.

⁵³³ См. Доклад КМП за 1999 год, пункт 344.

⁵³⁴ ICJ Reports, 1997 p. 7 at pp. 55–56 (para. 83).

⁵³⁵ Ibid., p. 56 (para. 84). Суд не упомянул требование относительно предварительного проведения переговоров. В том случае всесторонние переговоры имели место, поэтому данный момент не возник.

⁵³⁶ Ibid, p. 56 (para. 85).

выполнить свои обязательства по международному праву, и в этой связи контрмеры должны иметь обратимый характер»⁵³⁷. В частности, Суд принял концепцию контрмер, отраженную в статье 47. Он также одобрил требование соразмерности, однако добавил к нему полезные уточнения, приняв более жесткий подход по сравнению с тем, который предполагается формулировкой статьи 49.

290. В комментариях правительств относительно контрмер затрагивались как общий вопрос о том, следует ли сохранять статьи 47–50, так и конкретные вопросы формулировок и баланса⁵³⁸. В целом правительства отмечают следующее:

- трудность проведения на практике различия между контрмерами и «временными мерами защиты», о которых говорится в пункте 1 статьи 48;
- вопрос о том, должны ли контрмеры быть как-то увязаны с нарушением (т.е. понятие взаимных контрмер);
- возможность принятия «коллективных мер» и контрмер в случае нарушения многосторонних обязательств или обязательств *erga omnes*;
- последствия различия между «преступлениями» и «правонарушениями» для режима контрмер и в более общем плане вопрос относительно того, имеют ли контрмеры карательную функцию;
- воздействие контрмер на экономическое положение государства объекта и на права человека в этом государстве, а также возможное воздействие на третье государство;
- несбалансированный характер контрмер, дающий выгоды только самым сильным государствам.

291. Специальный докладчик считает, что, хотя и необходимо прислушиваться к этой критике и замечаниям, они не позволяют сделать заключение о том, что данные проекты статей необходимо исключить. По его мнению, контрмеры справедливо считаются аспектами задействия ответственности государств (т.е. «инструментальными последствиями», если пользоваться терминологией г-на Аранжио-Руйса). Сбалансированный режим контрмер более полезен для недопущения перегибов, нежели молчание по столь важному вопросу, в котором Комиссия, к тому же, в противном случае вряд ли сможет сказать свое слово. Кроме того, можно сказать, что в целом реакция на работу Комиссии по этой теме пока была положительной. По этим причинам в настоящем разделе предлагается рассмотреть существующие статьи и комментарии к ним, сделав это через призму контрмер, принимаемых потерпевшим государством (как этот термин предлагается определить в статье 40 *бис* (1)). Контрмеры в отношении многосторонних обязательств, когда принимающее их государство или государства сами не являются потерпевшими государствами, в целом вызывают более сложные проблемы, которыми можно заниматься лишь только после того, как будут решены принципиальные вопросы в отношении контрмер, принимаемых собственно потерпевшим государством.

⁵³⁷ Ibid., pp. 56–57 (para. 87).

⁵³⁸ См. *Второй доклад об ответственности государств*, 19 июля 1999 года, документ A/CN.4/498/Add.4, пункты 374–379.

2. Обзор нынешней главы III (статьи 47–50)

292. Статьи 47–50 в настоящее время образуют довольно согласованную группу, и поэтому невозможно рассматривать вопросы, затрагиваемые, например, статьей 47, в отрыве от последующих статей. В этой связи, прежде чем переходить к тематическому обсуждению вопросов, возникающих в связи с содержанием и комментариями правительств, предлагается резюмировать их основные моменты.

а) Статья 47 (Контрмеры потерпевшего государства)

293. Статья 47 предусматривает следующее:

«1. Для целей настоящих проектов статей принятие контрмер означает, что потерпевшее государство не соблюдает одно или более своих обязательств по отношению к государству, совершившему международно-противоправное деяние, с целью побудить его к соблюдению своих обязательств по статьям 41–46, если только оно не выполнило этих обязательств, и насколько это необходимо в свете его реакции на требования потерпевшего государства сделать это.

2. Принятие контрмер осуществляется с учетом условий и ограничений, предусмотренных в статьях 48–50.

3. Если контрмера против государства, совершившего международно-противоправное деяние, сопряжена с нарушением какого-либо обязательства перед третьим государством, подобное нарушение не может быть оправдано на основании настоящей главы в той части, в какой оно направлено против третьего государства».

Таким образом, статья 47 представляет собой гибрид, в котором дается определение контрмер со ссылкой на ограничения в отношении контрмер, установленные статьями 48–50, и затрагивается позиция третьих государств в связи с контрмерами.

294. Согласно комментарию, в статье 47 указывается «право потерпевшего государства» предпринимать «законные контрмеры»⁵³⁹. В отличие от этого авторы содержащегося в пункте 1 красноречивого определения воздерживаются от заявления о том, что потерпевшее государство вправе принимать контрмеры или что они являются законными. В нем просто говорится о том, что они собой представляют. Их незаконный характер запрещается не статьей 47, а в силу статьи 30. Однако в этом просматривается определенная уклончивость. Обоснование для включения контрмер в бывшую часть вторую заключается в том, что они представляют собой меры, которые могут приниматься, при определенных обстоятельствах, с тем чтобы побудить государство, нарушающее международные обязательства, выполнять свои «вторичные» обязательства в отношении прекращения и возмещения. И в комментарии они рассматриваются под тем же углом зрения, хотя в то же время там подчеркиваются пределы их применения. В частности: а) контрмеры могут приниматься лишь в ответ на поведение, которое фактически является незаконным; добросовестной убежденности в его незаконности еще

⁵³⁹ Комментарий к статье 47, пункт 1.

недостаточно⁵⁴⁰; b) их цель ограничивается тем, что «потерпевшее государство добивается прекращения и возмещения»; в частности, она носит не карательный, а инструментальный характер⁵⁴¹; c) они «могут применяться только в качестве крайней меры, когда все другие средства... не принесли результатов или будут явно неэффективными в том, чтобы побудить государство-нарушитель выполнить свои обязательства»⁵⁴²; d) они могут применяться только в той мере, в какой они «необходимы» для достижения этой цели⁵⁴³, и e) при оценке их необходимости потерпевшее государство должно учитывать «реакцию государства-нарушителя на его требования», что тем самым предполагает наличие диалога между потерпевшим государством и государством-объектом по вопросу прекращения и возмещения⁵⁴⁴. Контрмеры, как очевидно, лишь узаконивают соответствующее поведение в отношении между потерпевшим государством и государством-объектом, хотя «во взаимозависимом мире, где государства все чаще связаны многосторонними обязательствами», это не исключает возможности «случайного затрагивания положения третьих государств»⁵⁴⁵. Согласно комментарию это имеет «особое значение в случаях нарушения потерпевшим государством норм, устанавливающих обязательства *erga omnes*»⁵⁴⁶. Однако, несмотря на эту ссылку, в статьях о контрмерах практически не уделяется внимания вопросу обязательств *erga omnes*: в статьях 47–50 господствует потерпевшее государство, которому противостоит государство-нарушитель, и никто более. Как уже отмечалось, прежде чем переходить к более сложным вопросам коллективных обязательств и коллективных контрмер, целесообразно сначала рассмотреть данную ситуацию. Однако, как можно отметить, странно даже предполагать, что потерпевшее государство может нарушить обязательство *erga omnes* путем принятия контрмеры по отношению к какому-то одному государству.

295. Лишь несколько правительств представили общие комментарии по статье 47. Помимо Франции, которая считает, что «статья 47 несколько разнородна» и что определение в пункте 1, как представляется, «не имеет связи с двумя другими пунктами»⁵⁴⁷, в целом правительства ее поддерживают и выступают за усиление и уточнение некоторых воплощенных в ней принципов. Некоторые правительства призывают Комиссию не только кодифицировать существующие обычные правовые нормы о контрмерах, но также «разработать четкие, ограничивающие принятие контрмер нормы», на основании которых они могут применяться⁵⁴⁸. Например, одно правительство предлагает, чтобы «только государства, непосредственно потерпевшие в результате

⁵⁴⁰ Там же, пункт 1.

⁵⁴¹ Комментарий к статье 47, пункт 2. В этом отношении понятие контрмер в части второй уже, чем в статье 30, принятой в первом чтении, которая включает определенные «санкции».

⁵⁴² Там же, пункт 4.

⁵⁴³ Там же, пункт 5.

⁵⁴⁴ Там же, пункты 6 и 7.

⁵⁴⁵ Там же, пункт 7.

⁵⁴⁶ Там же, пункт 8.

⁵⁴⁷ A/CN.4/488, стр. 130.

⁵⁴⁸ A/CN.4/496, стр. 29, пункт 121.

противоправного деяния, имели право на ответные меры, но даже и в этом случае они должны доказать, что им причинен вред»⁵⁴⁹.

296. В отношении пунктов 1 и 3 прозвучали более конкретные замечания. Что касается пункта 1, то ряд правительств выразили обеспокоенность в связи с потенциально карательной функцией контрмер, хотя это мнение и не было всеобщим. Так, по мнению Греции, глава III в целом «более уместна для нарушений, квалифицируемых как деликты, чем для нарушений, которые представляют собой международные преступления»; она отмечает далее, что формулировки главы III должны четче отражать это различие⁵⁵⁰. В отличие от этого другие правительства решительно заявляют, что «контрмеры не должны носить карательного характера, а должны быть направлены на восстановление и возмещение или компенсацию»⁵⁵¹. Во избежание всяких сомнений по этому вопросу Ирландия предлагает добавить к пункту 1 предложение «это не включает принятия мер штрафного характера»⁵⁵². Как и все другие правительства, высказавшие комментарии по статье 47⁵⁵³, Ирландия также соглашается с воплощенным в пункте 3 принципом относительно защиты третьих государств и вместе с тем предлагает к нему незначительную поправку: «поскольку международные субъекты и органы, такие, как межправительственные организации, могут пострадать от контрмеры, направленной против какого-либо государства», правительство Ирландии предлагает заменить термин «третье государство» термином «третья сторона»⁵⁵⁴.

297. Франция и Дания (от имени стран Северной Европы) не ставят под сомнение существо пункта 3, однако заявляют при этом, что лучше было бы отразить его в отдельном положении⁵⁵⁵. Дания по сути поддерживает более общую новую формулировку статьи 47 с учетом «осторожного подхода» с целью ограничить право применять контрмеры. В этой связи она предлагает объединить статьи 47–49 в одну статью под названием «условия применения контрмер», где сначала будет установлено, что контрмеры являются незаконными, если только не соблюдены определенные условия, а затем будут перечисляться соответствующие условия⁵⁵⁶.

⁵⁴⁹ Там же.

⁵⁵⁰ A/CN.4/492, стр.17. Другое мнение см. Монголия (A/CN.4/488, стр. 128).

⁵⁵¹ A/CN.4/504, стр. 22 и 23. Сингапур критикует «очевидное противоречие» между комментариями к статьям 30 и 47 в этом отношении (см. A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 14).

⁵⁵² A/CN.4/488, стр. 131.

⁵⁵³ См. A/CN.4/496, стр. 29, пункт 121 и A/CN.4/504, стр. 23, пункт 74. По мнению Сингапура, пункт 3 сформулирован «недостаточно смело» и в проектах статей «должна быть учтена озабоченность по поводу злоупотреблений в отношении невиновных третьих государств и сделаны допуски на этот счет» (A/CN.4/488/Add.3, стр. 8, пункт 17).

⁵⁵⁴ A/CN.4/488, стр. 131.

⁵⁵⁵ Там же. Для Франции данный принцип «в этой статье неуместен (государство А, очевидно, не может мстить государству С за то, что ему сделало государство В)».

⁵⁵⁶ По мнению Дании, выступавшей от имени стран Северной Европы (там же, стр. 130), такими условиями являются:

- а) фактическое наличие международно-противоправного деяния;
- б) предварительное заявление потерпевшим государством протеста наряду с просьбой о прекращении/выплате возмещения;
- с) отклонение предложения урегулировать спор с помощью дружеских

b) Статья 48 (Условия, связанные с применением контрмер)

298. В статье 48 устанавливается ряд процессуальных условий для принятия контрмер и для того, чтобы они оставались в силе. Это была, пожалуй, самая противоречивая из четырех статей, принятых в первом чтении. Она гласит:

«1. До принятия контрмер потерпевшее государство выполняет свое обязательство по ведению переговоров, предусмотренное в статье 54. Это обязательство не затрагивает принятия потерпевшим государством временных мер защиты, которые необходимы для защиты его прав и которые в других отношениях соответствуют требованиям настоящей Главы.

2. Потерпевшее государство, принимающее контрмеры, выполняет обязательства по урегулированию спора, вытекающие из Части третьей или любой другой обязательной процедуры урегулирования спора, действующей между потерпевшим государством и государством, совершившим международно-противоправное деяние.

3. При условии, что международно-противоправное деяние прекратилось, право потерпевшего государства принимать контрмеры приостанавливается в том случае, когда — и в том объеме, в каком — процедура урегулирования спора, упомянутая в пункте 2, добросовестно осуществляется государством, совершившим международно-противоправное деяние, и спор передается на рассмотрение суда, компетентного выносить постановления, обязательные для сторон.

4. Обязательство приостанавливать контрмеры прекращается в случае невыполнения государством, которое совершило международно-противоправное деяние, просьбы или предписания, являющихся результатом процедуры урегулирования спора».

299. В комментарии отмечается главное разногласие среди членов Комиссии по статье 48. Все были согласны с тем, что должны использоваться мирные средства урегулирования споров, однако проблема заключалась в том, в какой степени это должно быть необходимым предварительным условием принятия контрмер, учитывая а) имеющиеся у государства возможности затянуть переговоры и задействовать процедуры, замедляющие процесс, и б) тот факт, что «некоторые виды контрмер (включая некоторые из наиболее легко обратимых мер, например, замораживание авуаров) могут быть эффективными только в случае их незамедлительного принятия»⁵⁵⁷. Противоречия между сохранением эффективности контрмер и предотвращением преждевременного их применения предполагается урегулировать путем установления различия между «временными контрмерами» (называемыми «временные меры защиты») и другими мерами. В комментарии говорится, что «временными мерами» являются меры, которые «необходимы... для защиты юридических прав»

процедур, в том числе обязательных процедур третейского урегулирования;

d) надлежащее и своевременное сообщение потерпевшим государством о своем намерении принять контрмеры;

e) соразмерность, т.е. меры, принимаемые потерпевшим государством, не должны быть непропорциональны тяжести международно-противоправного деяния и его последствиям».

⁵⁵⁷ Комментарий к статье 48, пункт 2.

потерпевшего государства. В отличие от этого «полномасштабные меры» — термин, употребляемый в самих статьях, — не могут применяться без предварительной попытки урегулировать спор путем переговоров⁵⁵⁸. Временные меры, как отмечается, являются имманентно обратимыми: так, например, «временное удержание имущества по сравнению с его конфискацией или приостановление действия лицензии по сравнению с ее отзывом»⁵⁵⁹.

