



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
19 March 2013
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестьдесят пятая сессия

Женева, 6 мая — 7 июня и 8 июля —

9 августа 2013 года

Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров,

подготовленный Специальным докладчиком Георгом Нольте

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение и информация о предыдущей работе Комиссии	3
II. Сфера охвата, цель и возможные результаты работы	5
III. Общее правило и средства толкования договоров	8
1. Международный Суд	8
2. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических режимов	9
3. Суды по правам человека и Комитет по правам человека	11
4. Другие международные судебные органы	13
5. Вывод: проект вывода 1	15
IV. Последующие соглашения и последующая практика в качестве средств толкования	17
1. Признание международными судебными органами	17
2. Последующие соглашения и последующая практика в числе различных средств толкования	22
3. Современное и эволютивное толкование	26
4. Вывод: проект вывода 2	31
V. Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве	33



средства толкования договора	
1. Последующее соглашение	33
2. Последующая практика	42
3. Вывод: проект вывода 3	51
VI. Присвоение связанной с договорами практики государству	53
1. Сфера охвата соответствующей государственной практики	53
2. Присвоение государствам последующего поведения частных сторон и общественных событий	55
3. Практика других субъектов как доказательство существования государственной практики	59
4. Вывод: проект вывода 4	63
VII. Будущая программа работы	64

I. Введение и информация о предыдущей работе Комиссии

1. Во время своей шестьдесят четвертой сессии на своем 3136-м заседании 31 мая 2012 года Комиссия решила изменить формат работы над темой «Договоры сквозь призму времени» и назначить Георга Нольте Специальным докладчиком* по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»¹. Настоящий доклад основан на предыдущей работе Комиссии по теме «Договоры сквозь призму времени» и продолжает ее.

2. Тема «Договоры сквозь призму времени» была включена в программу работы Комиссии на ее шестидесятой сессии (2008 год)². На своей шестьдесят первой сессии (2009 год) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме «Договоры сквозь призму времени», возглавляемую г-ном Нольте³. На шестьдесят второй сессии (2010 год) Исследовательская группа приступила к работе над аспектами темы, связанными с последующими соглашениями и практикой на основе подготовленного Председателем вводного доклада о соответствующей практике Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции⁴. На шестьдесят третьей сессии (2011 год) Исследовательская группа начала рассматривать второй доклад Председателя о судебной практике в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики, с акцентом на содержащиеся в нем 12 общих выводов⁵. С учетом обсуждений в Исследовательской группе Председатель переработал текст предложенных им выводов, которые были облечены в форму девяти предварительных выводов⁶.

3. На шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Исследовательская группа завершила рассмотрение второго доклада Председателя⁷. В ходе рассмотрения Исследовательская группа изучила шесть дополнительных общих выводов, предложенных во втором докладе. С учетом итогов обсуждений в Исследовательской группе Председатель переформулировал текст, который принял форму шести дополнительных предварительных выводов⁸. Исследовательская группа достигла согласия о том, что предварительные выводы ее Председателя должны быть вновь рассмотрены и расширены с учетом будущих докладов нового назначенного Специального докладчика⁹. Помимо рассмотрения остальной

* Специальный докладчик выражает признательность за научно-исследовательскую помощь при подготовке настоящего доклада, оказанную Катариной Бернер, Стефаном Раффейнером и Алехандро Родилисем Бретоном, а также за техническую помощь Приска Фейхле и Морица фон Рокоу (которые работают в Университете им. Гумбольдта, Берлин).

¹ A/67/10, пункт 269.

² A/63/10, пункт 353: краткое изложение темы см. там же, приложение А. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 приняла к сведению это решение.

³ A/64/10, пункты 220–226.

⁴ A/65/10, пункты 344–354. Вводный, второй и третий доклады, первоначально издаваемые в форме неофициальных рабочих документов, будут включены в готовящуюся публикацию под названием Georg Nolte (ed.) “*Treaties and Subsequent Practice*” (Oxford University Press, 2013).

⁵ A/67/10, пункты 336–341.

⁶ Текст девяти предварительных выводов Председателя Исследовательской группы см. там же, пункт 344.

⁷ A/64/10, пункты 225–239.

⁸ Текст шести дополнительных предварительных выводов Председателя Исследовательской группы см. там же, пункт 240.

⁹ Там же, пункт 231.

части второго доклада, Исследовательская группа также рассмотрела части третьего доклада, подготовленного ее Председателем и посвященного последующим соглашениям и последующей практике государств, которые не связаны с судебными и квазисудебными процедурами¹⁰.

¹⁰ Там же, пункты 232–234.

II. Сфера охвата, цель и возможные результаты работы

4. Первоначальная цель Комиссии в работе над темой «Договоры сквозь призму времени» в формате Исследовательской группы заключалась в том, чтобы дать членам возможность рассмотреть вопрос о том, следует ли рассматривать эту тему в широком разрезе, что также было бы, в частности, сопряжено с углубленным рассмотрением вопроса о прекращении действия договоров и официальной процедуре внесения в них поправок или же вопроса о том, следует ли эту тему ограничить и в более узком плане нацелиться на аспект, связанный с последующими соглашениями и последующей практикой. В ходе обсуждений в рамках Исследовательской группы было достигнуто согласие, с учетом первоначально выраженного Председателем мнения, относительно предпочтительности ограничения этой темы более узким аспектом юридической значимости последующих соглашений и практики. В конечном счете, Исследовательская группа согласилась с тем, что основная направленность будущей работы — это юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики при толковании статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров и смежных аспектов¹¹, как это разъяснялось в первоначальном предложении в отношении этой темы¹². Согласно первоначальному предложению эти средства толкования играют важную роль с учетом их отношения к толкованию договоров по прошествии определенного времени:

Сегодня, когда важные международные договоры достигают почтенного возраста, что особенно касается нормоустанавливающих договоров послевоенного времени, контекст, в котором они действуют, отличается от того, в котором они задумывались. В результате этого возникает большая вероятность того, что некоторые из положений таких договоров станут объектом усилий по их реинтерпретации, а возможно даже неформальной модификации. Это может касаться не только общих субстантивных правил, но и технических норм. По мере изменения контекста над договорами нависает угроза того, что они либо будут «заморожены» в том состоянии, в котором они будут менее способны соответствовать своему объекту и цели, либо потеряют свою опору в форме соглашения сторон. Стороны договора обычно желают сохранить свое соглашение, хотя и в форме, которая соответствует требованиям сегодняшнего дня. Последнее соглашение и последующая практика преследуют цель отыскания гибкого подхода к применению и толкованию договора, который одновременно является рациональным и предсказуемым¹³.

5. В настоящем докладе с учетом обсуждений в Исследовательской группе по теме «Договоры сквозь призму времени» на шестьдесят четвертой сессии Комиссии (2012 год) синтезируются части трех докладов Исследовательской группы¹⁴ и учитываются итоги обсуждений в рамках этой группы. В нем содержатся четыре предлагаемых проекта выводов с комментариями, охватывающих некоторые основные аспекты темы. Из-за некоторых ограничений, особенно ограничений по объему, не представилось возможным проработать полностью три доклада Исследовательской группы и отразить соответствующе-

¹¹ Там же, пункт 238.

¹² A/63/10, приложение A, пункты 11 и последующие пункты.

¹³ Там же, пункт 14.

¹⁴ См. сноски 4, 5 и 10.

шие итоги в настоящем докладе. Однако Специальный докладчик уверен, что итоги анализа оставшихся частей этих докладов будут отражены в новом докладе, в котором будут рассмотрены другие и более конкретные аспекты этой темы. Он предполагает, что работа над этой темой будет завершена, как и предусматривалось, в течение нынешнего пятилетнего периода (см. программу работы в главе VII ниже).

6. Цель обсуждения настоящей темы заключается в изучении роли, которую играют последующие соглашения и последующая практика при толковании договоров, а также в том, чтобы дать определенные ориентиры тем, кто толкует или применяет договоры. В эту группу входят судьи (на международном и национальном уровнях), должностные лица государств и международных организаций, ученые и другие частные действующие лица. Материалы и итоги анализа, которые отражены в настоящем докладе и будут отражены в будущих докладах, а также выводы Комиссии должны стать общей справочной основой и тем самым способствовать, насколько это в разумной степени возможно, формированию общего и единообразного подхода к толкованию и применению конкретного договора. Настоящий доклад главным образом основан на судебной практике и, надо надеяться, практике представительной группы международных судов, трибуналов и других арбитражных органов¹⁵, а также документально зафиксированных случаях из государственной практики. В общем, эта подборка является частью, хотя и не полной, справочника по практике. В первоначальном предложении, касающемся темы «Договоры сквозь призму времени», предусматривается следующее:

... цель рассмотрения данной темы заключалась бы в подготовке некоторых общих выводов или руководящих указаний на основе каталога практики. Такие выводы или руководящие указания не следует оформлять в виде проекта конвенции, хотя бы по той причине, что руководящие указания по толкованию едва ли когда-либо кодифицировались даже в рамках внутринациональных правовых систем. Однако такие общие заключения или руководящие указания могли бы послужить ориентиром для тех, кто занимается толкованием или применением договоров по поводу возможностей и пределов этих все более важных средств толкования, характерных для международного права. Такие выводы или руководящие указания, с одной стороны, не должны ставить в жесткие рамки толкователей, а с другой стороны, не должны оставлять их без всяких ориентиров. Они послужат пунктом отчета для тех, кто толкует и применяет договоры, и тем самым будут способствовать достижению общего понимания, сводя к ми-

¹⁵ Термин «судебная практика» употребляется как означающий юридические оценки в отдельных делах компетентных судебных органов, в состав которых входят независимые члены. Такие юридические оценки не ограничиваются имеющими обязательную силу решениями международных судов или трибуналов и включают в себя «мнения» Комитета по правам человека согласно Международному пакту о гражданских и политических правах и доклады судов и Апелляционного органа, действующих в рамках механизма ВТО по урегулированию споров. В докладе только освещаются заключения судебных органов с акцентом на юридических (не фактологических) оценках, которые являются в достаточной степени доступными и на основе которых уже было вынесено значительное число решений.