300. Второй способ установления баланса между интересами государства, принимающего контрмеры, и государства-объекта заключается в установлении требования о том, чтобы применение контрмер приостанавливалось при определенных условиях, указанных в пунктах 3 и 4. Одним из основных моментов здесь является то, что положения статей 47–50 связаны с предложенным в первом чтении механизмом обязательного третейского урегулирования споров в отношении контрмер, о чем уже говорилось⁵⁶⁰. В комментарии резюмируются последствия этих положений следующим образом: «При выполнении основополагающих условий для контрмер, предусмотренных в статье 47, и если первоначальные переговоры не привели к урегулированию, потерпевшее государство может принимать контрмеры без предварительного задействования процедур урегулирования споров при помощи третьей стороны. Однако, если оно действительно принимает контрмеры, государство, против которого они приняты, может прибегать к обязательному арбитражу... или к другому применимому обязательному урегулированию спора при помощи третьей стороны. Если предполагаемое государство-правонарушитель прибегает к такой процедуре и делает это добросовестно и если само противоправное деяние прекратилось, то контрмеры должны быть приостановлены»⁵⁶¹. Однако такое приостановление является условным; если государство-объект не сотрудничает в рамках третейского урегулирования или не выполняет постановления или предписания третьей стороны о временных мерах, приостановление может быть прекращено⁵⁶². В комментарии выражено мнение о том, что такая система «является значительным улучшением существующих механизмов разрешения споров, связанных с применением контрмер», в частности, поскольку она позволит «ослабить тот или иной момент системы контрмер, который провоцирует нагнетание реакции»⁵⁶³.

301. Чешская Республика и Ирландия отмечают «обсуждение и споры в Комиссии» по поводу статьи 48⁵⁶⁴. Комментарии правительства по поводу нее в равной степени отражают широкий спектр зачастую противоречивых мнений. С одной стороны, Швейцария, например, «удовлетворена положениями об урегулировании споров в отношении контрмер»⁵⁶⁵. По мнению других

⁵⁵⁸ Там же, пункт 4.

⁵⁵⁹ Там же.

⁵⁶⁰ См. пункт 265 выше.

⁵⁶¹ Комментарий к статье 48, пункт 11.

⁵⁶² Там же, пункт 12, где резюмируется действие статьи 48(4).

⁵⁶³ Там же, пункт 13.

⁵⁶⁴ A/CN.4/488, стр. 131 и 132; в этом контексте Ирландия испытывает «сомнения относительно целесообразности увязки условий, связанных с контрмерами», и положений об урегулировании споров.

⁵⁶⁵ Там же, стр. 133. См. также Японию, по мнению которой, «статьи 48–50, в общем говоря, хорошо составлены, поскольку они будут предотвращать злоупотребление контрмерами путем установления не только процессуальных, но и материальных ограничений» (A/CN.4/492, стр. 17).

правительств, статью 48 следует существенным образом изменить, а то и вообще исключить. Например, Франция предлагает абсолютно новую формулировку этого положения⁵⁶⁶, а Соединенные Штаты считают, что ее следует «поместить как минимум в факультативный протокол об урегулировании споров»⁵⁶⁷. Без ущерба для своей общей позиции в отношении режима контрмер в проекте статей Соединенное Королевство предлагает добавить положение, «соответствующее статье 45 Венской конвенции о праве международных договоров и запрещающее государству обращаться к контрмерам государством после того, как оно молчаливо согласилось с нарушением своих прав»⁵⁶⁸; особое внимание следует обратить на ситуацию, когда «контрмеры могут принять несколько государств, однако главным образом потерпевшее государство может решить не принимать контрмер или даже согласиться с нарушением»⁵⁶⁹.

302. Помимо этих общих замечаний и предложений, комментарии правительств главным образом посвящены пунктам 1 и 2. В отношении пункта 1 обсуждается два главных вопроса. Первый касается обязательства вести переговоры, которое должно быть выполнено до принятия полномасштабных контрмер. Некоторые правительства явно поддерживают это положение, исходя из того, что контрмеры представляют собой «крайнее средство»⁵⁷⁰, а не «непосредственное и автоматическое последствие

⁵⁶⁶ Предложение Франции гласит следующее:

«1. Потерпевшее государство, решившее принять контрмеры, должно предварительно до их принятия:

а) предложить путем мотивированной просьбы государству, совершившему деяние, которое потерпевшее государство считает международно-противоправным, выполнить свои обязательства;

б) уведомить это государство о содержании контрмер, которые оно намеревается принять;

с) согласиться добросовестно вести переговоры с этим государством.

2. Однако потерпевшее государство может после уведомления о контрмерах, необходимых для защиты его прав, приступить к их осуществлению на временной основе.

3. Когда международно-противоправное деяние прекращается, потерпевшее государство должно приостановить контрмеры, как только стороны начнут осуществление обязательной процедуры урегулирования спора и могут быть приняты обязательные запретительные постановления.

4. Обязательство приостановить контрмеры прекращается в случае, если государство, совершившее международно-противоправное деяние, не выполняет запретительного постановления, принятого в рамках процедуры урегулирования спора».

A/CN.4/488, стр. 132.

⁵⁶⁷ Там же, стр. 133. То же правительство добавляет, что «обязательная система условий [статья 48] не имеет основания в международном обычном праве» (см. также A/CN.4/496, стр. 29, пункт 121).

⁵⁶⁸ A/CN.4/488, стр. 133. По мнению правительства Соединенного Королевства, Комиссии следует ограничиться статьей 30 и исключить статьи 47–50 (там же, стр. 128).

⁵⁶⁹ Там же.

⁵⁷⁰ Аргентина предлагает «изменить в тексте на обратную презумпцию законности контрмер», рассматриваемых в качестве «факта, который просто *допускается* современным международным правом (A/CN.4/488/Add.1, стр. 8 и 9; выделено в оригинале; см. также A/CN.4/496, стр. 18 английского текста, пункт 120 и A/CN.4/505, стр. 20 английского текста, пункт 74).

международно-противоправного деяния»⁵⁷¹. Другие не отрицают существования обязательства вести переговоры, однако толкуют его довольно узко: Япония, например, заявляет, что, когда контрмеры направлены на то, чтобы побудить государство-нарушитель как можно скорее восстановить ситуацию, существовавшую до нарушения, «времени для переговоров остается недостаточно»; в этой связи основное толкование должно заключаться в том, что «потерпевшему государству должно быть позволено принимать контрмеры в случае, если государство-нарушитель конкретным образом в течение разумного срока не ответило на его предложение»⁵⁷². Другие правительства возражают против включения такого положения, главным образом на том основании, что в отличие от требования о прекращении и возмещении обязательство вести переговоры до принятия контрмер не является частью международного обычного права⁵⁷³. По мнению Соединенного Королевства, например, пункт 1 представляет собой «новое и неоправданное ограничение для государств, которое является непрактичным и утопическим в стремительно развивающемся современном мире»⁵⁷⁴. Соединенные Штаты идут еще дальше, заявляя, что «проект должен отражать фундаментальную обычную норму о том, что контрмеры допустимы до и в течение переговоров»⁵⁷⁵.

303. Второй вопрос, возникший в связи с пунктом 1, касается ссылки на «временные меры защиты». За исключением Дании (выступающей от имени страны Северной Европы), которая предлагает «выделить понятие временных мер защиты в отдельное положение»⁵⁷⁶, по мнению других правительств, на практике будет трудно провести разграничение между временными мерами защиты и собственно контрмерами»⁵⁷⁷. С точки зрения Аргентины, временные меры «по всей видимости, будут отличаться от контрмер не по своему

⁵⁷¹ Чешская Республика добавляет, что «цель этих предварительных условий заключается в том, чтобы уменьшить возможность скоропостижного и, следовательно, неправомерного применения контрмер» (A/CN.4/488, стр. 134). Австрия и Франция (причем последняя считает, что «применение контрмер должно быть в максимально возможной степени увязано с процессом мирного урегулирования споров») также выступают за предварительное обязательство вести переговоры (там же; см. также A/CN.4/496, стр. 18 английского текста, пункт 121).

⁵⁷² A/CN.4/492, стр. 17. Аналогичным образом Ирландия полагает, что государство, желающее принять контрмеры, «должно обычно проводить переговоры с государством-нарушителем» в целях обеспечения прекращения и возмещения, однако попытки установить для них «более широкий круг обязательств до принятия контрмер» вряд ли будут успешными (A/CN.4/488, стр. 132 и 133).

⁵⁷³ Соединенные Штаты и Германия, причем, по мнению последней, «вполне разумно ожидать, что потерпевшее государство будет воздерживаться от принятия (мирных) контрмер», пока не будут исчерпаны все средства дружественного урегулирования спора (там же, стр. 134 и 135; см. также A/CN.4/504, стр. 22, пункт 74).

⁵⁷⁴ A/CN.4/488, стр. 135.

⁵⁷⁵ Там же, стр. 135.

⁵⁷⁶ Там же, стр. 134. Чешская Республика, по всей видимости, также одобряет понятие временных мер, отмечая, что их приостановление «лишило бы контрмеры смысла» (там же); см. также A/CN.4.496, стр. 29, пункт 121).

⁵⁷⁷ Германия, добавляя, что «новая категория «временных мер» может открыть дорогу попыткам обойти ограничения, традиционно действующие в отношении репрессалий» (A/CN.4/488, стр. 134). См. также Ирландия, которая опасается, что это разграничение может «лишь еще более усилить разногласия между государствами» (там же, стр. 132), и Япония, которая призывает более четко определить временные меры (A/CN.4/492, стр. 17; см. также A/CN.4/504, стр. 23, пункт 76).

характеру, а по степени интенсивности и длительности»⁵⁷⁸. Соединенное Королевство решительно осуждает «неудачную формулировку, которая может предполагать наличие концептуальной связи — что она считает совершенно неуместным — с временными мерами в Международном Суде»⁵⁷⁹. Соединенные Штаты выражают сомнение в том, будут ли временные меры защиты, «как и контрмеры, незаконными в отсутствие обусловившего их противоправного деяния»; если нет, то, с их точки зрения, в них не будет необходимости, однако в случае положительного ответа становится «неясно, каким образом в конкретных обстоятельствах этот термин мог бы применяться»⁵⁸⁰.

304. В отношении пункта 2 статьи 48 даже те правительства, которые в принципе поддерживают существование связи между принятием контрмер и режимом урегулирования споров, закрепленным в части третьей проекта, выражают определенные сомнения относительно его формулировки и базовой концепции. Чешская Республика, например, хотя «и не отвергает идею проверки, по крайней мере *a posteriori*, законности контрмер», считает, что пункт 2 «устанавливает относительно жесткую органическую связь между частями второй и третьей» и тем самым предreshает вопрос об обязательном характере последней части в ущерб «материальным нормам, касающимся контрмер»⁵⁸¹. По мнению Соединенных Штатов, «в пункте 2 имеются два недостатка в отношении предусмотренной в проекте системы арбитража». Во-первых, система обязательного арбитража, предлагаемая в пункте 2 статьи 58, «не имеет оснований в международном обычном праве, не работала бы на практике» и создала бы «серьезный дисбаланс в режиме потерпевших государств и государств-нарушителей» путем возложения «неприемлемого бремени» на первые⁵⁸². Во-вторых, ссылка на «любую другую обязательную действующую процедуру урегулирования споров» между сторонами может быть превратно истолкована как «согласие использовать процедуру урегулирования споров, когда существующая процедура требует взаимного согласия»⁵⁸³. А еще одно правительство заявило, что, даже если не будет установлено связи между принятием контрмер и процедурой урегулирования споров, использование контрмер должно быть обусловлено «отклонением со стороны государства-нарушителя предложений урегулировать спор с помощью обязательной третейской процедуры»⁵⁸⁴.

305. Что касается пункта 3, то Япония поддерживает это положение, однако считает его формулировку «чересчур расплывчатой»: она заявляет, что если указанная процедура носит судебный характер, то это надо четко указать⁵⁸⁵. По мнению Соединенных Штатов, закрепленное в пункте 3 требование «может

⁵⁷⁸ A/CN.4/488/Add.1, стр. 8.

⁵⁷⁹ A/CN.4/488, стр. 135.

⁵⁸⁰ Там же, стр. 135 и 136.

⁵⁸¹ Там же, стр. 136.

⁵⁸² Там же, стр. 136 и 137. См. также A/CN.4/504, стр. 23, пункт 75, где говорится, что государство, принимающее контрмеры, и государство-объект «должны иметь одни и те же возможности в плане использования мирных средств урегулирования споров», и Япония (A/CN.4.492, стр. 17).

⁵⁸³ A/CN.4/488, стр. 137.

⁵⁸⁴ A/CN.4/504, стр. 23, пункт 75.

⁵⁸⁵ A/CN.4/492, стр. 17.

привести к дальнейшим задержкам и злоупотреблениям со стороны государства-нарушителя»⁵⁸⁶.

с) Статья 49 (Соразмерность)

306. В статье 49 в качестве условия правомерности контрмер закрепляется базовое требование соразмерности. Она гласит:

«Контрмеры, принимаемые потерпевшим государством, не должны быть несоразмерны со степенью тяжести международно-противоправного деяния и его последствиями для потерпевшего государства».

307. В комментарии анализируется принцип соразмерности «в качестве общего требования для правомерности контрмер или репрессалий... принципиально важного элемента для определения законности контрмеры в свете имманентного риска злоупотреблений в результате фактического неравенства государств»⁵⁸⁷. Вопрос заключается не в том, существует ли такое требование, а в том, насколько жестко оно должно применяться. Этим обосновывается негативная формулировка статьи 49 («... не должны быть несоразмерны») путем ссылки на формулировки в разрешенных делах, таких, как *Naulilaa*⁵⁸⁸ и *Air Services Arbitration*⁵⁸⁹. Таким образом, требование соразмерности носит гибкий характер, что позволяет учитывать как тяжесть противоправного деяния, так и его последствия для потерпевшего государства⁵⁹⁰. В частности, оно не преследует цели «ненадлежащим образом ограничивать способность государства принимать эффективные контрмеры в отношении определенных противоправных деяний, затрагивающих обязательства *erga omnes*, например нарушения прав человека. Одновременно с этим юридически потерпевшее государство, в отличие от материально потерпевшего государства, будет в большей степени ограничено в плане выбора вида и степени интенсивности мер, которые были бы соразмерны причиненному ему юридическому вреду»⁵⁹¹.

308. Все правительства, представившие комментарии по статье 49, согласны с тем, что принцип соразмерности контрмер является частью международного обычного права⁵⁹²; некоторые считают, что он представляет собой «критически важный» элемент⁵⁹³; или «одно из фундаментальных условий, которые должны

⁵⁸⁶ A/CN.4/488, стр. 137.

⁵⁸⁷ Комментарий к статье 49, пункты 1 и 2.

⁵⁸⁸ *UNRIIAA*, vol. II, at p. 1028 (исключая «репрессалии, абсолютно не соразмерные обусловившему их акту»). Данное дело касалось вооруженных репрессалий, а не контрмер по смыслу главы III.

⁵⁸⁹ *Case Concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946*, (1978) 54 I.L.R. 304 at p. 338 (para. 83) («явно не являющимися несоразмерными по сравнению с [мерами], принятыми Францией»).

⁵⁹⁰ Комментарий к статье 49, пункты 6–8.