нимуму возможные коллизии и повышая эффективность процесса истолкования¹⁶.

7. Причина отделения настоящей темы от других тем с точки зрения разума понятна. Одной из тем, в связи с которой могут быть подняты некоторые вопросы в этом отношении, является тема под названием «Формирование и доказательства существования обычного международного права». В этом отношении Специальный докладчик согласен с мнением сэра Майкла Вуда, Специального докладчика по теме «Формирование и доказательства существования обычного международного права», о том, что, хотя вопрос о воздействии договоров на формирование обычного международного права — это часть этой темы, вопрос о роли обычного международного права в толковании договоров является частью настоящей темы. Нет необходимости говорить о том, что эта тема касается не определения содержания конкретных договорных норм, а скорее освещения роли и возможных последствий последующих соглашений и последующей практики в связи с толкованием договоров. Другая тема, которая имеет точки соприкосновения, — это тема «Временное применение договоров». Однако, как представляется, эта тема не нацелена на вопрос о воздействии временного применения на толкование того или иного договора¹⁷.

¹⁶ A/63/10, приложение А, пункт 22.

¹⁷ A/67/10, пункты 144–155.

III. Общее правило и средства толкования договоров

8. Юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики для толкования договоров зависит — в качестве отправной точки — от общего правила толкования договоров. Это общее правило, состоящее из различных субсидиарных норм или элементов, кодифицировано в статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров, которая была принята 23 мая 1969 года и вступила в силу 27 января 1980 года¹⁸. Международный Суд (МС) признал, что это общее правило толкования договоров отражает обычное международное право¹⁹. Наряду со статьей 32 в статье 31 Конвенции перечисляются несколько соответствующих «средств толкования»²⁰ (в их число входят «последующие соглашения» и «последующая практика» в качестве «аутентичных средств толкования»²¹), которые должны приниматься во внимание в процессе толкования.

9. Общеизвестно, что статья 31 Венской конвенции не должна «восприниматься как устанавливающая иерархическую структуру» различных указанных в ней средств толкования и что они должны применяться «единым и совокупным образом»²². Таким образом, применение общего правила толкования по отношению к различным договорам или договорным положениям в том или ином конкретном случае может привести к смещению акцента с предусмотренных им различных средств толкования, в частности, к большему или меньшему акценту на текст договора или на его объект и цель. Это подтверждено судебной практикой следующих различных представительных международных судебных и арбитражных органов:

1. Международный Суд

10. Сначала Международный Суд воздерживался от ссылки на статьи 31 и 32 Венской конвенции²³, но в 1990-х годах начал ссылаться на них²⁴. С этого времени Суд обычно основывает свое договорное толкование на общем правиле и других средствах толкования согласно статьям 31 и 32 Венской конвенции²⁵.

¹⁸ Венская конвенция о праве международных договоров (принята 23 мая 1969 года, вступила в силу 27 января 1980 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

¹⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (Judgment) [2009], *I.C.J. Reports* 2009, p. 213, para. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007], *I.C.J. Reports* 2007, p. 43, para. 160.

²⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, article 32, *Yearbook of the International Law Commission* (1966), vol. II, pp. 218–223, paras. 2, 5, 8, 10, 15, 18, 19.

²¹ *Ibid.*, p. 222, para. 15; see sect. IV below, paras. 30 and 64 (draft conclusion 2).

²² *Ibid.*, p. 219, para. 8.

²³ Что касается различных периодов рецепции венских норм Международным Судом, то см. S. Torres Bernárdez, “Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”, in G. Hafner and others (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern (in honour of his 80th birthday)* (Kluwer Law International, 1998), p. 721; см. также R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2010), pp. 12ff.

²⁴ *Arbitral Award of July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)* (Judgment) [1991], *I.C.J. Reports* 1991, p. 53, para. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras, Nicaragua intervening)* [1992], *I.C.J. Reports* 1992, p. 351, paras. 373 and 376.

²⁵ Что касается одного из недавних случаев, то см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (Judgment)

Кроме того, Суд, как правило, подтверждает их обычно-правовой характер, что позволяет Суду применять содержащиеся в этих статьях правила в делах, когда одна или несколько сторон спора не являются участниками Венской конвенции, а также в тех случаях когда речь идет о договорах, заключенных до ее вступления в силу в 1980 году²⁶.

2. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических режимов

11. Апелляционный орган Всемирной торговой организации (ВТО) основывает свою практику в области толкования договоров на статьях 31 и 32 Венской конвенции²⁷. Суды и Апелляционный орган, как правило, концентрируются на тексте соответствующего соглашения²⁸. До настоящего времени Апелляционный орган не делал особого акцента на объекте и цели в качестве одного из средств толкования²⁹. Только время от времени он прибегал к эволютивному толкованию³⁰ или применял принцип эффективности, с тем чтобы избежать «полного исключения клаузул или положений того или иного договора в силу излишности или бесполезности»³¹.

12. Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов также признавал правила толкования, как они изложены в статьях 31 и 32 Венской конвенции³². В своей практике он, главным образом, полагался на

[5 December 2011], para. 91 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>, accessed 7 March 2013).

²⁶ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноски 19); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (см. ссылку 19); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)* [2004], *I.C.J. Reports* 2004, p. 136, para. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Judgment) [2004], *I.C.J. Reports* 2004, p. 12, para. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)* (Judgment) [2002], *I.C.J. Reports* 2002, p. 625, para. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)* (Judgment) [2001], *I.C.J. Reports* 2001, p. 466, para. 99; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Judgment) [2010], *I.C.J. Reports* 2010, p. 14, para. 65 (Vienna Convention, article 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* (Judgment) [1999], *I.C.J. Reports* 1999, p. 1045, para. 18 (Vienna Convention, article 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Judgment) [1994], *I.C.J. Reports* 1994, p. 6, para. 41, при этом без ясно выраженной ссылки на статью 32, но с упоминанием дополнительных средств толкования.

²⁷ Georges Abi-Saab, “The Appellate Body and Treaty Interpretation”, in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010) pp. 99–109.

²⁸ WTO, *Brazil: Export Financing Programme for Aircraft*, recourse by Canada to article 21.5 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Report of the Appellate Body (21 July 2000) (WT/DS46/AB/RW, para. 45).

²⁹ Donald McRae, “Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body”, in Stephan Breitenmoser, Luzius Wildhaber et al. (eds.) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike, 2007), pp. 1407–1422.

³⁰ WTO, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body (12 October 1998) (WT/DS58/AB/R, para. 130).

³¹ WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II*, Report of the Appellate Body (4 October 1996) (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, at sect. D).

³² George Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Clarendon Press, 1996), p. 361, citing *Case A/1 (Issues I, III and IV)*, Decision No. DEC 12-A1-FT (1982) 1 Iran-USCTR, p. 189, paras. 190–192.

обычное значение рассматриваемых терминов и на их объект и цель³³. Таким образом, Трибунал применяет скорее сбалансированный подход к толкованию и делает особый акцент на одном конкретном средстве толкования³⁴.

13. Суды, учреждаемые в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (конвенция МЦУИС)³⁴, также признавали, что они должны применять статьи 31 и 32 Венской конвенции на основе либо конвенционного права, либо обычного права³⁵. Они регулярно ссылаются на судебную практику Международного Суда, бывшей Постоянной Палаты Международного Правосудия и арбитражных трибуналов, и, таким образом, их аргументация основывается на общем международном праве³⁶. Хотя их практика далека от применения единообразного подхода, суды МЦУИС до настоящего времени не делали заметного акцента на объекте и цели в качестве средства толкования и не отражали презюмированные намерения сторон при заключении Конвенции³⁷.

14. Общий подход к толкованию судами, учрежденными согласно Североамериканскому соглашению о свободной торговле (НАФТА), можно охарактеризовать как подход, предусматривающий использование содержащихся в Венской конвенции правил толкования с акцентом на либерализацию торговли в качестве главных объекта и цели Соглашения³⁸.

³³ Ibid., paras. 362–365.

³⁴ Karl-Heinz Böckstiegel, “Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal”, in Kay Hailbronner (ed.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doebling* (Springer 1989), pp. 119–131; George Aldrich (см. сноску 32) pp. 360ff; Charles Brower and Jason Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff, 1998), pp. 263ff.

³⁵ Christoph Schreuer, “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris (eds.) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010), pp. 129ff; Ole Kristian Fauchald, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis” (2008), *European Journal of International Law*, Issue vol. 19, p. 314; Romesh J. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2012).

³⁶ Fauchald (см. сноску 35), pp. 311, 313 and 341.

³⁷ Ibid., pp. 315–319.

³⁸ *Tariffs Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products* (Final Report of the Panel) Arbitral Panel Established Pursuant to article 2008, Secretariat File No. CDA-95-2008-01 (2 December 1996) paras. 118 and 119 (<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/0c7973b9-1088-4221-99a5-e279075380b0.pdf>, accessed 16 January 2013); см. также for Chapter 11 Panels, *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration under the North American Free Trade Agreement, chapter eleven (28 January 2008) paras. 45–48 and 122 (<http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf>, accessed 16 January 2013).