⁵⁹¹ Там же, пункт 9. Однако в тексте проектов статей, принятых в первом чтении, не проводится различий между «юридически потерпевшим» и «материально потерпевшим».

⁵⁹² См., например, Германия (A/CN.4/488, стр. 138, где содержится ссылка на консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения), Ирландия (*там же*), Соединенные Штаты (*там же*, стр. 140) и A/CN.4/504, стр. 22, пункт 74.

⁵⁹³ Австрия (A/CN.4/488, стр. 137).

быть выполнены для того, чтобы применение контрмер было законным»⁵⁹⁴. Несколько правительств выразили обеспокоенность по поводу формулировки статьи 49⁵⁹⁵, однако никто не выразил сомнения в уместности ссылки на степень тяжести международно-противоправного деяния⁵⁹⁶. Чешская Республика считает, что «функция принципа соразмерности становится еще более важной в случае контрмер, принимаемых в отношении преступления»; по ее мнению, «последствия преступления могут затрагивать в различной мере сообщество государств, и поэтому принцип соразмерности должен применяться к каждому потерпевшему государству индивидуально»⁵⁹⁷.

309. Вопрос, поднятый государствами в отношении статьи 49, скорее заключается в том, не следует ли уточнить это положение, добавив соответствующие элементы в определение соразмерности. Австрия, например, подчеркивая «регуляторный эффект», оказываемый принципом соразмерности, призывает доработать эту концепцию, по крайней мере в комментарии к этой статье⁵⁹⁸. Ирландия и Соединенные Штаты считают, что более полное определение этому понятию можно дать в самом проекте статьи, даже с учетом того, что «соразмерность представляет собой вопрос приблизительной, а не точной оценки и при оценке законности контрмеры не требует ни идентичности, ни эквивалентности»⁵⁹⁹. Эти правительства критикуют, в частности, то обстоятельство, что при оценке соразмерности не учитывается цель контрмеры. Ссылаясь на недавнее применение концепции соразмерности международными органами по правам человека, такими, как Европейский суд по правам человека, Ирландия заявляет, что «как конкретная цель контрмеры [т.е. прекращение и/или возмещение], так и конкретная форма испрашиваемого возмещения, если таковое имеет место, по сути могут иметь отношения к вопросу соразмерности контрмеры»⁶⁰⁰. Аналогичным образом, по мнению Соединенных Штатов, «соразмерность означает, в принципе, что контрмеры должны быть нацелены на то, чтобы побудить правонарушителя выполнить его обязательства по международному праву, и предпринимаемые в этом направлении шаги должны быть нацелены не на эскалацию, а на урегулирование спора»⁶⁰¹.

⁵⁹⁴ Чешская Республика, там же.

⁵⁹⁵ Ирландия поддерживает негативную формулировку этого условия (там же, стр. 139), а Франция предлагает заменить фразу «несоразмерны со степенью тяжести международно-противоправного деяния и его последствиями для потерпевшего государства» фразой «несоразмерны с последствиями международно-противоправного деяния для потерпевшего государства и степенью его тяжести ...»: там же.

⁵⁹⁶ См., например, Германия (там же). А по мнению Соединенных Штатов, в принятой в первом чтении формулировке «необоснованно много внимания» уделяется «нечеткой концепции» тяжести, которая «отражает лишь один аспект международного обычного права» (там же, стр. 140).

⁵⁹⁷ Там же, стр. 138.

⁵⁹⁸ Там же. По мнению правительства Германии, «оценка соразмерности должна включать изучение всех элементов, которые считаются относимыми в конкретных обстоятельствах» (там же, стр. 138).

⁵⁹⁹ Соединенные Штаты, которые добавляют, что «более высокая интенсивность реакции по сравнению с обусловившим ее противоправным поведением может быть уместна для того, чтобы заставить государство-нарушитель выполнять свои обязательства» (там же, стр. 140); см. также Ирландия (там же, стр. 139).

⁶⁰⁰ Там же, стр. 139.

⁶⁰¹ В этой связи Соединенные Штаты полагают, что «правило соразмерности должно

310. В отношении статьи 49 было затронуто еще два момента. Ирландия выражает сомнения относительно проведенного в комментарии разграничения между юридическим и материальным ущербом: она отмечает, что «во многих случаях нарушений прав человека материальный ущерб будет причиняться гражданам государства, совершающего международно-противоправное деяние», поэтому «сужение сферы охвата рассмотрения последствий международно-противоправного деяния с точки зрения юридического ущерба, понесенного потерпевшим государством, было бы чересчур ограничительным». В таких случаях «было бы неподходящим классическое понимание соразмерности в контексте контрмер как отношений между государством-нарушителем и потерпевшим государством»⁶⁰². Во-вторых, в ходе обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи было отмечено, что необходимо «рассмотреть вопрос ответственности государств в случае репрессалий, несоразмерных первоначальному нарушению»⁶⁰³.

d) Статья 50 (Запрещенные контрмеры)

311. В статье 50 уточняются пять категорий поведения, которые запрещены в качестве контрмер. Она предусматривает следующее:

«Потерпевшее государство не должно прибегать в качестве контрмеры к следующему:

- a) угрозе силой или ее применению, запрещенным в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций;
- b) крайнему экономическому или политическому принуждению с целью поставить под угрозу территориальную целостность или политическую независимость государства, совершившего международно-противоправное деяние;
- c) любому поведению, которое нарушает неприкосновенность дипломатических или консульских представителей, помещений, архивов и документов;
- d) любому поведению, которое ущемляет основные права человека; или
- e) любому другому поведению в нарушение какой-либо императивной нормы международного права».

312. В начале обширного комментария к статье 50 отмечается частичное совпадение подпункта (e) и подпунктов (a) и (d), которое оправдывается в силу необходимости избежать дискуссии относительно императивного характера этих конкретных норм⁶⁰⁴. Далее в нем последовательно рассматриваются следующие исключения:

обеспечивать оценку целей, которые достигаются путем принятия контрмер, в дополнение к важности принципа, который задействуется при наличии предшествующего противоправного деяния» (там же, стр. 141).

⁶⁰² Там же, стр. 139 и 140.

⁶⁰³ A/CN.4/504, стр. 22, пункт 74.

⁶⁰⁴ Комментарий к статье 50, пункт 1.

а) вооруженные репрессалии или контрмеры, включающие использование вооруженной силы, прямо исключаются Декларацией о дружественных отношениях, а также современной доктриной и практикой⁶⁰⁵;

б) далее в комментарии более подробно обосновывается исключение «крайних экономических или политических мер [которые] могут иметь такие же серьезные последствия, как и последствия, возникающие в связи с применением вооруженной силы»⁶⁰⁶. Однако проблема здесь заключается в том, что контрмеры по своей самой сути носят принудительный характер: они принимаются с целью побудить государство сделать то, что оно обязано, но не желает делать. В той мере, в какой крайние меры исключаются Уставом Организации Объединенных Наций, они, естественно, не могут быть узаконены проектами статьи: в той мере, в какой они не исключаются (и при условии, что они отвечают другим требованиям проектов статей, особенно соразмерности), их *смысл* заключается в их принудительном характере. В комментарии предпринята попытка отразить этот момент. В нем отмечается, что «в случае чересчур широкой формулировки подпункт (b) может быть равносителен полузапрещению контрмер», при этом указывается, что статья 50 ограничивает «запрещенное поведение» мерами крайнего экономического или политического принуждения; кроме того, «словосочетание «с целью» указывает на враждебные или карательные намерения и исключает поведение, способное в отдаленной перспективе и непреднамеренно угрожать территориальной целостности или политической независимости государства»⁶⁰⁷;

с) что касается дипломатической неприкосновенности, то в комментарии отмечается, что она распространяется «на те нормы дипломатического права, которые должны гарантировать физическую безопасность и неприкосновенность дипломатических агентов, помещений, архивов и документов при всех обстоятельствах, включая вооруженные конфликты»⁶⁰⁸. Эта защита имеет особое значение в том случае, когда два государства ссорятся друг с другом, что вполне может быть в случае, когда раздаются угрозы в отношении принятия контрмер или же когда они фактически принимаются;

д) что касается запрета контрмер, затрагивающих основные права человека, то в комментарии отмечается, что исторически он проистекает из запрета репрессалий против лиц, защищаемых международным гуманитарным правом, а впоследствии он был распространен на защиту лиц в силу стандартов в области прав человека, отступления от которых не допускаются. Однако же проблема здесь заключается в том, что контрмеры против какого-либо государства по своей самой сути не могут разрешать нарушение незыблемых прав человека, бенефициарами которых являются третьи стороны, по отношению к государству-объекту, даже если они являются его гражданами. Вопрос, скорее, заключается в «негуманных последствиях [являющихся] косвенным результатом мер, направленных против государства-

⁶⁰⁵ Там же, пункт 2, цит. резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, принцип 1, пункт 6.

⁶⁰⁶ Комментарий к статье 50, пункт 5.

⁶⁰⁷ Там же, пункт 14.

⁶⁰⁸ Там же, пункт 16.

нарушителя»⁶⁰⁹. В комментарии приводятся случаи бойкотов и других мер, которые исключают «предметы, предназначенные для облегчения людских страданий» или мероприятия, «направленные на оказание гуманитарной помощи»⁶¹⁰. Опять же сложность заключается в том, что такие изъятия вовсе не обязательно включают поведение потерпевшего государства, которое от него юридически требуется в соответствии с нормами о правах человека: однако сколь бы такие изъятия не согласовывались с гуманитарными соображениями, государство в целом не обязано с точки зрения юридических норм о правах человека допускать осуществление гуманитарной деятельности его гражданами или должностными лицами на территории другого государства. Более убедительным основанием подпункта (d) является то, что контрмеры «по существу представляют собой вопрос между соответствующими государствами» и что такие меры «должны иметь минимальные последствия для частных сторон во избежание коллективного наказания»⁶¹¹;

е) и наконец, в отношении остаточного исключения поведения, отступающего от других императивных норм, в комментарии никаких примеров не приводится: по существу в нем отмечается, что подпункт (e) «строго говоря, не нужен, поскольку по своей сути нормы *jus cogens* не допускают отступлений путем принятия контрмер или иными способами». Однако ссылка на императивные нормы «обеспечит постепенную корректировку статьи в соответствии с эволюцией права в этой области, и поэтому будет служить полезной цели»⁶¹².

313. Мнения правительств, представивших комментарии по статье 50, как представляется, значительно расходятся относительно ее общей цели и содержания. С одной стороны, часть из них (Чешская Республика и Ирландия, например) подчеркивают, что «интересы международного сообщества требуют того, чтобы определенные виды контрмер были запрещены»⁶¹³, и в этой связи они поддерживают перечисление запретов, «большинство из которых относится к *jus cogens*»⁶¹⁴. Ирландия, хотя и не согласна с некоторыми конкретными элементами перечня, отмечает, в частности, что последние нескольких десятилетий «все шире признается, что существует определенное поведение со стороны государства, которое должно быть запрещено при любых обстоятельствах и которое в этой связи логически не должно допускаться даже в ответ на предшествующее противоправное поведение другого государства»⁶¹⁵. Ряд правительств, с другой стороны, полагает, что статья 50 в целом не отражает практику государств и международное обычное право⁶¹⁶. В

⁶⁰⁹ Там же, пункт 20.

⁶¹⁰ Там же, пункт 21.

⁶¹¹ Там же, пункт 22.

⁶¹² Там же, пункт 26.

⁶¹³ A/CN.4/496, стр. 29, пункт 121.

⁶¹⁴ Чешская Республика (A/CN.4/488, стр. 142). Аналогичным образом Ирландия «решительно поддерживает подробное перечисление в проекте статьи 50 материальных пределов и мер, которые могут на законном основании приниматься в порядке контрмер»; там же. Дания, от имени стран Северной Европы, выступает за сохранение положения о запрещенных контрмерах, «содержащегося в статье 50»; там же.

⁶¹⁵ Там же.

⁶¹⁶ Соединенные Штаты, которые добавляют, что они «могут усилить, а не разрешать споры»; там же, см. также Сингапур (A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 13) и A/CN.4/496, стр. 28, пункт 120.

числе других Сингапур критикует статью 50 за то, что в ней не отражен «ключевой вопрос о том, должны ли принятые меры иметь отношение или иметь какую-то связь с нарушенным правом»⁶¹⁷. Соединенные Штаты считают это «ненужным» в той степени, в какой норма соразмерности в статье 49 будет в целом «ограничивать диапазон допустимых контрмер и в большинстве обстоятельствах будет препятствовать обращению к мерам перечисленным в статье 50»⁶¹⁸. Они также обеспокоены тем, что это положение «может добавлять дополнительные пласты материально-правовых норм к существующим режимам, не проясняя при этом ни специальные нормы, ни правовые нормы об ответственности государств», при этом в качестве примера приводятся нормы о дипломатических и консульских сношениях⁶¹⁹.

314. По подпункту (а) правительства представили немного комментариев, хотя Франция считает, что его формулировка является «странной», и предлагает формулировку, основанную на статье 52 Венской конвенции о праве международных договоров⁶²⁰. Напоминая о том, что в соответствии с резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи государства обязаны воздерживаться от актов репрессалий, связанных с применением силы, Ирландия «выражает полное согласие с ограничением в отношении контрмер, указанных в этом подпункте», что «подразумевает признание роли Организации Объединенных Наций и ее органов в этой области»⁶²¹.

315. В отличие от этого мнения относительно подпункта (b) разделились. В число его сторонников, по меньшей мере косвенно, вошли те государства, которые в общем настроены критически по отношению к применению контрмер на том основании, что «применение контрмер будет более выгодным для более сильных государств и потенциально подорвет любую систему, основанную на равенстве и справедливости»⁶²². По словам Сингапура, «более сильное в экономическом или политическом плане государство неизбежно будет иметь больше возможностей принимать эффективные контрмеры по сравнению с более слабыми государствами, особенно развивающимися и наименее развитыми государствами. Подобным образом, воздействие контрмер, принятых в отношении более слабых государств, в общем будет гораздо более сильным, чем воздействие на более сильные государства»⁶²³. Вместе с тем, некоторые правительства весьма отрицательно отнеслись к этому подпункту. Франция считает, что он не имеет основы в обычном праве и должен быть исключен⁶²⁴. Япония выразила опасения о том, что он «может

⁶¹⁷ A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 13; см. также Соединенные Штаты (A/CN.4/488, стр. 145).

⁶¹⁸ Там же.

⁶¹⁹ Там же; Соединенное Королевство утверждает, что установленные в статье 50 ограничения «не являются удовлетворительными»; там же.

⁶²⁰ Там же, стр. 152; положение гласило бы следующее: «угрозы силой или ее применения в нарушение принципов международного права, воплощенных в Уставе Организации Объединенных Наций».

⁶²¹ Там же, см. также A/CN.4/504, стр. 22–23, пункт 74, в котором подчеркивается, что «вооруженные контрмеры запрещены пунктом 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, который стал обычной нормой международного права».

⁶²² Сингапур (A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 15); см. также A/CN.4/496, стр. 28, пункт 120, и Аргентина (A/CN.4/488/Add.1, стр. 9).

⁶²³ A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 15.

⁶²⁴ A/CN.4/488, стр. 153.

воспрепятствовать принятию практически любых контрмер»⁶²⁵. Соединенное Королевство и Соединенные Штаты подвергли критике его расплывчатую и субъективную формулировку⁶²⁶, при этом правительство Соединенного Королевства добавило, что «если первоначальное противоправное поведение заключается в «крайнем экономическом или политическом принуждении» в отношении потерпевшего государства, то трудно понять, почему это государство не может принять таких же мер по отношению к государству-нарушителю»⁶²⁷. Ирландия и Швейцария были в большей степени настроены в пользу этого подпункта. По мнению правительства Ирландии, существует определенная государственная практика в его поддержку, хотя сохраняются сомнения относительно того, что все согласятся с тем, что такое поведение запрещено *во всех обстоятельствах*: поэтому это положение является *lex ferenda*⁶²⁸. Кроме того, оно считает, что «некоторые такие ограничения на принятие контрмер являются желательными», несмотря на то, что термин «крайнему» не является точным. По его мнению, эта проблема могла бы быть решена с помощью акцента на «жизненно важных интересах населения государства-нарушителя в отличие от жизненно важных интересов самого государства»: в частности, по его мнению, контрмеры не должны «лишать население государства средств к существованию»⁶²⁹. Выступая в аналогичном ключе, Швейцария интересуется, почему запрет в подпункте (b) не распространяется на «иные виды принуждения, например, контрмеры в области экологии», и предлагает исключить слова «экономическую или политическую»⁶³⁰.

316. По подпункту (c) было высказано несколько комментариев. Ирландия снова выразила мнение о том, что он является *de lege ferenda*, поскольку неприкосновенность дипломатических и консульских агентов, помещений, архивов и документов может не существовать «во всех обстоятельствах»: однако она четко поддерживает это положение и отмечает, что «существуют другие меры, которые могут быть приняты на законных основаниях в ответ на международно-противоправное деяние в отношении дипломатического или консульского персонала и собственности и которые не будут столь вредны для функционирования международно-правовой системы, например, разрыв дипломатических отношений между потерпевшим государством и государством-нарушителем»⁶³¹. Подобным образом, Соединенные Штаты «решительно» поддерживают подпункт (c), который, однако, «не следует неправильно толковать как исключаящий меры, принимаемые на основе взаимности»⁶³².

317. В связи с подпунктом (d) развернулась аналогичная дискуссия, что и в отношении подпункта (b). Для некоторых государств его формулировка,

⁶²⁵ A/CN.4/492, стр. 18.

⁶²⁶ A/CN.4/488, стр. 154; по мнению Соединенного Королевства, «в любом случае непонятно, каким образом можно было бы подойти к определению «крайних мер».

⁶²⁷ Там же.

⁶²⁸ Там же, стр. 153 (курсив в оригинале).

⁶²⁹ Там же, стр. 153; см. также Сингапур, указывающий на «иронию», когда страдания в результате контрмер причиняются населению, которое «и так уже страдает от репрессивного режима» (A/CN.4/488/Add.3, стр. 7, пункт 16).

⁶³⁰ A/CN.4/488, стр. 153–154.

⁶³¹ Там же, стр. 154–155.

⁶³² Там же, стр. 151–152, примечание 116.

особенно выражение «основные права человека», не является «четко определенной»⁶³³ и, скорее всего, создаст проблему, поскольку «если в отношении того, что представляют собой «основные права человека», и существуют области, где имеется консенсус, то их очень мало»⁶³⁴. По мнению Соединенного Королевства, он «вызывает симпатии», но вместе с тем «труден для уяснения и непозволительно широко сформулирован». Отмечая, что «большинство контрмер направлено не против отдельных лиц, а представляют собой меры, принимаемые одним государством против другого», правительство Великобритании интересуется «каким образом любая признаваемая контрмера в известном смысле этого слова может быть равносильна «поведению, которое ущемляет» фундаментальные права подобного рода» или «другие общепризнанные права человека». По его мнению, подпункт (d) поднимает материально-правовые вопросы, и это подтверждает, что не следует подробно разрабатывать нормы, регулирующие контрмеры в проектах статей⁶³⁵. Вместе с тем, Ирландия «согласна с общей направленностью ограничений» в отношении основных прав человека. Как и другие правительства, она считает, что выражение «основные права человека» является «слишком общим и неточным», но полагает, что «возможно определить некоторые из таких прав, отход от которых недопустим» даже во время войны или других чрезвычайных ситуаций в государствах. Правительство Ирландии ссылается в этой связи на «значительную степень согласованности» между разными договорами в области прав человека относительно перечня прав, отход от которых недопустим⁶³⁶. Ссылаясь, в частности, на статью 4 Международного пакта о гражданских и политических правах, оно предложило содержащийся в ней перечень включить в проект статьи 50. Соответственно, оно рекомендовало «в явно выраженной форме запретить контрмеры, сопряженные с отступлением от каких-либо прав, указанных в пункте 2 статьи 4 [... Пакта...], а также контрмеры, которые являются дискриминационными по своему характеру по признакам, указанным в пункте 1 статьи 4»⁶³⁷.

318. Что касается подпункта (e), то Ирландия предлагает его исключить. Хотя по ее мнению, «концепция императивных форм общего международного права получила широкое признание, такая же степень единодушия в отношении определения и формулировок конкретных норм отсутствует», и поэтому это положение нельзя в достаточной степени конкретизировать⁶³⁸. Аналогичным образом Соединенные Штаты отмечают, что «содержание императивных норм с трудом поддается определению вне контекста геноцида, обращения в рабство и пыток»⁶³⁹. Франция также поддержала исключение этого подпункта с учетом

⁶³³ Япония рекомендовала исключить это положение, если его нельзя еще более уточнить (A/CN.4/492, стр. 18).

⁶³⁴ Соединенные Штаты (A/CN.4/488, стр. 157).

⁶³⁵ Там же; это же правительство также отмечает, что вопросы, о которых речь идет в комментарии (такие, как исключение из сферы действия эмбарго «предметов, необходимых для обеспечения прожиточного минимума и для гуманитарных целей»), в настоящее время являются предметом спора в Совете Безопасности и Генеральной Ассамблее.

⁶³⁶ Там же, стр. 155.

⁶³⁷ Там же, стр. 156.

⁶³⁸ Там же, стр. 157.

⁶³⁹ Там же.

ее нынешнего подхода к концепции *jus cogens*⁶⁴⁰. В отличие от этого было предложено, чтобы Комиссия «рассмотрела меры, принятые в недавние годы в отношении «отверженных» государств, которые были виновны в нарушении основополагающих норм международного права»⁶⁴¹.

319. Наконец, Франция, желая «подчеркнуть по существу условный и временный характер контрмер», предлагает добавить новую статью 50 *бис* о прекращении контрмер следующего содержания:

«Контрмеры должны прекращаться как только будут выполнены нарушенные обязательства и потерпевшее государство получит возмещение в полном объеме»⁶⁴².

3. Изменение формулировок положений о контрмерах потерпевшего государства

320. С учетом вышеизложенного можно определить следующие пять основных вопросов:

- a) определение контрмер;
- b) обязательства, на которые не распространяется действие режима контрмер;
- c) условия принятия и сохранения контрмер;
- d) прекращение контрмер;
- e) формулировка статьи 30.

Они будут рассмотрены по очереди.

a) Определение контрмер

321. Как уже отмечалось, статья 47 является гибридным положением, «определяющим» контрмеры, принимаемые потерпевшим государством, и содержащим ограничение, согласно которому контрмеры не могут затрагивать прав третьих государств⁶⁴³. Правительства высказали много комментариев и предложений в отношении этой статьи. В их основе лежит озабоченность относительно двойственного характера проектов статей о контрмерах. Их включение в часть вторую (или часть вторую *бис*) является оправданным, поскольку контрмеры являются средством — порой единственным — для того, чтобы побудить государство-нарушитель соблюдать его обязательства о прекращении и возмещении, и с учетом этого допустимы согласно международному праву. Однако они нацелены на регламентацию контрмер, и это согласуется с основной направленностью значительной озабоченности правительств относительно возможных злоупотреблений контрмерами. Эта тяжеловесность «определения» контрмер в статье 47 связана с тем, что Комиссия не была готова заявить, используя столь много слов, что контрмеры, которые отвечают конкретным критериям, являются правомерной (или «законной») реакцией на нарушение международного обязательства. Поиск

⁶⁴⁰ Там же.

⁶⁴¹ A/CN.4/496, стр. 29, стр. 121.

⁶⁴² A/CN.4/488, стр. 158.

⁶⁴³ См. пункты 271–275 выше.

путей предотвращения злоупотреблений контрмерами является совершенно правильным, однако это является необходимым побочным результатом их включения в проект, а не *обоснованием*.

322. Парадоксально, что озабоченность относительно широкого диапазона допустимых контрмер и гибридного характера статьи 47 может быть устранена с помощью более прямолинейной формулировки. Существенный момент заключается в том, что контрмеры, которые по определению являются мерами, которые в противном случае осуществлялись бы в нарушение обязательств потерпевшего государства перед государством-нарушителем, являются законными или допустимыми лишь в отношениях между этими двумя государствами, т.е. в относительном смысле⁶⁴⁴. Если в статье 47 и говорится об этом, то лишь в подразумеваемой форме, и ссылки в статье 47(3) на нарушения обязательств по отношению к третьим государствам и в статье 50(d) на нарушение прав человека еще более затушевывают этот момент. Вместо того, чтобы вкладывать в статью 47 такой смысл в подразумеваемой форме, в ней было бы более целесообразным изложить право потерпевшего государства на принятие контрмер против государства-нарушителя для цели и при условиях, указанных в соответствующих статьях⁶⁴⁵.

323. Однако по-прежнему существуют проблемы, связанные с концепцией, лежащей в основе контрмер. Следует упомянуть две из них. Первая состоит в связи между невыполнением обязательства и приостановлением действия такого обязательства. Вторая заключается в вопросе о материальной сфере охвата контрмер: должны ли они (как очевидно подразумевает статья 47) быть неограниченными или же ограниченными определенным образом — либо с помощью ссылки на «взаимные» контрмеры (принимаемые в связи с одним и тем же или тесно связанным обязательством), либо по меньшей мере с помощью ссылки на определенный критерий обратимости.

Контрмеры и приостановление выполнения обязательств, особенно договорных обязательств

324. Порой возникали сложности из-за (видимо, объяснимой) путаницы между принятием контрмер, которые в ином случае являлись бы нарушением международного обязательства, и приостановлением выполнения обязательства. Ученые подчеркнули наличие значительных ограничений в отношении приостановления действия договоров согласно Венской конвенции и задали вопрос о том, как их можно, видимо, обойти с помощью контрмер⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Как заявил Суд в деле *Габчикова-Надьямарош*, контрмеры должны быть «направлены против» государства-нарушителя: *ICJ Reports 1997 p. 7 at p. 55 (para. 83)*.

⁶⁴⁵ Соответственно, вопрос о последствиях для третьих государств можно было бы рассмотреть в контексте статьи 50. Само определение контрмер исключает меры, направленные на третьи государства. Проблема, скорее, заключается в *последствиях* контрмер для третьих государств. См. пункты 348 и 349 ниже.

⁶⁴⁶ Так, договор может быть приостановлен полностью или частично лишь в случае «существенного» нарушения, однако кардинальное требование в отношении принятия контрмер заключается в соразмерности, а не в существенности: см., например, Д. У. Грейга (D.W. Greig, “Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties” (1994) 34 *Virginia J.I.L.* 295 at p. 395), который рассматривает приостановление действия договоров как «средство правовой защиты» и утверждает, что ограничения в статьях 42(2) и 60 Венской конвенции будут «мертвыми положениями», если будут разрешены контрмеры в случае нарушений

По смыслу, принятие контрмер рассматривается как эквивалент приостановления выполнения обязательства. Как представляется, Международный Суд подтвердил эту позицию в деле, касающемся проекта *Габчиково-Надъямарош*, заявив, что

«Суд не может согласиться с аргументом Венгрии о том, что в 1989 году она, приостановив и впоследствии прекратив работы, за которые она по-прежнему отвечала в Надъямароше и Дунакилите, не приостановила действие самого Договора 1977 года и не вышла из этого Договора. Поведение Венгрии в то время может толковаться лишь как выражение ее нежелания соблюдать по меньшей мере некоторые положения Договора и Протокола от 6 февраля 1989 года, как это было оговорено в Совместном договорном плане. В результате поведения Венгрии стало невозможным завершение комплекса работ, который был четко охарактеризован в Договоре как «единый и неделимый»⁶⁴⁷.

Ясно, что Венгрия, приостановив работы, предусмотренные Договором, указала на свое нежелание выполнять некоторые положения Договора с 1989 года; кроме того, ясно, что после того, как было признано, что доводы, выдвинутые Венгрией в поддержку ее действий, являются юридически несостоятельными, этот отказ повлек за собой ответственность за нарушение самих этих положений. Может быть также так, что по существу в 1989–1990 годах Венгрия добивалась (хотя она никогда об этом четко не заявляла) приостановления действия тех частей Договора, с которыми она была не согласна. Однако ясно, что существует юридическая разница между приостановлением действия договора и отказом (будь то оправданным или неоправданным) соблюдать договор. В результате приостановления действия договора (или отделимой части договора), если это обосновано с правовой точки зрения, договор оказывается в, так сказать, подвешенном состоянии; он перестает представлять собой применимый правовой стандарт для сторон, пока его действие приостановлено и до тех пор, пока не будут приняты меры для возобновления его действия⁶⁴⁸. В отличие от этого поведение, которое не согласуется с положениями действующего договора, если оно оправдано в качестве контрмеры, не влечет за собой приостановления действия договора; договор продолжает применяться, и сторона, принимающая контрмеры, должна продолжать оправдывать его несоблюдение с помощью ссылки на критерии в отношении принятия контрмер (необходимость, соразмерность и т.д.) до тех пор, пока имеет место несоблюдение. Контрмеры не являются более важным основанием для приостановления действия договора, чем необходимость⁶⁴⁹.

325. Таким образом, существует четкое различие между мерами, принятыми в рамках права международных договоров (кодифицированного в Венской конвенции), и поведением, поднимающим вопросы ответственности государств (которые исключены из сферы действия Венской конвенции). Право договоров

несущественного характера.

⁶⁴⁷ *ICJ Report 1997*, p. 7 at p. 39 (para. 48).

⁶⁴⁸ См. Венскую конвенцию о праве международных договоров 1969 года, статья 72. В Конвенции не говорится о том, как восстанавливается действие приостановленного договора, т.е. либо по согласию сторон, либо посредством одностороннего акта произведшего такое приостановление государства и, если речь идет о последнем случае, то при каких обстоятельствах. Однако см. статью 72(2).

⁶⁴⁹ Это было подтверждено Судом: *ICJ Reports 1997*, p. 7 at p. 63 (para 101).

касается по существу содержания первичных норм и законности попыток изменить их; право ответственности рассматривает как должное существование первичных норм (будь то основанных на договоре или ином источнике) и касается вопроса о том, можно ли оправдать поведение, которое не согласуется с этими нормами, и, если нет, то каковы последствия такого поведения. Так, было бы логичным применять нормы Венской конвенции в отношении существенного характера нарушения и отделимости положений договоров при рассмотрении вопросов приостановления действия и нормы, предложенные в проекте статей в отношении соразмерности и т.д. при рассмотрении контрмер.