3. Суды по правам человека и Комитет по правам человека

15. В старом деле *Golder v. the United Kingdom*³⁹ Европейский суд по правам человека выразил мнение о том, что «ему следует руководствоваться статьями 31–33 Венской конвенции»⁴⁰, и подтвердил разъяснение, данное Международным Судом относительно порядка толкования согласно Конвенции:

В том виде, в котором он определен в «общем правиле» в статье 31 Венской конвенции, процесс толкования договора является единым и действующим на комплексной основе механизмом; это тесно взаимосвязанное правило уравнивает статус различных элементов, перечисленных в четырех пунктах этой статьи⁴¹.

16. С того времени Суд регулярно подтверждал свою принципиальную приверженность статьям 31–33 Венской конвенции в качестве основы для толкования Европейской конвенции о правах человека⁴². Однако Суд проводит различие между Европейской конвенцией и «международными договорами в классическом смысле»⁴³. По мнению Суда:

Конвенция — это не только двусторонние договоренности в отношениях между договаривающимися государствами. Прежде всего она вводит в действие систему взаимных, двусторонних обязательств, объективных обязательств, соблюдение которых обеспечивается благодаря «коллективным усилиям»⁴⁴.

17. Поэтому при толковании Конвенции необходимо было бы учитывать «эффективность Конвенции в качестве одного из учредительных инструментов европейского публичного порядка» (*ordre public*)⁴⁵. Определение этих характеристик Конвенции способствовало признанию Судом «того, что Конвенция является «живым» документом, который следует толковать в свете современных условий»⁴⁶. Однако подход, связанный с «живым документом», не исключает

³⁹ *Golder v. the United Kingdom* (1975), European Court of Human Rights, Series A, No. 18.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ *Golder* (см. сноску 39), para. 30; for the wording of ILC, see *Yearbook of the International Law Commission* (1966) vol. II, p. 219, para. 8.

⁴² *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC] ECHR 2005-I, paras. 111 and 123; *Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec) [GC] ECHR 2001-XII, paras. 55–58; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC] ECHR 2001-XI, para. 55; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (1995), Series A, No. 310, para. 73; *Cruz Varas and others v. Sweden* (1991), Series A, No. 201, para. 100; *Johnston and others v. Ireland* (1985), Series A, No. 112, para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Application No. 61498/08 (European Court of Human Rights, 2 March 2010), para. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25965/04 (European Court of Human Rights, 7 January 2010), paras. 273–274, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] Application No. 34503/97 (European Court of Human Rights, 12 November 2008), para. 65, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions.

⁴³ *Ireland v. the United Kingdom* (1978), European Court of Human Rights, Series A, No. 25, para. 239; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 127; *Soering v. the United Kingdom* (1989), European Court of Human Rights, Series A, No. 161, para. 87.

⁴⁴ *Ireland* (см. сноску 43), para. 239.

⁴⁵ *Loizidou* (см. сноску 42), para. 75.

⁴⁶ *Tyrer v. the United Kingdom* (1978), European Court of Human Rights, Series A, No. 26, para. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 119, quoting *Öcalan v. Turkey* [GC] European Convention on Human Rights 2005-IV, para. 163; *Selmouni v. France* [GC] ECHR 1999-V, para. 101.

общий метод толкования на базе статей 31–33 Венской конвенции. Так, Европейский суд по правам человека регулярно подтверждал, «что Конвенция должна толковаться в свете норм, изложенных в Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года» и что она «должна определять ответственность государств в соответствии с принципами международного права, регулирующими эту сферу, при учете особого характера Конвенции в качестве инструмента защиты прав человека»⁴⁷.

18. В аналогичном ключе Межамериканский суд по правам человека признает, что согласно Венской конвенции:

...процесс толкования должен восприниматься как целостный⁴⁸.

19. Хотя Суд обычно начинает при изложении своей аргументации изучать текст⁴⁹, он, в общем, не полагается на первичный текстуальный подход, а скорее прибегает к другим средствам толкования⁵⁰. Та неохотность, с которой Суд в большей степени использует обычное значение того или иного положения, в конечном счете связано с тем, что Суд делает акцент на объекте и цели⁵¹. Так, Суд подчеркнул, что:

...обычное значение» терминов само по себе не может стать единственным правилом, поскольку оно всегда должно рассматриваться в его контексте, в частности в свете объекта и цели договора⁵².

20. Как представляется, в судебной практике Межамериканского суда «объект и цель» играют наиболее важную роль среди различных средств толкования. Характерная черта используемого этим судом подхода, основанного на объекте и цели, — это акцент на преобладающую цель Конвенции в целом для эффективной защиты прав человека. По мнению Суда,

... при толковании Конвенции Суд должен делать это таким образом, чтобы система защиты прав человека оказывала свое соответствующее воздействие в полном объеме (*effet utile*)⁵³.

⁴⁷ *Mamatkulov and Askarov* (см. сноску 42), para. 111; see also *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 119; *Al-Adsani* (см. сноску 42), para. 55, *Loizidou* (см. сноску 42), para. 43; and *Bayatyan v. Armenia* [GC], Application No. 23459/03 (European Court of Human Rights, 7 July 2011), paras. 98–108.

⁴⁸ “*White Van*” (*Paniagua-Morales and others v. Guatemala*) (Preliminary Objections, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 23 (25 January 1996), para. 49.

⁴⁹ *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Articles 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2 (24 September 1982), para. 19; *Enforceability of the Right to Reply or Correction (Articles 14(1) 1(1) and 2, American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-7/86, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 7 (29 August 1986).

⁵⁰ *The Effect of Reservations* (см. сноску 49), para. 19; *González and others (“Cotton Field”) v. Mexico* (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 205 (16 November 2009), para. 29.

⁵¹ Lucas Lixinski, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights” (2010), *European Journal of International Law*, Issue vol. 21, pp. 587 and 588.

⁵² *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 4 (19 January 1984), para. 23; *Article 55 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-20/09, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 20 (29 September 2009), para. 26.

21. Комитет по правам человека признал закрепленные в Венской конвенции правила толкования⁵⁴, но в большинстве случаев применяет их косвенным образом. Что касается его судебной практики, то критерий «объект и цель» Международного пакта о гражданских и политических правах играет наиболее важную роль среди различных средств толкования, о которых идет речь в статьях 31 и 32 Венской конвенции⁵⁵. Одним из важным аспектов применяемого Комитетом по правам человека подхода к толкованию является эволютивное понимание прав, предусмотренных в Пакте. Например в деле *Yoon and Choi v. the Republic of Korea*⁵⁶ Комитет подчеркнул, что любое право, зафиксированное в Пакте, со временем эволюционирует⁵⁷, и в силу подобной аргументации оправдывал определенный отход от своей собственной предыдущей практики⁵⁸. Однако в деле *Atasoy and Sarkut v. Turkey* Комитет подчеркнул, что эволютивное толкование «не может выходить за рамки буквы и духа договора или первоначального явно выраженного намерения государств-участников»⁵⁹.

4. Другие международные судебные органы

22. Другие международные судебные органы также признали, что в Венской конвенции излагаются основные правила толкования договоров.

23. Камера по спорам, касающимся морского дна, подчеркнула важность Венской конвенции для Международного трибунала по морскому праву (МТМП) в своем консультативном заключении относительно обязанностей и обязательств государств, поручившихся за физических и юридических лиц применительно к деятельности в Районе, заявив следующее:

Нормы международного права, которые Камера должна применять, нормы, касающиеся толкования договоров, играют особо важную роль. Применимые нормы излагаются в Части III, раздел 3, под названием «Толкование договоров» и содержатся в статьях 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (...). Эти нормы должны рассматриваться как нормы, отражающие обычное международное право. Хотя Трибунал никогда не излагал в ясно выраженной форме это мнение, он делал это имплицитно, используя терминологию и подход, применяемые в Венской конвенции и касающиеся толкования (см. решение Трибунала от 23 декабря 2002 года по делу о судне «Волга»)⁶⁰.

⁵³ *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16 (1 October 1999), para. 58.

⁵⁴ *Alberta Union v. Canada* (18 July 1986), Communication No. 118/1982 (CCPR/C/28/D/118/1982), para. 6.3.

⁵⁵ *Setelich v. Uruguay* (28 October 1981), Communication No. 63/1979 (CCPR/C/14/63/1979), paras. 11, 14 and 18.

⁵⁶ *Yoon and Choi v. the Republic of Korea* (3 November 2006), Communication Nos. 1321/2004 and 1322/2004 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004).

⁵⁷ *Yoon and Choi* (см. сноску 56), para. 8.2.

⁵⁸ *LTK v. Finland* (9 July 1985), Communication No. 185/1984 (CCPR/C/25/D/185/1984), para. 5.2.

⁵⁹ *Atasoy and Sarkut v. Turkey* (29 March 2012), Communication Nos. 1853/2008 and 1854/2008, (CCPR/C/104/D/1853-1854/2008), para. 7.13.

⁶⁰ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Advisory Opinion of 1 February 2011), ITLOS, Case No. 17, paras. 57 and 58.

24. Порой Международный трибунал демонстрировал готовность использовать динамичный и эволютивный подход к толкованию. Так, Камера по спорам, касающимся морского дна, квалифицировала некоторые «обязательства обеспечения»⁶¹ в качестве обязательств проявлять должную осмотрительность⁶², которые являются «варьируемыми концепциями» и которые «могут с течением времени меняться, так как меры, сочтенные достаточно осмотрительными в некоторый момент времени, могут стать недостаточно осмотрительными с учетом, например, новых научных или технологических знаний»⁶³. Поэтому в соответствующих случаях, как представляется, Трибунал готов толковать Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву эволютивным и динамичным образом на основе Венской конвенции, предположительно, используя положение об объекте и цели.