Сфера охвата контрмер

326. Согласно статье 47, принятие контрмер «означает, что потерпевшее государство не соблюдает одно или более своих обязательств по отношению к государству, совершившему международно-противоправное деяние». Справедливости ради следует отметить, что проекты статей ограничивают контрмеры следующим образом: а) с помощью требования о том, что принятие контрмер должно быть «необходимо» для обеспечения соблюдения вторичных обязательств прекращения и возмещения; б) посредством установления некоторых материально-правовых и процессуальных условий, связанных с принятием и продолжением применения контрмер, в частности соразмерности; и с) с помощью полного исключения некоторых мер (особенно мер, связанных с применением силы или нарушением основных прав человека). Несмотря на это, статья 47 содержит в себе чрезвычайно широкую формулировку контрмер. Государство, которое конфискует собственность другого государства или разрушает его посольство, «не соблюдает одно или более своих обязательств по отношению к государству, совершившему международно-противоправное деяние». Вместе с тем представляется сложным оправдать такие меры как средство для обеспечения соблюдения вторичных обязательств государства, против которого направлены контрмеры.

327. Одним из способов ограничения широкой сферы охвата контрмер, первоначально предложенной Специальным докладчиком Рифагеном, является понятие «взаимных контрмер»⁶⁵⁰. Такие контрмеры связаны с приостановлением выполнения обязательств по отношению к государству-нарушителю, «если такие обязательства соответствуют нарушенному обязательству или непосредственно связаны с ним»⁶⁵¹.

328. Понятие взаимных контрмер отдает явным примитивным духом, связанным с инстинктом отмщения по принципу «зуб за зуб» и идеей, согласно которой государство вряд ли может жаловаться, если оно сделало что-то другому государству и по отношению к нему было сделано то же самое или нарушено то же самое обязательство. Однако имеются серьезные возражения против понятия взаимных контрмер в качестве ограничивающего условия для

⁶⁵⁰ См. A/CN.4/498/Add.4, 19 июля 1999 года, пункты 323, 359, 383.

⁶⁵¹ *Ежегодник ... 1985 год*, том II, часть первая, стр. 12 (статья 8). Рифаген также допускает «репрессалии», связанные с приостановлением выполнения других не связанных друг с другом обязательств, на которые, однако, распространяется (сформулированное в общей форме) условие, связанное со взаимностью: там же, стр. 13 (статья 9).

принятия контрмер⁶⁵². Их можно резюмировать следующим образом: во-первых, очевидно, что взаимные контрмеры предполагают, что потерпевшее государство может принимать аналогичные или смежные меры, что и государство-нарушитель, и обстоит ли дело таким образом по существу является делом случая. Например, государство А может быть не в состоянии арестовать активы государства В на его территории (в ответ на арест его активов государством В), если государство В не имеет активов в нем. Во-вторых, понятие взаимных контрмер предполагает, что международные обязательства являются взаимными, однако это не всегда так: например, обязательство может носить односторонний характер или государство А может необратимым образом выполнить свою часть обязательств. В-третьих, соображения добропорядочности и гуманности могут исключать многие меры, независимо от того, является ли то или иное государство пострадавшим от аналогичных мер: если государство А в произвольном порядке высылает всех граждан государства В со своей территории, это не может служить оправданием для аналогичных мер со стороны государства В. Понятие взаимных контрмер (принятое в качестве одного из ограничений в отношении права принимать контрмеры) будет поощрять нарушение со стороны государства-нарушителя, к которым потерпевшее государство будет не готово прибегать.

329. Однако этот вывод (сделанный Комиссией во время первого чтения) не закрывает этот вопрос. Контрмеры будут скорее всего удовлетворять требованиям, связанным с необходимостью и соразмерностью, если они будут приниматься в связи с одним и тем же или тесно связанным обязательством, как, например, это имело место в арбитраже по делу *о воздушных перевозках*⁶⁵³. Если государство выходит за рамки непосредственного контекста спора, будь то меры, касающиеся воздушных перевозок или портового доступа для другого государства, и принимает не связанные с ним меры в некоторой иной области, то спор может быть скорее осложнен, чем решен. Необходимо также высказаться по поводу презумпции в пользу взаимных мер, которую можно было бы отразить, например, с помощью положения о том, что в случае наличия разумной возможности принятия взаимных контрмер любые меры, принятые в отношении не связанных обязательств, должны презюмироваться как несоразмерные. Однако было бы сложным определять, что означает «разумная возможность» для этой цели, и по размышлении Специальный докладчик пришел к выводу о том, что связь между взаимностью и соразмерностью было бы достаточным отразить в комментарии.

330. Это оставляет открытым вопрос о том, не следовало бы ли ввести новые ограничения в отношении сферы охвата контрмер, даже если они не являются строго взаимными. В деле *Габчиково-Надъямарош* Суд указал, что контрмера должна быть «обратимой». Сделав вывод о том, что «отвод вод Дуная, произведенный Чехословакией, не являлся законной контрмерой, поскольку он не был соразмерным», Суд заявил следующее:

«Поэтому не требуется переходить к другому условию, связанному с правомерностью контрмеры, а именно условию, согласно которому ее

⁶⁵² См. комментарий к статье 47, пункт (1).

⁶⁵³ *UNRIAA*, vol. 18, p. 417 (1978).

цель должна заключаться в побуждении совершившего противоправное деяние государства соблюсти его обязательство по международному праву и поэтому мера должна носить обратимый характер»⁶⁵⁴.

В данном случае проблема заключается в том, что, хотя та или иная мера может иметь обратимый характер (активы могут быть разморожены, полеты гражданской авиации — возобновлены), ее последствия в период ее действия редко будут в полной мере обратимыми, поскольку связанные с ней убытки уже будут понесены государством, против которого она направлена, и третьими сторонами. Например, авиакомпания, пострадавшая от приостановления действия соглашения о воздушных перевозках, потеряет доход (в действительности, она, будучи на грани несостоятельности, может быть вынуждена закрыться). Вместе с тем никогда не предлагалось, что государство, которое приняло эффективные контрмеры, должно выплачивать компенсацию всем тем, кто мог понести соответствующий ущерб, и что это на практике должно исключать контрмеры во многих случаях⁶⁵⁵.

331. Но понятие обратимости, тем не менее, может сохраняться. Аргумент в пользу контрмер может заключаться в том, что они действительны; они принимаются в целях достижения конкретного результата (соблюдение государством, против которого направлены меры, его международных обязательств, связанных с прекращением и возмещением) и оправданы лишь в том случае, если они по-прежнему необходимы для достижения этой цели. Невосполнимый ущерб, причиненный государству, против которого направлены меры, в нарушение международного обязательства государства, принимающего контрмеры, будет приравниваться к наказанию или санкции за несоблюдение, а не к контрмере, как она задумана в проектах статей. Сложность заключается в том, как передать эту идею. Вместо того, чтобы использовать формулировку об обратимости, представляется достаточным для этой цели, чтобы статья 47 (2) определяла контрмеры как поведение, связанное с приостановлением исполнения обязательства по отношению к государству, являющемуся их объектом⁶⁵⁶. Из этого совершенно определенно будет вытекать, что контрмеры не будут исключать возобновление выполнения, и в комментарии можно было бы изложить это требование более подробно.

Другие аспекты статьи 47

332. Другие аспекты формулировки статьи 47 носят менее противоречивый характер. Очевидно, что контрмеры могут приниматься лишь при соблюдении условий и ограничений, изложенных в следующих статьях. Нет никаких сомнений в том, что об этом необходимо сказать, однако для этого не нужно отдельного пункта. Кроме того ясно, что в соответствии с проектами статей контрмеры задуманы как средство достижения цели, а не как наказание. Они

⁶⁵⁴ *ICJ Reports* 1997, p. 7 at p. 57 (para 87).

⁶⁵⁵ Разумеется, существует различие между теми, чьи права по отношению к потерпевшему государству затрагиваются контрмерой, и теми, кто затрагивается такой мерой косвенным образом. Торговое эмбарго в отношении государства В вполне может затронуть третьи стороны, осуществляющие торговлю в государстве В или с ним; это весьма отличается от торгового эмбарго, направленного против этих третьих государств как таковых.

⁶⁵⁶ В этой связи Специальный докладчик предлагает вернуться к формулировке г-на Рифагена, содержащейся в его шестом докладе: *Ежегодник ... 1985 год*, том II, часть первая, стр. 12–13.

могут приниматься лишь с тем, чтобы побудить государство-нарушитель выполнить его обязательства, связанные с прекращением и возмещением. Соответственно, до принятия контрмер необходимо, чтобы потерпевшее государство обратилось к государству-нарушителю с призывом выполнить обязательства и чтобы последнее не сделало бы это или отказалось бы сделать это⁶⁵⁷. Обстоятельство необходимости, оправдывающее контрмеры, возникает не в силу самого нарушения, а в силу того, что государство впоследствии не стало выполнять эти обязательства. Очевидно, что для установления такого факта невыполнения необходимо сначала обратиться к государству-нарушителю с призывом выполнить обязательство.

333. Ниже Специальный докладчик предлагает вариант статьи 47, учитывающей эти выводы⁶⁵⁸.

b) Обязательства, на которые не распространяется действие режима контрмер

334. В своем нынешнем виде статья 50 (Запрещенные контрмеры) объединяет в себе несколько довольно разных запретов⁶⁵⁹. Цель некоторых подпунктов состоит в исключении некоторых форм контрмер вообще (подпункты (а), (с) и (е)). По меньшей мере один подпункт (подпункт (b)) касается последствий контрмер и предусматривает, что они не могут предусматривать определенные формы «крайнего... принуждения». Один подпункт (подпункт (d)), исключающий отступление от «основных прав человека») навеян некоторыми прочно установившимися запретами на репрессалии в области международного гуманитарного права, и в связи с ним также возникает отдельный вопрос о том, следует ли рассмотреть воздействие контрмер, косвенным образом негативно сказывающихся на основных правах человека. Однако более целесообразным и четким представляется различие между обязательствами, действие которых нельзя приостанавливать с помощью контрмер, и обязательствами, которые должны соблюдаться во время принятия контрмер — иными словами, между субъектом контрмер и их воздействием. Видимо, было бы целесообразным разбить статью 50 на две статьи: статью (в связи со статьей 47), в которой решается первый вопрос, и статью, в которой решается второй вопрос.

Контрмеры с применением насилия

335. Что касается вопроса о контрмерах, то первое и бесспорное исключение — это контрмеры с применением насилия (нынешняя статья 50(a)). Нормы, касающиеся применения силы государствами в международных отношениях, являются первичными нормами, содержащимися или указанными в Уставе, вместе, видимо, с некоторыми другими нормами, соблюдаемыми в общепринятой международной практике. С учетом того, что эти нормы содержатся в Уставе, они наделяются преимущественной силой в соответствии со статьей 103; в любом случае, существует широко распространенное мнение

⁶⁵⁷ В деле *Габчикова-Надьямарош* (ICJ Reports 1997 p. 7 at p. 56 (para. 84) Международный Суд указал, что «потерпевшее государство должно обратиться с призывом к государству, совершающему противоправное деяние, прекратить его противоправное поведение или выплатить возмещение за него».

⁶⁵⁸ См. ниже пункт 367.

⁶⁵⁹ Текст статьи 50 и комментарий к нему см. выше, пункты 289–297.

о том, что если какие-либо нормы международного права имеют статус императивных норм, то это именно эти нормы. С точки зрения различия между первичными и вторичными обязательствами эти нормы являются первичными; и цель проектов статей не заключается в том, чтобы ограничить или расширить их посредством развития вторичных норм, даже если бы это было возможным⁶⁶⁰. Однако, в любом случае, в современном международном праве отсутствует основа для контрмер, связанных с применением силы, которое запрещено Уставом.

336. Таким образом, единственный вопрос состоит в формулировке пункта (а). Франция предлагает новую формулировку на основе статьи 52 Венской конвенции⁶⁶¹; это более совершенная формулировка, однако необходимы новые коррективы для учета предлагаемой концепции статьи 50, т.е. того момента, что она исключает некоторые обязательства *a priori* относительно субъектов контрмер. Соответственно, статья 50(а) должна исключать из режима контрмер «обязательства, касающиеся угрозы силой или ее применения и закрепленные в Уставе Организации Объединенных Наций».

Минимальные обязательства, необходимые для сохранения дипломатической и консульской неприкосновенности

337. Второе изъятие, предусмотренное в пункте (с), касается «поведения, которое нарушает неприкосновенность дипломатических или консульских агентов, помещений, архивов и документов». В отличие от пункта (а) эта озабоченность носит функциональный характер. Дело не в том, что дипломатическая и консульская неприкосновенность — это императивные нормы или нормы, отступление от которых не является допустимым. Скорее, пункт (с) направлен на сохранение базового уровня дипломатических сношений между двумя государствами во время, когда, по определению, их отношения скорее всего будут натянутыми. Он также направлен на то, чтобы избежать ситуации, когда дипломатический персонал и помещения в действительности становятся постоянными потенциальными заложниками как цели контрмер. В этом контексте большое значение имеют соображения Международного Суда, высказанные в решении по делу *о дипломатическом и консульском персонале*. Суд отметил, что даже предполагаемая преступная деятельность Соединенных Штатов, направленная против Ирана, не является оправданием нарушения дипломатической и консульской неприкосновенности: «само дипломатическое право предусматривает необходимые средства защиты против незаконной деятельности членов дипломатических или консульских миссий и санкций за нее»⁶⁶². Далее он сослался на нормы дипломатического права в качестве «автономного режима» и на «принцип неприкосновенности личности дипломатических агентов и помещений дипломатических миссий как на саму основу этого прочно укоренившегося режима»⁶⁶³. Очевидно, что Суд

⁶⁶⁰ Сюда входят в той степени, в какой они могут по-прежнему признаваться международным правом, нормы, касающиеся репрессалий воюющих сторон, которые являются первичными нормами, касающимися допустимого поведения в период вооруженного конфликта, а не вторичных норм в области ответственности.

⁶⁶¹ См. пункт 314 выше.

⁶⁶² *ICJ Reports* 1980, p. 3 at p. 38 (para. 83), где содержится, в частности, ссылка на статью 9 Венской конвенции 1961 года.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 566 (para. 86).

не имел в виду, что нарушение некоторого иного международного обязательства может служить оправданием для нарушения неприкосновенности.