25. Международный уголовный суд неоднократно заявлял о том, что при толковании Статута и других применимых договоров он следует правилам, изложенным в Венской конвенции⁶⁴. Международный трибунал по бывшей Югославии также несколько раз заявлял о том, что содержащиеся в Венской конвенции правила применимы к толкованию договоров⁶⁵.

26. Европейский суд рассматривает нормы в учредительных договорах («первичное право Союза») в качестве норм, на которых основывается «самостоятельный правовой режим», и, соответственно, не ссылается на Венскую конвенцию, когда речь идет о толковании этих договоров. В отличие от этого, когда Европейский суд толкует соглашения Союза с третьими государствами, он считает обязанным соблюдать нормы обычного международного права, которые отражены в положениях о толковании в Венской конвенции⁶⁶. В решении по делу *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*⁶⁷ Европейский суд отметил следующее:

... даже если Венская конвенция необязательна к исполнению Сообществом или всеми его государствами-членами, несколько положений в этой конвенции отражают нормы обычного международного права, которые

⁶¹ United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, No. 31383, article 153(4) and article 4(4) in annex III.

⁶² *Responsibilities and Obligations of States*, ITLOS, Case No. 17 (см. сноску 60), para. 110.

⁶³ *Ibid.*, paras. 117 and 211.

⁶⁴ *Lubanga Dyilo* (Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable) ICC (Pre-Trial Chamber) (15 May 2006), annex I, para. 1; *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal), International Criminal Court (Appeals Chamber) (13 July 2006), paras. 6 and 33; *Lubanga Dyilo* (Decision on the Practices of Witness Familiarization and Witness Proofing), ICC (Pre-Trial Chamber) (8 November 2006), para. 8.

⁶⁵ См. *Jelisić* (Judgment), ICTY-95-10 (14 December 1999), para. 61; *Čelebići* (Judgment) ICTY-96-21 (20 February 2001), paras. 67ff; *Krstić* (Judgment) ICTY-98-33 (2 August 2001), para. 541; *Stakić* (Judgment) ICTY-97-24 (31 July 2003), para. 501; *Galić* (Judgment), ICTY-98-29 (5 December 2003), para. 91.

⁶⁶ См. Pieter Jan Kuijper, "The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969" (1998), *Legal Issues of European Integration*, vol. 25, Issue 1; Case C-344/04, *The Queen on the application of: International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport* (Preliminary Ruling) (2006), ECR I-403, para. 40.

⁶⁷ Case C-386/08, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (2010), ECR I-01289.

как таковые обязательны для учреждений Сообщества и являются частью правового режима Сообщества⁶⁸,

и сделал вывод о том, что:

нормы, изложенные в Венской конвенции, применяются к соглашению, заключенному между государством и международной организацией, например Соглашению об ассоциации между ЕС и Израилем, поскольку соответствующие нормы отражают общее обычное международное право⁶⁹.

27. Цитируя статью 31 Венской конвенции, Суд отметил, что договоры должны не только толковаться с учетом их текстуального значения, но и в свете их объекта и цели. Например, в деле, касающемся проекта соглашения, связанного с созданием Европейского экономического пространства между Сообществом и странами Европейской ассоциации свободной торговли⁷⁰, Суд подчеркнул, что:

тот факт, что положения соглашения и соответствующее положение Сообщества являются идентичными по формулировке, не означает, что они должны толковаться идентично⁷¹,

и определил, что значение идентично сформулированных предложений Соглашения Европейской ассоциации свободной торговли и Европейского экономического сообщества является различным⁷².

5. Вывод: проект вывода 1

28. В совокупности эти источники позволяют сформулировать следующий проект вывода⁷³:

Проект вывода 1

Общее правило и средства толкования договоров

В статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров, воспринимаемой как применимое договорное обязательство или как отра-

⁶⁸ Ibid., para. 42.

⁶⁹ Ibid., para. 41; см. также Case C-6/60, *Jean-E. Humblet v. Belgian State* (1960), ECR 559, p. 574.

⁷⁰ European Court of Justice, Opinion 1/91 (1991), ECR I-6079.

⁷¹ Ibid., para. 14.

⁷² Ibid., para. 35.

⁷³ См. предварительные выводы 1–3 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» (A/66/10, пункт 344), в частности предварительный вывод (1) и предварительный вывод (2) (первый пункт):

1) Общее правило толкования договоров

Положения статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД), воспринимаемые как применимое договорное положение или как отражение нормы обычного международного права, признаются различными охваченными обзорными судебными органами как общая норма толкования договоров, которые они применяют.

2) Подходы к толкованию

Независимо от признания различными судебными органами общей нормы, установленной в статье 31 ВКПМД в качестве основы толкования договоров, в различных контекстах они делают больший или меньший акцент на содержащихся в ней различных средствах толкования.

жение обычного международного права, излагается общее правило толкования договоров.

Толкование договоров в том или ином конкретном случае может привести к различному акценту на разных средствах толкования, предусмотренных в статьях 31 и 32 Венской конвенции, особенно на тексте договора или на его объекте и цели, в зависимости от соответствующего договора или соответствующих договорных положений.

IV. Последующие соглашения и последующая практика в качестве средств толкования

29. Общее правило толкования договоров предусматривает, что последующие соглашения и последующая практика сторон при определенных условиях могут входить в число различных средств толкования (Венская конвенция, статьи 31(3)(a) и (b)). В своем комментарии по проекту статей о праве международных договоров Комиссия подчеркнула, что

важность такой последующей практики при применении договора, в качестве одного из элементов толкования, является очевидной, поскольку она является объективным доказательством понимания сторонами смысла договора⁷⁴.

30. Считая, что последующее соглашение и последующая практика согласно статьям 31 (3)(a) и (b) Венской конвенции являются «объективным доказательством понимания сторон», Комиссия воспринимает их «аутентичным»⁷⁵ средством толкования. Это понимание в качестве аутентичного средства толкования предполагает, что такие последующие соглашения и последующая практика сторон зачастую, но не всегда⁷⁶ являются особо важными факторами при толковании договоров⁷⁷.

1. Признание международными судебными органами

31. Последующие соглашения и последующая практика сторон были признаны в качестве средства толкования международными судебными органами и применялись ими, хотя и с разной степенью акцентирования.

а) Международный Суд

32. Международный Суд «часто анализировал последующую практику сторон при применении (...) [того или иного] договора⁷⁸. Его судебная практика — это общий ориентир и значимые примеры в отношении возможных юридических последствий последующих соглашений и последующей практики в качестве

⁷⁴ *Yearbook* (1966), vol. II, p. 221, para. 15.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Было высказано предположение о том, что толкование договоров, предусматривающих права других государств или действующих субъектов, менее подвержено «аутентичному» толкованию их сторонами, например, в контексте инвестиционных договоров: *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16 (28 September 2007) para. 386 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, accessed 6 March 2013); *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (22 May 2007), para. 337 (<http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf>, accessed 6 March 2013).

⁷⁷ См. Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1 (9th edn, Longman, 1992) p. 1268, para. 630; Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points" (1957), *British Yearbook of International Law*, pp. 223–225; WTO, *United States: Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, Report of the Panel (31 March 2011) (WT/DS353/R, para. 7.953).

⁷⁸ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports* 1999, p. 1076, para. 50; см. также Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (*The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*) (Judgment) [5 December 2011], para. 99, (см. <http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>).

средства толкования, а также их взаимодействия с другими средствами толкования (более подробные данные см. в разделе 2).

b) Судебные органы, действующие в рамках режимов экономических договоров

33. Международные судебные органы, действующие в рамках режимов экономических договоров, часто рассматривали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования. Так, Апелляционный орган ВТО признавал последующую практику в качестве средства толкования и применял ее в ряде случаев⁷⁹, а также принимал во внимание последующее соглашение⁸⁰. Это же справедливо в отношении Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов⁸¹, который заявил следующее:

Поскольку последующая практика играет далеко не вторичную роль при толковании договоров, последующая практика сторон представляет собой один из важных элементов при толковании. Толкуя договорные положения, международные трибуналы часто анализируют последующую практику сторон. Трибунал также признал важность последующей практики сторон и ссылаясь на нее в решениях по нескольким делам⁸².

34. Трибуналы МЦУИС часто признавали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования⁸³. В некоторых решениях

⁷⁹ WTO, *Japan: Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body (4 October 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, and s E; Report of the Panel (11 July 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R; European Communities: *Chicken Cuts* — Report of the Appellate Body (12 September 2005) WT/DS269/AB/R and WT/DS286/AB/R, para. 259, and Report of the Panel (30 May 2005) WT/DS269/R and WT/DS286/R; European Communities: *Computer Equipment*, Report of the Appellate Body (5 June 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, paras. 92 and 93, and Report of the Panel (5 February 1998) WT/DS62/R, WT/DS67/R and WT/DS68/R; US: *Upland Cotton*, Report of the Appellate Body (3 March 2005), WT/DS267/AB/R; Report of the Panel (8 September 2004) WT/DS267/R; see also European Communities and its Member States: *IT Products*, Report of the Panel (16 August 2010) WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, para. 7.558.

⁸⁰ WTO, *United States: Tuna II (Mexico)*, Report of the Appellate Body (16 May 2012) WT/DS381/AB/R, para. 372.