338. Можно отметить, что ни одно правительство не предлагало исключить подпункт (с)⁶⁶⁴. Справедливо, что, как отметило одно правительство, такая неприкосновенность может не существовать «при любых обстоятельствах»; однако в комментарии следует разъяснить, что именно уважение неприкосновенности представляет собой обязательство, существующее в отношении между двумя государствами согласно применимым нормам международного права. Разумеется, это абсолютно не наносит ущерба правам принимающего государства согласно этим нормам (например, прекращать миссию, объявлять персонал *персоной нон грата*, вводить двусторонние ограничения на свободу передвижения и т.д.). Другое государство, по меньшей мере путем выведения, затронуло вопрос о том, может ли неприкосновенность дипломатических и консульских помещений и персонала быть объектом взаимных контрмер: иными словами, может ли захват государством В дипломатического персонала или помещений государства А оправдывать аналогичное задержание персонала или захват помещений государства В государством А⁶⁶⁵. Однако, как представляется, в современной практике отсутствует прецедент, когда посягательства на дипломатическую или консульскую неприкосновенность (в отличие от других привилегий) оправдывались в качестве контрмеры и — безотносительно категорической формулировки Международного Суда, приведенной выше, — не представляется желательным устанавливать такую систему исключительно для целей подпункта (с). Этот пункт следует сохранить в его нынешнем виде.

Обязательства в области разрешения споров

339. Другая функциональная потребность во время конфликта между государствами состоит в сохранении действия всех существующих положений об урегулировании споров. Как отметил Международный Суд в решении по делу *о дипломатическом и консульском персонале* в связи с двусторонним договором о дружбе, «любое предполагаемое нарушение договора одной из сторон не может лишать эту страну возможности ссылаться на положения договора, касающиеся мирного урегулирования споров»⁶⁶⁶. Хотя это положение и не включено в статью 50, оно имплицитно зафиксировано в статье 48(2), которая требует, чтобы потерпевшее государство соблюдало «любую процедуру разрешения споров», действующую в отношении между ним и государством, против которого направлены контрмеры. Однако желательно в ясно выраженной форме закрепить в статье 50, что действие обязательства, касающегося разрешения споров, не может приостанавливаться в порядке применения контрмеры.

⁶⁶⁴ См. пункт 294 выше.

⁶⁶⁵ Комментарий Соединенных Штатов в этой связи см. пункт 294 выше; обсуждение, посвященное взаимным контрмерам, см. выше пункты 327–329.

⁶⁶⁶ *ICJ Reports* 1980, p. 3 at p. 28 (para. 53). Это положение в области контрмер является аналогом принципа автономии арбитражных оговорок. См., например, Венскую конвенцию о праве международных договоров, статья 65(4) и S.M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius Publications, 1987), part 1.

Обязательства согласно стандартам в области прав человека и гуманитарному праву

340. Подпункт (d) исключает из сферы действия контрмер «любое поведение, которое представляет собой отход от основных прав человека». Как отметило одно правительство⁶⁶⁷, в этой связи возникает проблема, поскольку обязательства в области прав человека, по меньшей мере в первую очередь, не представляют собой обязательства по отношению к конкретным государствам, и, соответственно, трудно понять, как обязательство в области прав человека само по себе может стать объектом законных контрмер. Разумеется, что существует возможность, когда государство А во время принятия контрмер, направленных против государства В (например, посредством замораживания активов государства В на своей территории), может нарушить права человека определенного индивида, независимо от того, является он гражданином государства В или нет. Однако из предлагаемой формулировки статьи 47 явствует, что правомерность или законность поведения по отношению к государству В не означает, что оно законно по отношению к третьим сторонам, в том числе физическим лицам. В любом случае, сама мера не будет запрещена в таком случае лишь на основании ее последствий для третьей стороны⁶⁶⁸. Оговорка, касающаяся «основных» прав человека, может быть необходима в предлагаемой статье 48, в которой идет речь об условиях для принятия контрмер, однако она неуместна в статье 50.

341. Однако, видимо, существует необходимость отразить в статье 50 основной запрет на репрессалии в отношении физических лиц, который существует в международном гуманитарном праве. В частности, в соответствии с конвенциями 1929 года и 1949 года и Протоколом I 1977 года репрессалии запрещены против четко определенных категорий находящихся под защитой лиц, и эти запреты получили широкое признание⁶⁶⁹. Ясно, что, если применимые нормы общего международного права или международные договоры запрещают определенное поведение, представляющее собой репрессалии, действие соответствующих обязательств самих по себе не может быть приостановлено ни при каких обстоятельствах, в том числе в порядке контрмер на взаимной или иной основе⁶⁷⁰. Положению, аналогичному

⁶⁶⁷ См. пункт 295 выше.

⁶⁶⁸ Как указал Трибунал в деле Кисне, «репрессалии являются допустимыми только в отношении государства, совершившего противоправное деяние. Предположительно, может быть так, что законные репрессалии, направленные против государства-правонарушителя, негативно скажутся на тех, кто имеет гражданство ни в чем не повинного третьего государства. Однако это единственное косвенное и случайное последствие, которого потерпевшее государство на практике будет всегда пытаться избежать или максимально ограничить». *UNRIIA*, vol. II, p. 1052 (1930) at p. 1057.

⁶⁶⁹ См. K.J. Partsch, “Reprisals”, *Encyclopedia of Public International Law* (North Holland, Amsterdam, 1986) vol. 2, p. 330 at pp. 333–334, S. Oeter, “Methods and Means of Combat” in D. Fleck (eds.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 1995) at pp. 475–479, со ссылками на соответствующие положения.

⁶⁷⁰ См. статью 60(5) Венской конвенции о праве международных договоров, которая запрещает государству приостанавливать или прекращать действие какого-либо договорного положения, касающегося защиты человеческой личности, которое содержится в договорах, носящих гуманитарный характер, и особенно положения, исключающие любую форму репрессалий по отношению к лицам, пользующимся защитой по таким договорам. За включение пункта 5 в Венскую конвенцию было подано 88 голосов, 7 воздержалось, при этом никто не голосовал против. Он воспроизведен без изменений в

статье 60(5) Венской конвенции, нет места в проектах статей. Более широкий вопрос о контрмерах, которые ущемляют основные права человека, будет рассмотрен ниже⁶⁷¹.

Обязательства согласно другим императивным нормам

342. Наконец, подпункт (е) запрещает в качестве контрмер «любое иное поведение в нарушение императивной нормы общего международного права». Очевидно, что от императивной нормы, от которой два государства не могут отходить даже в силу договора, нельзя отходить посредством односторонних мер в форме контрмер. Тем не менее, несколько правительств выразили в этой связи озабоченность либо в силу их общей позиции в отношении императивных норм, либо из-за недостаточной конкретности этой категории⁶⁷². Однако реальная трудность состоит в определении существующих императивных норм, применение которых еще не исключено либо в силу самой концепции контрмер, либо в силу других особых изъятий. Например, очевидно, что такие вопросы, как запрет геноцида, обращения в рабство и пыток, исключены (как в силу основной концепции контрмер против государства, так и в силу предлагаемого эквивалента статьи 50(d) об основных правах человека)⁶⁷³. Контрмеры с применением насилия исключены в силу пункта (а) на том основании, что этот вопрос регулируется нормами, касающимися применения силы в международных отношениях (которые повсеместно рассматриваются как нормы, отход от которых недопустим)⁶⁷⁴. Таким образом, есть основания для исключения пункта (е) как ненужного. Вместе с тем, в будущем могут получить признание новые императивные нормы, и, если международное сообщество в целом придет к выводу о том, что та или иная конкретная норма является нормой, отход от которой недопустим ни при каких обстоятельствах, из этого будет следовать, что контрмеры, представляющие собой отход от этой нормы, запрещены. По этим причинам подпункт (е) следует сохранить.

343. В действительности, существуют основания для распространения действия пункта (е) на иные нормы международного права, действующие в отношениях между потерпевшим государством и государством, против которого направлены контрмеры, в отношении которых достигнуто согласие, что отход от них недопустим, независимо от того, рассматриваются ли они или нет в качестве императивных согласно общему международному праву. Вместе с тем, стандартный пример нормы, отход от которой недопустим, можно встретить в области региональных конвенций по вопросам прав человека, и вопросы о воздействии контрмер на права человека рассматриваются по-иному. Кроме того, отсутствие клаузулы о недопустимости отхода в многостороннем договоре не говорит о том, что такой отход можно свободно осуществлять; в действительности, отход может производиться лишь в случае наличия такой клаузулы. Нет сомнений в том, что двусторонний или многосторонний договор может исключать возможность принятия контрмер в случае его нарушения или в связи с его объектом. Так обстоит дело, например, с договорами

статье 60(5) Конвенции 1986 года.

⁶⁷¹ См. пункты 349–351 ниже.

⁶⁷² См. пункт 318 выше.

⁶⁷³ См. пункты 349–351 ниже.

⁶⁷⁴ См. пункт 335 выше.

Европейского союза, которые имеют свою собственную систему обеспечения исполнения⁶⁷⁵. В ВТО необходимо получать специальное разрешение на принятие ответных мер, и это также исключало бы любое остаточное право на принятие контрмер согласно общему международному праву в случае нарушения соглашений ВТО и связанных с ними соглашений⁶⁷⁶. Если клаузулы об отходе или другие договорные положения (например, положения, запрещающие оговорки) правильно толковать как указывающие на то, что договорные положения являются «непреложными», то они вполне могут исключать контрмеры⁶⁷⁷. Однако это может быть достигнуто с помощью положения *lex specialis* (нынешняя статья 37), и достаточно отметить эту возможность в комментарии к статье 50.

с) Условия для принятия и сохранения контрмер

344. Принятая в первом чтении статья 48 касается исключительно процессуальных условий для принятия и сохранения контрмер⁶⁷⁸. По уже указанным причинам в этом разделе необходимо рассмотреть как процессуальные, так и материально-правовые вопросы.

і) Материально-правовые условия

345. Здесь необходимо рассмотреть четыре следующих вопроса: соразмерность, влияние на права третьих государств, воздействие на права человека и ситуации «крайнего принуждения». Они охватываются соответственно статьями 49, 47(3), 50(d) и 50(b), принятыми в первом чтении.

Соразмерность

346. Никто не сомневается в том, что соразмерность является одним из ключевых ограничений на принятие контрмер, и сохранение отдельной статьи, касающейся соразмерности, широко поддерживается⁶⁷⁹. Речь идет скорее о его формулировке. Ясно, что необходимо учитывать как степень тяжести нарушения, так и его последствия для потерпевшего (которым, однако, может быть или не быть государство). Вместе с тем, несколько правительств высказали предложение о том, что требование о соразмерности должно быть сформулировано более строгим образом, и это говорит о том, что необходимо пересмотреть нынешнюю формулировку с двумя отрицаниями «не должны быть соразмерными». В других областях права, в которых соразмерность релевантна, это требование обычно выражается в позитивной формулировке, несмотря на то, что и в этих областях вопрос о том, что является соразмерным,

⁶⁷⁵ Что касается исключения односторонних контрмер в праве Европейского сообщества, то см., например, Cases 90 and 91/63, *Commission v. Luxembourg & Belgium* [1964] ECR 625 at p. 631; Case 52/75, *Commission v. Italy* [1976] ECR 277 at p. 284; Case 232/78, *Commission v. France* [1979] ECR 2792.

⁶⁷⁶ См. статью 3(7) Меморандума о взаимопонимании по вопросу об урегулировании споров, и что касается примера такого урегулирования, то см. решение Органа по урегулированию споров в *European Communities: Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (WT/DS27, 1999).

⁶⁷⁷ Если использовать синоним, содержащийся в консультативном заключении Международного Суда по вопросу о законности угрозы ядерным оружием или его применения, *ICJ Reports 1996* p.226 at p. 257 (para. 79).

⁶⁷⁸ См. пункты 276–283 выше.

⁶⁷⁹ См. резюме комментариев правительств, пункты 308–309 выше.

это не вопрос, который может быть точно определен⁶⁸⁰. В деле о проекте *Габчиково-Надъямарош* Международный Суд заявил, что контрмеры должны быть «соразмерными понесенному ущербу с учетом рассматриваемых прав»⁶⁸¹. Представляется ясным, что более предпочтительной является позитивная формулировка. Вопрос заключается в том, не следовало бы также ввести в статью 49 понятие цели т.е. требование о том, что соразмерность контрмер должна проверяться с помощью вопроса о том «призваны ли они побудить правонарушителя выполнить его обязательства по международному праву»⁶⁸². Это действительно требование, однако оно является одним из аспектов критерия необходимости, сформулированного в статье 47. Нет никаких сомнений что соразмерность связана с необходимостью, поскольку вполне может быть сочтено, что явно несоразмерная мера могла также быть ненужной. Однако это также и ограничение даже в отношении мер, которые необходимы в том смысле, что без них государство, против которого направлены контрмеры, скорее всего, не выполнит обязательства. В каждом случае контрмера должна быть соразмерной нанесенному ущербу, и эта функция, которая отчасти не зависит от вопроса о том, была ли контрмера необходимой для достижения конкретного результата. Поэтому Специальный докладчик предлагает, чтобы контрмеры были «соразмерны с понесенным ущербом и учитывали степень тяжести международно-противоправного деяния и его последствия» для потерпевшей стороны.

Влияние на третьи государства

347. В пункте 3 статьи 47 четко предусматривается, что контрмеры оправдывают нарушение международного права лишь по отношению к государству-нарушителю. На деле это вытекает из относительного и условного характера контрмер, уже отраженного в пункте 1 статьи 47; это также должно явствовать из изложения контрмер как обстоятельств, исключающих противоправность, в статье 30 Части первой. Правительства не выразили никаких сомнений относительно этого предложения, хотя некоторые поставили под сомнение предложение о помещении пункта 3 в статью 47 и по меньшей мере одно правительство предложило сформулировать его более широко⁶⁸³. Со своей стороны Специальный докладчик сомневается в целесообразности отдельного положения: поскольку и без того ясно, что контрмеры допускают лишь приостановление исполнения обязательства в отношениях между потерпевшим государством (или, видимо, некоторым другим государством или государствами, выступающими от его имени) и государством-нарушителем,

⁶⁸⁰ Именно по этой причине Арбитражный трибунал в деле о воздушных перевозках принял негативную формулировку: *UNRIAA*, vol 18, p. 417 (1978) at p. 444 (para. 83). Однако он, разумеется, рассматривал взаимную контрмеру в той же области воздушных перевозок, что и ограничение Франции, на которое она стала реакцией. Специальный докладчик Рифаген в ясно выраженной форме не применял критерий соразмерности по отношению к взаимным контрмерам, хотя он действительно отметил, что «элементы «соразмерности» и «временной защиты» имманентно присущи мерам, принимаемым в порядке взаимности»; *Ежегодник ...1985 год*, том II, часть первая, стр. 13. Он установил критерий «явной диспропорции» в отношении невзаимных контрмер, или репрессалий, как он их называл; там же.

⁶⁸¹ *ICJ Reports 1997*, p. 7 at p. 56 (para. 85).

⁶⁸² См. пункт 306 выше.

⁶⁸³ См. пункты 296–297 выше.

строго говоря, необходимость указывать на положение третьих сторон отсутствует. По определению, их права (т.е. исполнение обязательств потерпевшим государством перед ними) не ущемляются. Это не означает, что третьи государства могут не пострадать в результате контрмер. Контрмеры (например, в форме разрыва торговых связей, если предположить, что такой разрыв представляет собой нарушение международного права по отношению к государству, являющемуся объектом контрмер⁶⁸⁴) могут оказать косвенное или иное воздействие на третьи государства, однако это другой вопрос. Так можно выдвинуть аргумент о том, что отдельное ограничение в том, что касается прав третьих государств, является не только ненужным, но и нежелательным, поскольку оно создает *a contrario* впечатление о том, что контрмеры функционируют объективно т.е. против всего мира, хотя дело обстоит по-иному⁶⁸⁵.