⁸¹ *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran, (and others)*, — Award No. 108-A-16/582/591- FT (1984) 5 Iran-USCTR 57; *International Schools Services, Inc (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, Interlocutory Award No. ITL 37-111-FT (1984), 5 Iran-USCTR p. 338; United States-Iran, Case No. A17, *Decision No. DEC 37-A17-FT* (1985), 8 Iran-USCTR 189; *Burton Marks, (and others) and the Islamic Republic of Iran*, Interlocutory Award No. ITL 53-458-3 (1985), 8 Iran-USCTR 290; *the Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 63-A15(I:G)-FT (1986), 12 Iran-USCTR 40; *the Islamic Republic of Iran and the United States of America — Partial Award No. 382-B1-FT* (1988), 19 Iran-USCTR 273.

⁸² *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (9 September 2004), 2004, WL 2210709 (Iran-USCTR), para. 111.

⁸³ См., например, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic* (United States/Argentina BIT) (Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award) ICSID Case No. ARB/01/3 (7 October 2008), para. 70 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caselId=C3, accessed 24 January 2013); *Siemens AG v. Argentine Republic* (Germany/Argentina BIT) (Decision on Jurisdiction), ICSID

эти трибуналы особо подчеркивали, что последующая практика является особо важным средством толкования тех положений, которые стороны договора намеревались развивать с учетом последующей договорной практики. Например, в деле *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* Трибунал постановил следующее:

Ни одна из сторон не утверждает о том, что Конвенция МЦУИС содержит сколь-либо точное априорное определение понятия «инвестиции». Скорее, определение разрабатывалось в ходе последующей практики государств, сохраняя при этом ее целостность и гибкость и возможность будущего прогрессивного развития международного права по теме об инвестициях⁸⁴.

35. Коллегии НАФТА несколько раз признавали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования⁸⁵. В то время как коллегии НАФТА, как представляется, часто не обсуждали вопрос о последующей практике⁸⁶, они активно обсуждали вопрос о правовых последствиях того или иного документа, признанного в качестве последующего соглашения⁸⁷.

c) Суды по правам человека и Комитет по правам человека

36. Суды по правам человека и договорные органы применяют несколько отличный подход к последующим соглашениям и последующей практике по сравнению с судебными органами, действующими в рамках режимов, предусмотренных международными экономическими договорами. Так, как представляется, суды по правам человека и договорные органы по правам человека не рассматривают последующие соглашения сторон при толковании ими материально-правовых положений, посвященных правам человека. Однако, в том что касается последующей практики сторон, сложилась иная ситуация.

37. Время от времени Европейский суд по правам человека ссылаясь на статью 31(3)(b) Венской конвенции, главным образом, в делах, которые касались отношений Суда с государствами-членами, и в случаях, когда возникали вопросы, связанные с общим международным правом⁸⁸. Вместе с тем более часто Суд ссылаясь на практику государств-членов в законодательной области, не

Case No. ARB/02/8 (3 August 2004) para. 105 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC508_En&caseId=C7, accessed 24 January 2013); *National Grid PLC v. the Argentine Republic* (UK/Argentina BIT) (Decision on Jurisdiction) UNCITRAL (20 June 2006), paras. 84 and 85 (<http://ita.law.uvic.ca/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>, accessed 24 January 2013).

⁸⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT) (Award and Concurring Opinion), ICSID Case No. ARB/00/2 (15 March 2002) [2004], 6 ICSID Rep. 310, para. 33; similarly *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/00/5 (27 September 2001) [2004], 6 ICSID Rep. 419, para. 97.

⁸⁵ *CCFT v. United States* (см. сноску 38) paras. 181–183.

⁸⁶ *In the Matter of Cross-Border Trucking Services* (Final Report of the Panel), Arbitral Panel Established Pursuant to article 2008, Secretariat File no USA-MEX-98-2008-01 (6 February 2001), paras. 220, 221 and 235 (<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/8f70c18a-7f02-4126-96f6-182a11c90517.pdf>, accessed 16 January 2013); *Agricultural Tariffs (US v. Canada)* (см. сноску 38) paras. 119, 141 and 142.

⁸⁷ См., ниже, раздел V.1(e), пункты 88–90.

⁸⁸ *Cruz Varas* (см. сноску 42) para. 100; *Loizidou* (см. сноску 42) para. 73; *Bankovic* (см. сноску 42), para. 56.

ссылаясь прямо на статью 31(3)(b) Венской конвенции⁸⁹. В таких случаях Суд подтверждал, что единообразное или в значительной степени единообразное национальное законодательство и даже внутригосударственная административная практика могут в принципе отражать последующую практику⁹⁰ и могут оказывать воздействие, которое может выходить за рамки того, что можно было бы просто назвать средством толкования согласно статье 31(3)(b) Венской конвенции⁹¹. Таким образом, решения, в которых Суд полагался на последующую практику государств, не ссылаясь в явно выраженной форме на статью 31(3)(b), являются более характерными, чем решения, в которых он опирался на положения этой статьи. В период после рассмотрения дела *Tyrer v. the United Kingdom* Суд обычно полагался на последующую государственную (и иную) практику в качестве ориентиров при его «динамичном» или «эволютивном» толковании. Суд определяет характер и степень своего эволютивного толкования, обращаясь к более или менее конкретным «современным условиям» и «развитию событий в области международного права», которые Суд признает в качестве основы для:

комплекса норм и принципов, признанных подавляющим большинством государств, общих международных или внутригосударственных правовых стандартов европейских государств [которые] отражают реальное состояние дел, которое Суд не может проигнорировать, когда к нему обращается призыв разъяснить сферу охвата того или иного положения Конвенции и когда более конвенционные средства толкования не позволяют установить ее с достаточной степенью определенности⁹².

38. Действительно, всякий раз, когда Суд признавал, что он занимается «эволютивным толкованием», он, как правило, ссылаясь на государственную, общественную или международно-правовую практику в качестве ориентира⁹³.

39. Как представляется, Межамериканский суд по правам человека в отличие от Европейского суда по правам человека до настоящего времени не ссылаясь на статью 31(3)(a) или (b) Венской конвенции, и количество решений, в которых Суд ссылаясь на последующую практику, является довольно ограниченным⁹⁴. Однако, несмотря на редкие упоминания о последующей практике

⁸⁹ См., например, *Lautsi and Others v. Italy* [GC], Application No. 30814/06 (European Court of Human Rights, 18 March 2011), para. 61, and *Herrmann v. Germany* [GC], Application No. 9300/07 (European Court of Human Rights, 26 June 2012), para. 78.

⁹⁰ См., например, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (см. сноску 42), paras. 111 and 123; *Johnston and others v. Ireland* (см. сноску 42), para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (см. сноску 42), paras. 273 and 274; *Demir and Baykara* (см. сноску 42), para. 65.

⁹¹ *Soering* (см. сноску 43), para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 119, ссылка на *Öcalan* (см. сноску 46), para. 163.

⁹² *Demir and Baykara* (см. сноску 42), para. 76.

⁹³ См., например, *Öcalan* (см. сноску 46), para. 163; *VO v. France* [GC] ECHR 2004-VIII; *Johnston* (см. сноску 42), para. 53; *Bayatyan v. Armenia* Application No. 23459/03 (European Court of Human Rights, 27 October 2009) para. 63, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions; *Soering* (см. сноску 43), para. 103; *Öcalan* (см. сноску 46), para. 191; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42), para. 119.

⁹⁴ *Gelman v. Uruguay* (Merits and Reparations, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 221 (27 February 2011), paras. 215–224, and the Concurring Opinion of Judge Vio Grossi in *López Mendoza v. Venezuela* (Merits, Reparations and Costs, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 233 (1 September 2011), para. 3;

stricto sensu, Межамериканский суд очень часто ссылался в более широком смысле на международные события, которые некоторым образом укладываются в категорию между последующей практикой по смыслу статьи 31(3)(b) и другими «соответствующими нормами» в связи со статьей 31(3) Венской конвенции⁹⁵. В свою очередь Комитет по правам человека время от времени рассматривал последующую государственную практику более тщательно⁹⁶. Причина, по которой Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека менее часто, чем Европейский суд по правам человека, ссылаются на последующую практику, может, в частности, быть связана с нехваткой ресурсов для достоверной проверки достаточно представительной составляющей соответствующей практики.

d) Иные международные судебные органы

40. Порою Международный трибунал по морскому праву учитывал последующую практику сторон в качестве средства толкования⁹⁷. Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный суд признавали, что при толковании материально-правовых норм международного уголовного права, включая договоры, следует учитывать последующую практику национальных судов в сфере толкования⁹⁸. Оба трибунала не ограничивались рассмотрением последующей практики внутригосударственных судов, а также ссылались на последующую практику исполнительных или военных государственных структур⁹⁹. Международный трибунал по бывшей Югославии стал учитывать даже еще общие формы государственной практики, включая тенденции в законодательстве государств-членов, что, в свою очередь, может привести к изменению толкования состава преступлений или их элементов. Например, в деле *Фурунджии* Камера Международного трибунала по бывшей Югославии, пытаясь определить состав преступления изнасилования, запрещаемого статьей 27 четвертой Женевской конвенции, статьей 76(1) Дополнительного протокола I и статьей 4(2)(е) Дополнительного протокола II¹⁰⁰, про-

см. также *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (Merits, Reparations and Costs, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 94 (21 June 2002), para. 12; см. также *'White Van' (Paniagua-Morales and others v. Guatemala)* (см. сноску 48).