348. В статьях 30 и 47(1) следует четко указать на относительное и ограниченное воздействие контрмер, которые исключают противоправность лишь по отношению к государству-нарушителю. Если это будет сделано, то тогда, строго говоря, не может возникнуть вопрос о том, оправдывают ли контрмеры нарушения обязательств по отношению к третьим государствам. Вместе с тем, предложение правительства Ирландии⁶⁸⁶ о более широком положении о защите третьих сторон является обоснованным; оно позволит четко указать на то, что контрмеры не могут оправдывать нарушения обязательств по отношению к третьим государствам.

Воздействие на права человека

349. Позиция в отношении прав человека на одном уровне аналогична позиции в отношении прав третьих государств. Очевидно, что государства не являются главными бенефициарами обязательств в области прав человека, несмотря на то, что они имеют право ссылаться на эти обязательства и обеспечивать их соблюдение. Кроме того, обязательства в области прав человека имеют свой собственный режим в отношении оговорок и отхода, который учитывает такие соображения, как национальные чрезвычайные ситуации. Таким образом, ясно, что обязательства в области прав человека (независимо от того, квалифицируются ли они в качестве «основных» или «основополагающих»)

⁶⁸⁴ См. пункт 322 выше. Что касается вопроса о том, в какой степени экономические бойкоты могут нарушать международное право, то см., например, S.C. Neff, "Boycott and the Law of Nations" (1988) 59 *B.Y.I.L.* 113.

⁶⁸⁵ Целесообразно проводить различие между контрмерами и мерами, принятыми в порядке реализации прав воюющих сторон. Это сложный комплекс норм, связанных с положением третьих государств в период вооруженного конфликта; они могут зависеть, например, от осуществления прав на досмотр и захват в открытом море, и их граждане, хотя они и не могут быть объектом как таковые, могут пострадать от мер, направленных против воюющей стороны. См., например, L. Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 1995; D. Schindler, "Transformations in the Law of Neutrality since 1945", in A. Delissen and G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead* (Nijhoff, Dordrecht, 1991), p. 367; M. Bothe, "Neutrality in Naval Warfare: What is left of traditional international law?", in *ibid.*, p. 387. Как представляется, конкретный эквивалент этого комплекса норм в области контрмер отсутствует, поскольку понятие контрмер никогда не порождало «статус» по международному праву, эквивалентный статусу воюющей стороны.

⁶⁸⁶ См. пункт 297 выше.

сами по себе не могут быть объектом контрмер, иными словами, действие обязательств в области прав человека не может приостанавливаться посредством контрмер и поведение, которое не согласуется с обязательствами в области прав человека, не может быть оправдано, если только это не допускается самим применимым режимом в области прав человека. В действительности проблема заключается в ином. Она связана со случаем, когда меры, принятые в отношении государства, оказывают воздействие на физических лиц или даже на население государства как таковое.

350. Главным образом этот вопрос обсуждался в контексте воздействия на гражданское население, особенно на детей, санкций Совета Безопасности, и эта тема выходит за рамки сферы охвата проектов статей. Однако можно отметить, что Общий комментарий 8 (1997) Комитета по экономическим, социальным и культурным правам охватывает, наряду с санкциями, вводимыми Советом Безопасности, санкции, вводимые в качестве контрмер отдельными государствами или группами государств. В Общем комментарии подчеркивается, что «независимо от конкретных обстоятельств, при введении подобных санкций во всех случаях следует принимать во внимание положения Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах»⁶⁸⁷, и далее говорится следующее:

«При рассмотрении вопроса о санкциях важно провести различие между основной целью оказания политического и экономического давления на правящую элиту конкретной страны, которое должно заставить ее соблюдать положения международного права, и связанными с этими санкциями страданиями большинства уязвимых групп в стране, ставшей объектом санкций»⁶⁸⁸.

Можно провести аналогию с другими элементами общего международного права. Например, в Протоколе I 1977 года, статья 54(1), безоговорочно предусматривается что «запрещается использовать голод среди гражданского населения в качестве метода ведения войны». В заключительном предложении пункта 2 статьи I пактов Организации Объединенных Наций о правах человека говорится, что «Ни один народ ни в коем случае не может быть лишен принадлежащих ему средств существования»: это положение легло в основу статьи 42(3) проектов статей, принятых в первом чтении⁶⁸⁹.

351. Поэтому существует целый диапазон проблем относительно воздействия контрмер на права человека, и представляются необходимыми определенные разъяснения позиции, по аналогии с нынешней статьей 50(d). С тем чтобы не создать впечатление, что действие обязательств в области прав человека как таковых может приостанавливаться посредством контрмер, в предлагаемом положении о защите третьих сторон в общем плане следует прямо указать на права человека пострадавших лиц⁶⁹⁰. Хотя некоторые правительства интересовались тем, что включает или не включает в себя ссылка на «основные» или «основополагающие» права человека⁶⁹¹, это не тот вопрос,

⁶⁸⁷ Документ Организации Объединенных Наций E/C.12/1997/8 от 5 декабря 1997 года, пункт 1.

⁶⁸⁸ Там же, пункт 4.

⁶⁸⁹ См. пункты 38–42 выше.

⁶⁹⁰ Предлагаемое положение см. пункт 367 ниже.

⁶⁹¹ См. пункт 317 выше.

который может быть каким-либо образом решен в проектах статей. Скорее, этот вопрос будет решен с помощью учета обязательств в области прав человека принимающего меры государства согласно договорному и общему международному праву.

Ситуации, связанные с «крайним принуждением»

352. Наконец, следует указать на статью 50(b), которая запрещает контрмеры, связанные с «крайним экономическим или политическим принуждением с целью поставить под угрозу территориальную целостность или политическую независимость государства, совершившего международно-противоправное деяние». Подпункт (b) оказался противоречивым и вызвал широкий диапазон комментариев правительств, включая предложение о его исключении или внесении в него радикальных поправок⁶⁹². Трудность состоит в том, что, с одной стороны, широко распространена озабоченность по поводу возможности злоупотребления контрмерами, в то время как, с другой стороны, суть контрмер состоит в том, что они являются принудительными: они, по определению, являются мерами, принятыми для того, чтобы побудить государство выполнить его международные обязательства, и мерами, которые в противном случае были бы незаконными и которые необходимы для достижения этой цели. Поэтому запрет, связанный с «крайним принуждением», столкнулся с возражениями о том 1) что ссылка на «крайнее» принуждение может означать лишь принуждение, которое является эффективным для допустимой цели; 2) что понятие «крайнее» определению не поддается; 3) что в соответствии с усиленным требованием о соразмерности «крайние» меры могут быть уместны лишь в качестве реакции на крайние и незаконные меры со стороны государства-нарушителя. Указание в пункте (b) на меры «с целью поставить под угрозу территориальную целостность или политическую независимость» государства, являющегося объектом мер, вызвало аналогичные вопросы. Предположительно мера не может правомерно иметь «целью» постановку под угрозу территориальную целостность государств, поскольку, во-первых, применение силы исключено в качестве контрмеры, а, во-вторых, территориальная целостность не может быть как таковая объектом контрмер; как и территориальный суверенитет, территориальная целостность является постоянным атрибутом государства, и на нее не распространяются меры, связанные с приостановлением действия. Что касается политической независимости, то если постановка под угрозу политической независимости государства означает, что государство должно делать что-либо, а оно отказывается это делать, т.е. выполнять свои международные обязательства, то вновь можно сказать, что в этом сама суть контрмер, в то время как если это означает, что политическую независимость государства нельзя в других отношениях ставить под угрозу, то вопрос заключается в том, каким образом контрмеры, которые были бы в противном случае законными согласно проектам статей, могли бы иметь такое действие.

353. Затем возникает другая проблема, заключающаяся в том, что подпункт (b) запрещает лишь меры, которые связаны с «крайним» принуждением и которые имеют своей целью поставить под угрозу территориальную целостность или политическую независимость. Это дает основания полагать, что менее крайние

⁶⁹² См. пункт 315 выше.

меры, рассчитанные на то, чтобы поставить под угрозу территориальную целостность (например, меры по борьбе с интервенцией или по борьбе с мятежниками), могут быть законными. Так, если государство А позволяет группе сепаратистов или мятежников вести вещание с его территории против соседнего государства В, государство В может аналогичным образом позволить группе мятежников, пытающейся отделиться от государства А, производить вещание. Вещание, даже если оно незаконно, обычно не представляет собой форму «крайнего принуждения».

354. Поэтому формулировка пункта (b) страдает недостатками, и вопрос стал заключаться в том, можно ли составить некую альтернативную формулировку для того, чтобы дать гарантии от злоупотребления контрмерами, помимо ограничений, включенных в другие статьи. Существуют основания для того, чтобы исключить пункт (b), однако, по размышлении, Специальный докладчик сделал вывод о том, что проблема, которую он призван решить, является реальной. Он предлагает положение о том, что контрмеры не могут ставить под угрозу территориальную целостность или приравниваться к вмешательству во внутреннюю юрисдикцию государства, являющегося их объектом⁶⁹³. Очевидно, что вопрос о том, соблюдает ли государство свои международные обязательства, связанные с прекращением или возмещением, не является вопросом его внутригосударственной юрисдикции, однако контрмеры не должны использоваться в качестве предлога для вмешательства в другие вопросы, входящие во внутреннюю компетенцию государства-нарушителя и не связанные с вопросом о выполнении им международных обязательств; такие вопросы по-прежнему находятся под защитой принципа внутренней юрисдикции.

ii) Процессуальные условия

355. С учетом выводов Комиссии, сделанных в 1999 году и уже резюмированных⁶⁹⁴, при обсуждении статьи 48 следует исходить из того, что в проектах статей не установлена органическая связь между контрмерами и каким-либо конкретным методом разрешения споров. По крайней мере на данном этапе функция Комиссии заключается в формулировании положений о контрмерах исходя из того, что а) она пытается изложить в порядке кодификации и прогрессивного развития соответствующие положения о контрмерах согласно общему международному праву, и б) что, согласно общему международному праву, государства имеют право (а также обязательство) разрешать свои споры мирными средствами по их выбору. Однако это не означает, что в проектах статей не следует указывать на формы

⁶⁹³ Декларация 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 в части, касающейся принципа невмешательства, предусматривает следующее: «Ни одно государство... не имеет права вмешиваться прямо или косвенно *по какой бы то ни было причине* во внутренние и внешние дела другого государства... Каждое государство имеет *неотъемлемое* право выбирать свою политическую, экономическую, социальную и культурную систему без вмешательства в какой-либо форме со стороны какого бы то ни было другого государства» (курсив добавлен). Аналогичные заявления содержатся в большом числе резолюций, договоров и других документах.

⁶⁹⁴ См. пункт 265 выше.

разрешения споров, которые могут быть применимы к сторонам в том или ином конкретном случае.

356. Положения статьи 48 и активная дискуссия, которую она вызвала, уже отмечались⁶⁹⁵. Были подняты три разных вопроса:

- а) первоначальное требование об уведомлении о споре;
- б) связь между принятием контрмер и требованием проводить переговоры (и компромиссное положение о «временных мерах защиты»);
- с) положение о приостановлении контрмер в случае, если спор представлен на добросовестной основе на третейское разбирательство.

357. Что касается первого вопроса, то ясно, что пострадавшее в результате нарушения международного права государство, рассматривающее вопрос о принятии контрмер в ответ на это нарушение, должно сначала обратиться к государству-нарушителю с требованием выполнить его обязательства, связанные с прекращением и возмещением⁶⁹⁶. Независимо от того, какая может быть занята позиция в отношении формальных требований для ссылки на ответственность⁶⁹⁷, государство не может принимать контрмеры, не дав государству-нарушителю возможности ответить на его жалобу. В действительности, это очень кратко отмечено в принятой в первом чтении статье 47(1), в соответствии с которой необходимость в контрмерах оценивается в свете реакции на требования потерпевшего государства. Однако ничего не сказано о том, как эти требования должны формулироваться. В своем переформулированном варианте статьи 48 Франция предлагает, чтобы потерпевшее государство «направляло обоснованную просьбу» государству-нарушителю с призывом к нему выполнить обязательство, уведомляло его о предлагаемых контрмерах и соглашалось на переговоры. Однако до этого (с даты уведомления) оно может «принимать в предварительном порядке такие меры, которые могут понадобиться для защиты его прав»⁶⁹⁸. На деле, это сводит воедино в новой, более конкретной (и, по мнению Специального докладчика, более совершенной) формулировке два элемента, содержащиеся в статье 48(1), принятой в первом чтении. Однако независимо от того, как может быть занята позиция в отношении второго элемента о временных мерах, представляется желательным установить конкретное требование о том, чтобы до принятия контрмер к государству-нарушителю обращался призыв выполнить его обязательства, а оно не делает этого или отказывается сделать это. В ситуации, когда контрмеры необходимы или могут быть необходимыми, следует установить сравнительно короткий период для ответа; однако с учетом разнообразия возможных случаев не представляется целесообразным устанавливать какой-либо конкретный срок в самой статье 48.

358. Что касается второго момента, то существует общее согласие о том, что стороны спора, потенциально связанного с контрмерами, должны соблюдать процедуры разрешения споров, действующие в отношениях между ними. Нынешнюю статью 48(2), в которой это говорится, следует сохранить. Однако

⁶⁹⁵ См. пункты 298–305 выше.

⁶⁹⁶ Согласно Международному Суду, это требование уже существует в общем международном праве: см. примечание 535 выше.

⁶⁹⁷ См. пункты 234–238 выше.

⁶⁹⁸ Полный текст предложения Франции см. в примечании 566 выше.

вопрос заключается в том, должно ли обязательство проводить переговоры в случае спора быть одним из предварительных условий для принятия контрмер в любой форме или по меньшей мере на любой другой основе, помимо временной. В этой связи можно высказать следующие соображения:

а) независимо от того, будет ли в явно выраженной форме установлен критерий «обратимости» контрмер, суть контрмер заключается в том, что они являются инструментом, а не наказанием, и что они должны прекращаться, если государство-нарушитель выполняет свои международные обязательства. В этом смысле они *всегда* носят временный характер;

б) формулировка о «временных мерах защиты», принятая в статье 48(1) в первом чтении, не является ясной и приводит к смешению с временными мерами, указываемыми или устанавливаемыми международными судами и трибуналами⁶⁹⁹. Очень краткое «определение» таких мер также не является удовлетворительным;

с) даже если статья 48(1) сформулирована плохо, существует значительное различие между мерами, принимаемыми немедленно и на временной основе в ответ на нарушение (например, временный отзыв лицензии, временное замораживание активов), и мерами, которые, хотя и можно прекратить, носят более определенный характер (например, отзыв лицензии, которую можно, тем не менее, вновь выдать; передача активов в той или иной форме под управление или в распоряжение — которое, тем не менее, может быть прекращено). Проекты статей должны поощрять более взвешенную реакцию, а также возможность для переговоров, если их можно провести, и при этом в конечном счете не будет нанесен ущерб правам потерпевшего государства;

д) хотя во время обсуждения статьи 48 в первом чтении определенную поддержку получило положение о приостановлении принятия всех контрмер до завершения переговоров или их окончательного провала, оно не представляется удовлетворительным⁷⁰⁰. Скорее оно будет использоваться как средство для затягивания переговоров или уклонения от прямого ответа.