⁹⁵ См., например, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (Merits, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4 (29 July 1988), para. 151; *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law* (Advisory Opinion), Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16 (1 October 1999), paras. 130–133 and 137.

⁹⁶ *Kindler v. Canada* (30 July 1993), Communication No. 470/1991, para. 14.2; *Judge v. Canada* (5 August 2002), Communication No. 829/1998, para. 10.3; *Barrett and Sutcliffe v. Jamaica* (30 March 1992), Communication No. 270/1980, para. 8.4; *Simms v. Jamaica* (3 April 1995), Communication No. 541/1993, para. 6.5.

⁹⁷ *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* (Judgment of 1 July 1999) ITLOS Case No. 2, paras. 155 and 156; см. также *The M/V "SAIGA" (No. 1) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* (Prompt Release) (Judgment of 4 December 1997), ITLOS Case No. 1, para. 57.

⁹⁸ *Kupreskić and others* (Judgment), ICTY-95-16 (14 January 2000), para. 541; см. также, *Akayesu* (Judgment), ICTR-96-4-T, T Ch I (2 September 1998), paras. 503 and 542ff.

⁹⁹ *Tadić* (Judgment), ICTY-94-1 (15 July 1999), para. 94; *Jelisić* (см. сноску 65), para. 61 (сноски опущены).

¹⁰⁰ *Furundžija* (Judgment), ICTY-95-17/1 (10 December 1998), paras. 165 ff.

анализировала принципы уголовного права, которые являются общими для главных правовых систем мира, и признала

... что в национальном законодательстве нескольких государств может быть прослежена тенденция к расширению сферы охвата определения изнасилования, с тем чтобы на данный момент оно охватывало деяния, которые ранее квалифицировались как сравнительно менее серьезные преступления, чем сексуальное или непристойное нападение. Эта тенденция свидетельствует о том, что на национальном уровне государства, как правило, занимают более жесткую позицию по отношению к серьезным формам нападений на сексуальной почве: пятно позора в случае изнасилования в настоящее время учитывается в составе все большего числа сексуальных преступлений при определенных требованиях, главным образом установление факта насильственного физического проникновения¹⁰¹.

41. Европейский суд, в отличие от других международных судебных органов, воздерживался от учета последующей практики государств-членов при толковании учредительных договоров Союза (первичное право Союза). Это согласуется с общим подходом к рассмотрению учредительных договоров в качестве «самостоятельного правового режима» и поэтому не ссылался на Венскую конвенцию и не применял ее при толковании этих договоров¹⁰². Однако Суд учитывает последующую практику при толковании соглашений, которые Союз заключил с третьими государствами, и признавал релевантность «установившейся практики сторон Соглашения» для цели их толкования¹⁰³.

2. Последующие соглашения и последующая практика в числе различных средств толкования

42. В результате признания международными судебными органами последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования оно стало применяться в широком круге различных ситуаций. Для настоящей цели достаточно указать на несколько дел из практики Международного Суда, которые являются свидетельством той роли, которую последующие соглашения и последующая практика могут играть применительно к другим средствам толкования. Наиболее важными из таких иных средств толкования являются «обычное значение» терминов договора, их «контекст» и «объект и цель» договора (статья 31(1)(a-c)) Венской конвенции.

а) Обычное значение

43. Что касается «обычного значения» терминов договора, то Суд, например¹⁰⁴, в консультативном заключении по вопросу о ядерном оружии определил, что «боевые яды или отравляющие вещества»:

¹⁰¹ Ibid., para. 179; также *Musema* (Judgment), ICTR-96-13-A, Trial Chamber I (27 January 2000), paras. 220 ff, в частности, para. 228.

¹⁰² См. paras. 26 and 27 above.

¹⁰³ См. Case C-52/77, *Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli* [1977] ECR 2261, para. 18; at 2277; см. также Case C-432/92, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S P Anastasiou (Pissouri) Ltd. and others* [1994] ECR I-3087, paras. 43 and 50.

¹⁰⁴ См. также *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (Preliminary Objections) [1998], *I.C.J. Reports 1998*, p. 306, para. 67; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*

как они понимаются в практике государств в их «обычном значении» — это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удушении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию¹⁰⁵.

44. В деле *Права граждан Соединенных Штатов в Марокко* Международный Суд заявил следующее:

«по итогам анализа соответствующих материалов» складывается общее впечатление о том, что те, кто отвечают за управление таможенной службой (...), использовали все различные имеющиеся в их распоряжении процедуры проверки, хотя, по-видимому, не всегда последовательным образом. С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу¹⁰⁶.

45. И в деле *Мазилу* Международный Суд постановил, что:

в практике, согласно информации, представленной Генеральным секретарем, Организация Объединенных Наций иногда возлагала во все большей степени разнообразные по своему характеру задачи на лиц, не имеющих статуса должностных лиц Организации Объединенных Наций. (...) Во всех таких случаях практика Организации Объединенных Наций свидетельствует о том, что назначенные в таком порядке лица, особенно члены таких комитетов и комиссий, рассматриваются в качестве экспертов в командировке по делам Организации Объединенных Наций по смыслу раздела 22¹⁰⁷.

46. В большинстве дел Международный Суд считал, что установление «обычного значения» того или иного договорного термина, как он был конкретно определен последующей практикой сторон, является определяющим, независимо от того, предполагает ли эта практика более широкое или более ограничительное толкование термина «обычное значение»¹⁰⁸. Одним хорошо известным примером является толкование Международного Суда в решении Суда по делу о *некоторых расходах Организации Объединенных Наций* терминов «расходы» (широкое толкование) и «меры» (ограничительное толкование) в свете последующей практики организации¹⁰⁹.

47. Таким образом, последующая практика сторон склоняется в направлении сужения различных возможных текстуальных значений. Однако также возможно то, что последующая практика указывает на наличие различных нюансов

(Preliminary Objection) [1996], *I.C.J. Reports 1996*, p.815, para. 30; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion) [1950], *I.C.J. Reports 1950*, p.9.

¹⁰⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996], *I.C.J. Reports 1996*, p.248, para. 55.

¹⁰⁶ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952], *I.C.J. Reports 1952*, p.211.

¹⁰⁷ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (Advisory Opinion) [1989], *I.C.J. Reports 1989*, p.194, para. 48.

¹⁰⁸ См., исключение — *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)* [1992], *I.C.J. Reports 1992*, p.586, para. 380.

¹⁰⁹ *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, pp.158ff (“expenses”), and pp.164ff (“action”).

значения или предполагает широкое толкование терминов того или иного договора¹¹⁰.

b) Контекст

48. Толкование того или иного договора не ограничивается толкованием текста с точки зрения его конкретных терминов, но и охватывает «термины договора в их контексте» (статья 31(1) Венской конвенции) в целом. Последующие соглашения и последующая практика могут также влиять на толкование той или иной конкретной нормы, когда практика касается договора в целом или других соответствующих норм договора¹¹¹. Соответственно, Международный Суд в решении по делу *ИМКО* заявил следующее:

Использование критерия регистравого тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции (...) убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [статья 28(a)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистравого тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами¹¹².

49. В то время как последующие соглашения и последующая практика в большей степени используются для прояснения неопределенных или общих терминов¹¹³, было бы далеко необоснованным предполагать, что значение явно четких терминов в значительной степени не может быть подвергнуто сомнению в силу последующих соглашений и последующей практики сторон¹¹⁴. Действительно, Международный Суд время от времени признавал, что последующая практика явно придает четко выраженному договорному положению более открытый характер. Одним из примеров является консультативное заключение по вопросу о Стене, в котором Международный Суд признал, что:

признанная практика Генеральной Ассамблеи, по мере ее развития, согласуется с пунктом 1 статьи 12 Устава¹¹⁵.

¹¹⁰ В частности, Европейский суд по правам человека признает, что разнообразная или неединообразная практика может указывать на то, что договаривающиеся стороны располагают большой свободой в плане соблюдения своих обязательств по Европейской конвенции по правам человека; см. также *Lautsi and Others v. Italy* [GC], Application No. 30814/06 (European Court of Human Rights, 18 March 2011), para. 61, and *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC], Application No. 42857/05 (European Court of Human Rights, 3 April 2012), paras. 31 and 61.

¹¹¹ См., например, *Case concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (Jurisdiction and Admissibility) [1988], *I.C.J. Reports 1988*, p. 87, para. 40.

¹¹² *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion) [1960], *I.C.J. Reports 1960*, p. 169 and 167ff; в аналогичном ключе: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (Part II), p. 91, para. 141.

¹¹³ *Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)* [1960], *I.C.J. Reports 1960*, pp. 208ff; *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноску 19), Declaration of Judge ad hoc Guillaume, p. 290.

¹¹⁴ *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion) (Dissenting Opinion of Judge Spender) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, p. 189.

¹¹⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, p. 150, para. 28.

50. Статья 12 Устава Организации Объединенных Наций является положением, которое четко не отражает, что представляет собой последующая практика Генеральной Ассамблеи.

с) Объект и цель

51. В статье 31(1) Венской конвенции предусматривается, что договор должен также толковаться «в свете объекта и целей». Последующие соглашения и последующая практика, с одной стороны, и объект и цель договора — с другой, могут быть тесно связаны. Таким образом, последующее поведение сторон порой в первую очередь учитывается при конкретном определении объекта и цели договора¹¹⁶. Например, в деле *Дания против Норвегии* Международный Суд разъяснил объект и цель двустороннего соглашения о делимитации континентального шельфа, сославшись на последующую практику, а также порядок осуществления сторонами¹¹⁷. В деле *Камерун против Нигерии* Международный Суд заявил следующее:

из текстов договоров и практики, проанализированных в пунктах 64 и 65 выше, явствует, что Комиссия по освоению бассейна озера Чад — это международная организация, осуществляющая свои полномочия в пределах конкретного географического района; однако ее задача не заключается в урегулировании на региональном уровне вопросов, связанных с поддержанием международного мира и безопасности, и, таким образом, на нее не распространяется действие положений главы VIII Устава¹¹⁸.