Несмотря на возможную неудачность формулировок, по этим причинам Специальный докладчик считает, что установленный в статье 48 существенный баланс между уведомлением и переговорами, с одной стороны, и способностью потерпевшего государства принимать временные меры для защиты своих прав, с другой стороны, является правильным. Кроме того, этот баланс был удачно установлен правительством Франции в его предложении, которое уже упоминалось. Специальный докладчик предлагает положение, которое в общем согласуется с этими соображениями⁷⁰¹.

359. Третий момент касается возможного приостановления контрмер в случае, если задействованы процедуры разрешения споров и суд или трибунал имеет

⁶⁹⁹ См., например, Статут Международного Суда, статья 41; Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, 1982 год, статья 290.

⁷⁰⁰ Это мнение было отвергнуто как вопрос общего международного права Трибуналом в деле *о воздушных перевозках*, *UNRIIA*, vol. 18, p. 417 (1978), at p. 445 (para. 91).

⁷⁰¹ Предлагаемое положение см. пункт 367 ниже; см. также примечание 717, где содержится альтернативное положение, в котором не проводится какое-либо различие между «временными» и иными мерами.

право предписывать или указывать временные меры защиты. В таком случае до тех пор, пока процедура разрешения споров осуществляется на добросовестной основе, как представляется, односторонние меры не будут оправданными. Статья 48(3)–(4), которая включает в себя этот принцип, не была просто изобретена Комиссией. Она была навеяна соображениями Трибунала в деле о воздушных перевозках⁷⁰². Кроме того, с ней в целом согласились правительства, которые высказали комментарии в отношении статьи 48⁷⁰³. По мнению Специального докладчика, ее следует сохранить.

360. С тем чтобы резюмировать выводы в отношении указанных выше трех вопросов, предлагается, чтобы в проектах статей предусматривалось следующее:

а) до принятия контрмер к государству-нарушителю следует обращаться с призывом выполнить его обязательства, а оно этого не делает или отказывается делать это;

б) контрмеры не должны быть запрещены во время переговоров; скорее, следует сохранить различие, установленное в первом чтении между «временными» и другими мерами, однако в более четкой формулировке;

с) контрмеры должны приостанавливаться в случае, если спор на добросовестной основе передан на третейское урегулирование и при условии, что нарушение не носит длящегося характера.

d) Прекращение контрмер

361. Как уже указывалось, Франция предлагает положение о прекращении контрмер, предусматривающее, что контрмеры должны прекращаться как только условия, служащие оправданием для них, перестают существовать, т.е. «после того, как нарушенное обязательство было выполнено и потерпевшее государство получило возмещение в полном объеме»⁷⁰⁴. Это явно вытекает из существующих статей, однако этот момент следовало бы отразить в ясно выраженной форме⁷⁰⁵. Специальный докладчик предлагает единую статью, в которой шла бы речь о приостановлении и прекращении контрмер, а также содержались бы положения статьи 48 относительно приостановления контрмер, принятой в первом чтении⁷⁰⁶.

e) Формулировка статьи 30

362. Остался вопрос о формулировке статьи 30 в части первой. Если исходить из того, что подробные положения о контрмерах включены в часть вторую *бис*, то статья 30 может быть очень простой. Рекомендуются следующая формулировка:

«Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если, —

⁷⁰² UNRIAA, vol. 18, p. 417 (1978) at pp. 445–446 (paras. 94–96).

⁷⁰³ См. пункт 305 выше. Предложение Франции (примечание 566 выше) включает в себя этот же принцип почти в этой же формулировке.

⁷⁰⁴ См. пункт 319 выше.

⁷⁰⁵ Предлагаемое положение см. пункт 367 ниже.

⁷⁰⁶ Текст предлагаемой статьи см. пункт 367 ниже.

и в той мере, в какой — это деяние представляет собой правомерную контрмеру, предусмотренную в статьях [47]–[50 *бис*]]»⁷⁰⁷.

4. Контрмеры и изъятие, связанное с неисполнением

363. В своем втором докладе Специальный докладчик рекомендовал признать в качестве одного из обстоятельств, исключающих противоправность, ограниченный вариант изъятия о неисполнении (*exceptio inadimplenti non est inadimplendum*)⁷⁰⁸. Реакция на это предложение была смешанной, и было достигнуто согласие рассмотреть его в свете повторного рассмотрения положений о контрмерах⁷⁰⁹. Аналогичным образом, реакция правительств на это предложение, выраженная в Шестом комитете в 1999 году, была смешанной⁷¹⁰.

364. Первый вопрос заключается в том, следует ли рассматривать изъятие о неисполнении в качестве одной из форм контрмер. Ясно, что это изъятие применимо лишь по отношению к двусторонним обязательствам (*prestations*), когда исполнение одной стороны связано с исполнением другой стороной и зависит от него. Обычно это будет связано с исполнением одного и того же обязательства или тесно связанного обязательства. Однако, по мнению Специального докладчика, ясно, что изъятие о неисполнении не должно определяться в качестве контрмеры по смыслу статьи 47. Когда это изъятие применяется, причина, по которой государство А имеет право не производить исполнение, заключается лишь в том, что в отсутствие исполнения государством В смежного обязательства время для исполнения обязательства государством А еще не наступило. Справедливо, что государство А может не производить исполнение, с тем чтобы побудить государство В исполнить обязательство. Однако это относится не к изъятию, а к контрмерам. Мотив государства А является irrelevantным. Оно может быть попросту не заинтересовано в исполнении при отсутствии исполнения со стороны государства В. Кроме того, требование об уведомлении или какой-либо попытке урегулировать спор дипломатическими или иными средствами в качестве одного из условий продолжения применения этого изъятия отсутствует. Так, после заключения соглашения, например в отношении обмена военнопленными или совместного финансирования какого-либо проекта, государство А просто не обязано освобождать военнопленных и передавать их государству В или вносить свой вклад до тех пор, пока государство В, в свою очередь, не будет готово выполнить свои обязательства по соглашению. Поэтому изъятие о неисполнении следует рассматривать либо как обстоятельство, исключающее противоправность в отношении некоторых видов (двусторонних) обязательств, либо как положение, сводящееся к

⁷⁰⁷ См. второй доклад Специального докладчика, A/CN.4/498/Add.4, пункт 392.

⁷⁰⁸ Там же, пункты 314–329. Рекомендованный вариант (в качестве статьи 30 *бис* там же, пункт 356) основывался на мнении Постоянной палаты в деле о *Фабрике в Хожуве* (юрисдикция), *P.C.I.J.*, Series A., No. 9 (1972) p. 31, согласно которому «одна сторона не может использовать тот факт, что другая сторона не выполнила определенное обязательство... если первая сторона посредством незаконного деяния лишила вторую сторону возможности выполнить рассматриваемое обязательство».

⁷⁰⁹ Резюме обсуждений см. Доклад Комиссии международного права, 1999 год (A/54/10), пункты 334–347.

⁷¹⁰ См. *Тематическое резюме...* (A/CN.4/504), пункт 52, в котором резюмируется широкий диапазон мнений.

подразумеваемому условию в некоторых договорах. Напротив, в то время как связь между нарушением и неисполнением имеет отношение к вопросу о соразмерности, конкретное требование о связи в правовых нормах о контрмерах отсутствует и должно отсутствовать⁷¹¹.

365. Однако, даже если оно с юридической точки зрения отличается от контрмер и признано во внушительном числе международных источников⁷¹², изъятие о неисполнении, видимо, не следует включать в проекты статей в качестве одного из обстоятельств, исключающих противоправность. Существенный вопрос заключается в том, следует ли это изъятие рассматривать в международном праве как ограничивающееся конвенционными или договорными обязательствами, т.е. в качестве вывода, который следует извлекать, в порядке толкования, из обмена обязательствами в договоре, или же как положение, имеющее более широкую правовую основу⁷¹³. Если речь идет о первом варианте, то его было бы уместным классифицировать в качестве первичной нормы и не следовало бы включать в проекты статей.

366. Как представляется, мало кто сомневается в том, что более широкая форма изъятия о неисполнении должна рассматриваться как основанная на договорном или контрактном толковании, при этом исполнение одного и того же или смежного обязательства должно рассматриваться как условное⁷¹⁴. Однако положение дел с более узким по сфере охвата принципом, признанным Палатой в деле о *Фабрике в Хожуве (юрисдикция)*, обстоит по-иному. В данном случае присутствует связь не между двусторонними обязательствами, а между поведением двух сторон: нарушение одной стороны «лишило» другую сторону возможности выполнить рассматриваемое обязательство. Это не что иное, как применение общего принципа, согласно которому сторона не должна иметь возможность реагировать на последствия своего собственного противоправного поведения. По мнению Специального докладчика, этот принцип может создать новые последствия в области ответственности государств, последствия, которые были бы сохранены благодаря статье 38, принятой в первом чтении⁷¹⁵. Вопрос о том, следует ли какой-либо конкретный аспект этого общего принципа включать в проекты статей, является спорным. Однако, если статья 38 будет сохранена, Комиссия может стать на точку зрения, согласно которой принцип, использовавшийся в деле о *Фабрике в*

⁷¹¹ См. пункты 327–329 выше.

⁷¹² Помимо источников, приведенных во втором докладе, пункты 314–329, см. также *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Republic of Cameroon* (1984) 2 ICSID Reports 95 at pp. 156–159; P.D. O'Neill and N. Salam, "Is the exceptio non adimpleti contractus part of the new lex mercatoria?", in E. Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC, Paris, 1993), p. 152.

⁷¹³ Существует четкая аналогия с обсуждениями вопроса о том, основывается ли доктрина коренного изменения обстоятельств в праве международных договоров на подразумеваемой клаузуле в договоре или же она является независимой нормой права. В Венской конвенции о праве международных договоров, статья 62, она рассматривается как норма права, и в настоящее время это мнение получило признание; см. *Fisheries Jurisdiction case*, *ICJ Reports* 1973 at p. 63 (para. 36).

⁷¹⁴ См., например, D. Ruzié, *Droit International Public* (thirteenth edition, Dalloz, Paris, 1997), p. 48; D.W. Greig, "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties" (1994) 34 *Virginia J.L.L.* 295 at pp. 399–400.

⁷¹⁵ См. пункт 63 выше.

Хожуве, охвачен в достаточной степени⁷¹⁶. С учетом этого и в свете уклончивых ответов Специальный докладчик не настаивает на включении предложенной им статьи 30 *бис*.

5. Выводы в отношении контрмер потерпевшего государства

367. По этим причинам Специальный докладчик рекомендует включить в главу II части второй *бис* следующие положения о контрмерах, принимаемых потерпевшим государством:

Часть вторая *бис*

Реализация ответственности государства

Глава II

Контрмеры

Статья 47

Цель и содержание контрмер

1. При условии соблюдения следующих статей потерпевшее государство может принимать контрмеры против государства, которое несет ответственность за международно-противоправное деяние, с целью побудить его к выполнению своих обязательств по Части второй, если только оно не выполнило эти обязательства, и насколько это необходимо в свете его реакции на призыв сделать это.
2. Контрмеры ограничиваются приостановлением исполнения одного или нескольких международных обязательств государства, принимающего эти меры по отношению к государству-нарушителю.

Статья 47 бис

Обязательства, на которые не распространяются контрмеры

Выполнение следующих обязательств не может приостанавливаться в порядке принятия контрмер:

- а) обязательств в отношении угрозы силой или ее применения, воплощенных в Уставе Организации Объединенных Наций;
- б) обязательств, касающихся неприкосновенности дипломатических или консульских агентов, помещений, архивов или документов;

⁷¹⁶ Кроме того, существуют трудности с его формулировкой. Когда нарушение со стороны государства А полностью лишает государство В возможности исполнить обязательства (например, если государство А закрывает доступ к своей территории или ресурсам, насущно требуемым для исполнения государством В его обязательства), государство В будет иметь возможность ссылаться на форс-мажорные обстоятельства. Однако, если все-таки существует техническая возможность для государства В выполнить обязательство (например, используя свои собственные ресурсы, а не ресурсы, которые должно было предоставить государство А), нельзя утверждать, что государство А фактически предотвратило такое исполнение: аргументы государства В будут основываться на справедливости, а не невозможности. Это в свою очередь предполагает необходимость гибкого применения мнения в деле о *Фабрике в Хожуве* и укрепляет аргумент о том, что это изъятие должно быть охвачено статьей 38, если она будет сохранена.

- с) любого обязательства, касающегося третейского урегулирования споров;
- д) обязательств гуманитарного характера, исключаящих любую форму репрессалий против лиц, защищаемых ими, или
- е) любых других обязательств согласно императивным нормам общего международного права.

Статья 48

Условия, связанные с применением контрмер

1. До принятия контрмер потерпевшее государство:
 - а) направляет мотивированное требование государству-нарушителю с призывом выполнить свои обязательства;
 - б) уведомляет это государство о контрмерах, которые оно намерено принять;
 - с) соглашается проводить переговоры на добросовестной основе с этим государством.
2. Потерпевшее государство может с даты уведомления принимать на временной основе такие контрмеры, какие могут потребоваться для защиты его прав согласно настоящей Главе.
3. Если в ходе переговоров спор не был урегулирован в течение разумного периода времени, потерпевшее государство, действующее в соответствии с настоящей Главой, может принимать рассматриваемые контрмеры⁷¹⁷.
4. Государство, принимающее контрмеры, должно выполнять свои обязательства в отношении урегулирования споров согласно любой процедуре урегулирования споров, действующей в отношениях между ним и государством-нарушителем.

Статья 49

Соразмерность

Контрмеры должны быть соразмерны с понесенным ущербом и учитывать степень тяжести международно-противоправного деяния и его вредные последствия для потерпевшей стороны.

Статья 50

Запрещенные контрмеры

Контрмеры не должны:

⁷¹⁷ Если Комиссия решит не проводить различие между «временными» и другими контрмерами, то пункты 1–3 можно было заменить следующим положением:

«1. До принятия контрмер к государству-нарушителю должен обращаться призыв выполнить его обязательство в соответствии со статьей 46 *тер* и после этого оно не сделало этого или отказалось сделать это».

а) ставить под угрозу территориальную целостность или приводить к вмешательству во внутреннюю юрисдикцию государства-нарушителя;

б) ущемлять права третьих сторон, в частности основные права человека.

Статья 50 бис

Приостановление и прекращение контрмер

1. Контрмеры должны приостанавливаться, если:

а) международно-противоправное деяние прекратилось и

б) спор представлен на рассмотрение трибунала или иного органа, который обладает компетенцией выносить постановления или принимать решения, имеющие обязательную силу для сторон.

2. Независимо от положений пункта 1 контрмеры в соответствии с настоящей Главой могут возобновляться, если государство-нарушитель не выполняет решение или постановление трибунала или органа или иным образом не осуществляет добросовестно процедуру урегулирования спора.

3. Контрмеры прекращаются после того, как государство-нарушитель выполнило свои обязательства по Части второй в отношении международно-противоправного деяния.