52. Было высказано предположение о том, что характер документа (например, многосторонний/двусторонний/односторонний; нормоустановительный/договорный) и природа предмета (например, технический/рентабельно ориентированный; ориентированный на экономические вопросы/права человека) в качестве элементов объекта и цели договора способствовали бы определению степени возможности того, чтобы последующие соглашения и последующая практика являлись средством толкования¹¹⁹. Однако такие предположения не могут получить четкого подтверждения в практике Международного Суда. Последующие соглашения и последующая практика использовались в качестве важ-

¹¹⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) [1971], *I.C.J. Reports* 1971, p. 179; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004], *I.C.J. Reports* 2004, p. 179, para. 109; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Preliminary Objection) [1996], *I.C.J. Reports* 1996, p. 815, para. 30; Rosalyn Higgins, "Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law" in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), p. 180; Giovanni Distefano, "La pratique subséquente des Etats Parties à un traité" (1994), *Annuaire français de droit international*, vol. 40, pp. 52–54.

¹¹⁷ *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [1993], *I.C.J. Reports* 1993, p. 51, para. 27.

¹¹⁸ См. также *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (Preliminary Objections) [1998], *I.C.J. Reports* 1998, p. 306, para. 67.

¹¹⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) (Separate Opinion of Judge Dillard) [1971], *I.C.J. Reports* 1971, p. 154, footnote 1.

ного средства толкования Устава Организации Объединенных Наций¹²⁰, а также двусторонних пограничных договоров¹²¹ и односторонних заявлений, касающихся юрисдикции того или иного суда или трибунала¹²². Кроме того, как представляется, отсутствует заметное различие в плане относительной важности последующих соглашений или последующей практики, когда речь идет о «нормоустановительных» и «предусматривающих обязательства» договорах, если такое различие вообще можно провести. Это же справедливо применительно к различию между более техническими и более ориентированными на стоимостные показатели договоры или положения.

53. Однако это соображение, основанное на практике Международного Суда, не может приниматься во внимание в общем плане. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических, правозащитных и иных договоров, порой акцентированы на «объекте и цели» договора или на «обычном значении» того или иного термина договора в зависимости от рассматриваемого режима¹²³. Поэтому было бы преждевременным делать вывод из практики Международного Суда о том, что характер документа и природа предмета — в качестве элементов объекта и цели договора — не влияют на относительную важность последующих соглашений или последующей практики при толковании того или иного договора. Возможно, что относительно небольшое число дел и отсутствие специализации Международного Суда до настоящего времени не позволили сформировать более дифференцированную картину на базе его судебной практики. Поэтому, по-видимому, было бы целесообразным более тщательно рассмотреть этот вопрос на более позднем этапе работы.

3. Современное и эволютивное толкование

54. Возможная юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования также зависит от так называемого «интертемпорального права»¹²⁴. Это касается вопроса о том, должен ли договор толковаться в свете обстоятельств на момент его заключения («современное толкование») или же в свете обстоятельств на момент его применения («эволютивное толкование») ¹²⁵. Первоначально мнение судьи Макса Губера, не имеющее нормоустановительного характера, в решении по делу об острове Пальмас о том, что «установленный в ходе судебного разбирательства

¹²⁰ См., например, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, p. 149, para. 27.

¹²¹ См. например, *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, p. 1087, para. 63.

¹²² См. например, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* (Preliminary Objection) [1952], *I.C.J. Reports 1952*, p. 106.

¹²³ См. пункты 11–27 выше.

¹²⁴ Malgosia Fitzmaurice, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties” (2008) *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21, pp. 101ff; T.O. Elias, “The Doctrine of Intertemporal Law” (1980) *American Journal of International Law*, vol. 74, pp. 285ff; Don Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); Markus Kotzur, “Intertemporal Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com> accessed 22 January 2013); Ulf Linderfalk, “Doing the Right thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties” (2008), *International Community Law Review*, vol. 10, No. 2, pp. 109ff; Alfred Verdross and Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (3rd edition, Duncker & Humblot, 1984), pp. 496ff, paras. 782ff.

¹²⁵ M. Fitzmaurice, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties” (см. сноску 124), p. 101.

факт должен приниматься во внимание в свете норм международного права¹²⁶ в том виде, как они существовали в соответствующее время», «подвинул многих на, в общем, поддержку современного подхода»¹²⁷.

а) Предыдущая работа Комиссии

55. Комиссия рассматривала вопрос об интертемпоральном праве, главным образом, в ходе своей работы над темой о праве международных договоров и фрагментации международного права. Работая над проектами статей о праве международных договоров, Комиссия обсуждала вопрос о договорном толковании понятия «с течением времени» в контексте положений, которые позднее обрели форму статьи 31(3)(с) Венской конвенции. Тогда Комиссия сделала вывод о том, что «попытка сформулировать норму, охватывающую в полном объеме темпоральный элемент, столкнется с трудностями», и поэтому она «пришла к выводу о том, что темпоральный элемент следует исключить»¹²⁸.

56. Этот вопрос вновь рассматривался в рамках Исследовательской группы по вопросу о фрагментации¹²⁹. По итогам обсуждений в Исследовательской группе был сделан вывод о сложности формулирования и согласования общей нормы, которая отдавала бы предпочтение либо принципу современного толкования, либо принципу эволютивного толкования. В своем заключительном докладе Председатель Исследовательской группы Мартти Коскенниemi в этой связи сделал вывод о том, что было бы «наиболее целесообразным (...) просто выделить определенные соображения»¹³⁰, которые надлежит принимать во внимание при толковании того или иного конкретного договора:

отправной точкой должен являться (...) тот факт, что решение этого вопроса — это вопрос толкования самого договора. Содержат ли используемые формулировки какие-либо указания? Отправной точкой аргументации вполне правдоподобно может быть «принцип одновременности», когда речь идет о нормативном содержании на тот момент и когда обязательство вступило в силу для той или иной соответствующей стороны. В каком случае сам язык договора в этом контексте позволяет учитывать развитие события? В число примеров, когда это может быть разумной презумпцией, входят по меньшей мере:

- а) употребление термина в договоре, который является «не статичным, а эволюционирующим». (...)
- б) описание обязательств в весьма общей форме, действующее таким образом в качестве отсылки к государству права во время его применения. (...)

¹²⁶ *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)* (1928), Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 845.

¹²⁷ Higgins (см. сноску 116), p. 174.

¹²⁸ Yearbook of the International Law Commission (1966), vol. II, p. 222, para. 16; Higgins (см. сноску 116), p. 178.

¹²⁹ Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, «Фрагментация международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, окончательно подготовленный Мартти Коскенниemi (2006 год) (A/CN.4/L.682 и Corr. 1, пункт 475).

¹³⁰ Там же, пункт 478.

57. Таким образом, предыдущая работа Комиссии оставляет открытой возможность того, чтобы последующие соглашения и последующая практика играли роль в определении того, является ли надлежащим в том или ином конкретном случае более современное или более эволютивное толкование.

b) Связь между эволютивным толкованием и толкованием в свете последующей практики

58. Международный Суд рассмотрел вопрос о связи между эволютивным толкованием и последующей практикой сторон в деле о споре относительно судоходных и смежных прав (*Коста-Рика против Никарагуа*)¹³¹. Это дело касалось договора между Коста-Рикой и Никарагуа 1858 года, который предоставлял Коста-Рике свободу судоходства по реке Сан-Хуан для «торговых целей» (“*objetos de comercio*”). Никарагуа утверждала, что во время заключения договора и в течение длительного времени после этого термин “*comercio*” толковался государствами-участниками как касающийся только товаров, а не услуг, в частности, перевозки людей в туристических целях. Однако Суд не счел, что этот аргумент является убедительным, заявив следующее:

с одной стороны, последующая практика сторон по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия сторон. С другой стороны, имеют место ситуации, когда намерение сторон при заключении договора заключалось в том, чтобы (...) придать используемым терминам (...) значение или содержание, которое может эволюционировать и не быть статичным навсегда, с тем чтобы открыть возможность, среди прочего, для учета развития норм международного права¹³².

59. Тогда Суд признал, что термин “*comercio*” является «общим термином», о чем «стороны обязательно знали, что его значение (...), по всей видимости, претерпит с течением времени эволюцию» и что «договор заключался на очень длительный период», а также сделал вывод о том, что «необходимо презюмировать, что стороны (...) намеревались», чтобы «термин носил эволюционный характер»¹³³. И поскольку термин «торговля» сегодня, в общем, воспринимался как охватывающий как товары и услуги, Суд сделал вывод о том, что Коста-Рика имеет право, согласно договору, перевозить не только товары, но и людей по реке Сан-Хуан¹³⁴. Судья Скотников, выразив мнение о неуместности эволютивного договорного толкования, пришел к этому же выводу, признав, что последующая практика Коста-Рики в области туризма по реке Сан-Хуан «в течение по меньшей мере десятилетия», против которой Никарагуа «никогда не протестовала» и которая, скорее, «относилась к последовательной практике, разрешающей туристическое судоходство», привела к различному толкованию договора, в результате чего такие услуги были включены в сферу охвата термина “*objetos de comercio*”¹³⁵. Судья *ad hoc* Гийом также пришел к выводу о том, что «практика согласуется с этим, как об этом свидетельствуют Меморандум о взаимопонимании от 5 июня 1994 года, подписанный министрами туриз-

¹³¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноску 19), p. 213.

¹³² *Ibid.*, para. 64.

¹³³ *Ibid.*, paras. 66–68.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 71.

¹³⁵ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Skotnikov, p. 283, and p. 285, para. 9.

ма обоих государств, а также активизация туристической круизной навигации по реке Сан-Хуан в недавние годы»¹³⁶.

60. Решение в деле *Коста-Рика против Никарагуа* свидетельствует о том, что последующие соглашения и последующая практика сторон могут играть вспомогательную и ограничительную роль в плане возможности эволютивного толкования. Вспомогательное воздействие состоит в подтверждении того, что эволюционирующее понимание договора может основываться на последующей практике в качестве аутентичного средства толкования. Ограничительное воздействие последующей практики¹³⁷ проявляется, когда оно вступает в контраст с эволютивным толкованием, базирующимся на других основаниях, в частности на объекте и цели договора. Таким образом, судьи, которые особо подчеркнули необходимость обеспечения стабильности договорных отношений (Скотников, Гийом), высказались в поддержку признания неформально сформулированного толкования по итогам последующей практики, в то время как в заключении Суда отражен более динамичный подход, предусматривающий использование более абстрактной формы эволютивного толкования. В любом случае судьи в деле *Коста-Рика против Никарагуа* поддержали вывод о том, что эволютивное толкование возможно, если оно сопровождается общей последующей практикой сторон.

61. Учитывающий нюансы подход, который отражен в докладе Исследовательской группы КМП о фрагментации международного права и в решении по делу *Коста-Рика против Никарагуа*, прочно закрепился в судебной практике Международного Суда. Однако это не исключает альтернативы более современного или более эволютивного толкования от повторного использования в конкретных делах. В частности, судья Гийом высказал идею о том, что в юриспруденции существуют две следующие различные позиции: одна склоняется к более современному толкованию, а другая — к более эволютивному толкованию¹³⁸. Однако следует отметить, что, по его мнению, дела, в которых отдавалось предпочтение более современному подходу, в большинстве случаев касались скорее конкретных терминов в договорах о границах («водораздел»¹³⁹; «основное русло/тральвег»¹⁴⁰; названия мест¹⁴¹; «устье» реки¹⁴²). В таких случаях возможно, что изменения значения (общей или конкретной) терминов

¹³⁶ Ibid., Declaration of Judge ad hoc Guillaume, p. 290 and pp. 298 and 299, para. 16.

¹³⁷ См., например, Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 246.

¹³⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноску 19), Declaration of Judge Ad Hoc Guillaume, p. 290, pp. 294ff, paras. 9ff; см. также доклад Комиссии международного права, пятьдесят седьмая сессия (A/60/10, пункты 467 и 479); доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, окончательно подготовленный Мартти Коскенниemi (2006 год) (A/CN.4/L.682 и Corr.1, пункт 478); Resolution of the Institut de droit international on “Le problème intertemporel en droit international public” (1975) *Annuaire de l’Institut de droit international*, 536.

¹³⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Merits) [1962] I.C.J. Reports 1962, p. 14.

¹⁴⁰ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999] I.C.J. Reports 1999, p. 1060f, para. 21.

¹⁴¹ *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)* (2002) Reports of International Arbitral Awards, vol. XXV, part III, p. 110, para. 3.5.

¹⁴² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)* [2002] I.C.J. Reports 2002, p. 339, para. 48.

логии обычно не затрагивают суть конкретного соглашения, которое разрабатывалось с тем, чтобы, по возможности, быть стабильным и транспарентным, независимо от контекстуальных элементов. С другой стороны, те дела, которые могли бы поддерживать легитимность эволютивного толкования, касаются терминов, значение которых в большей степени имманентно зависит от контекста. В частности, это справедливо по отношению к таким терминам, как «особо трудные условия современного мира» или «благосостояние и развитие этих народов» в статье 22 Статута Лиги Наций, которые в своем заключении о Намибии Международный Суд подверг прогрессивному толкованию, сославшись на эволюцию права народов на самоопределение после второй мировой войны¹⁴³. Другие признавали основания, касающиеся возможности эволютивного толкования, которые носят «общий» характер того или иного конкретного термина в договоре¹⁴⁴, и тот факт, что при разработке договора предусматривалось, что он не будет «ограничен во времени»¹⁴⁵. Могут существовать даже более конкретные основания, оправдывающие эволютивное толкование. Например, в деле *Iron Rhine* сохраняющаяся жизнеспособность и эффективность соглашения как такового являлась одной из важных причин того, что Трибунал признал, что даже довольно технические нормы могут толковаться эволютивным образом¹⁴⁶.

62. В любом случае решения, в которых Международный Суд применял эволютивное толкование, далеко не отходили от текста и определимого намерения сторон договора, так как они также находили отражение в последующих соглашениях и последующей практике¹⁴⁷. Таким образом, как представляется, эволютивное толкование не является отдельным методом толкования, а скорее результатом надлежащего применения обычных средств толкования¹⁴⁸. Поэтому уместно, что последующие соглашения и последующая практика играли важную роль в прецедентных делах, когда международные суды и трибуналы признавали и применяли эволютивное толкование. Например, в деле о *Намибии* Международный Суд сослался на практику органов Организации Объединенных Наций и государств, с тем чтобы конкретно определить выводы, к ко-

¹⁴³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* [1971], *I.C.J. Reports* 1971, p. 30, para. 51.

¹⁴⁴ *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)* [1978], *I.C.J. Reports* 1978, p. 32, para. 77.

¹⁴⁵ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноски 19, p. 213, para. 66).

¹⁴⁶ *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. the Netherlands)* Permanent Court of Arbitration (award of 24 May 2005) para. 80: «в настоящем деле рассматривается не концептуальный или общий термин, а скорее новые технические события, связанные с функционированием и пропускной способностью железной дороги»; см. также *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Judgment) [1978], *I.C.J. Reports* 1978, p. 32, para. 77; см. *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)* (Award of 31 July 1989) *Reports of the International Arbitral Awards*, pp. 151–152, para. 85.

¹⁴⁷ См. также *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (1989) 20 Record of International Arbitral Awards, vol. XX, part II, 119ff and 151f, para. 85.

¹⁴⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноски 19) Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 290 and p. 294, para. 9; Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht* (см. сноски 124) p. 498.

торым он пришел на базе имманентного эволютивного характера права на самоопределение. В *деле об Эгейском море* Суд признал, что «значимость» того, что он квалифицировал в качестве «обычного, общего смысла» термина «территориальный спор», была подтверждена административной практикой Организации Объединенных Наций и поведением стороны, ссылавшейся на ограничительное толкование в другом контексте¹⁴⁹.

63. По зрелом размышлении, как представляется, судебная практика Международного Суда и арбитражных трибуналов не вступает в противоречие с «общей поддержкой сегодняшних ведущих авторов эволютивного толкования договоров», как это было отмечено трибуналом в решении по делу *Iron Rhine*¹⁵⁰. Другие международные судебные органы также в различной степени проявляли открытость по отношению к эволютивному толкованию. В то время как Апелляционный орган ВТО только на исключительной основе признавал и производил эволютивное толкование, эволютивный подход к толкованию стал одной из характерных черт судебной практики в рамках Европейского суда по правам человека и Европейской конвенции по правам человека в качестве «живого документа»¹⁵¹. Таким образом, даже если бы по-прежнему было бы уместным исходить из презумпции о том, что договор должен иметь современное толкование, она не является сильной презумпцией и из нее имеется целый ряд исключений.

4. Вывод: проект вывода 2

64. В совокупности вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода¹⁵²:

¹⁴⁹ *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* [1978], *I.C.J. Reports* 1978, p. 31, para. 74.

¹⁵⁰ *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. The Netherlands)* (см. сноску 146) para. 81; см., например, J.M. Sorel "Article 31", in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités* (Bruylant, 2006), p. 1330, para. 55.

¹⁵¹ WTO, *United States: Shrimp* (см. сноску 30) para. 130; European Court of Human Rights, *Tyrer* (см. сноску 46) para. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42) para. 119 со ссылкой на решение по делу *Öcalan* (см. сноску 46) para. 163; *Selmouni* (см. сноску 46) para. 101.

¹⁵² См. предварительные выводы 4 и 7 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» (A/66/10, пункт 344), в частности, предварительные выводы 4 и 7 (первое и второе предложения):

4) Признание принципа последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования

Все охваченные обзором судебные органы признают, что последующие соглашения и последующая практика по смыслу пунктов 3(a) и 3(b) статьи 31 ВКПМД являются средствами толкования, которые они должны принимать во внимание при толковании и применении договоров.

7) Эволютивное толкование и последующая практика

Эволютивное толкование представляет собой форму ориентированного на цель толкования. Последующая практика может задавать направления эволютивному толкованию в узком и в широком смысле.

Проект вывода 2

Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичного средства толкования

Последующие соглашения и последующая практика в отношениях между сторонами договора являются аутентичным средством толкования, которое должно учитываться при толковании договоров.

Последующие соглашения и последующая практика сторон могут служить ориентиром для эволютивного толкования договора.

V. Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средства толкования договора

65. В статье 31(3)(a) Венской конвенции признается «любое последующее соглашение» (1) и статье 31(3)(b) Венской конвенции утверждается, что «последующая практика» (2) при определенных условиях являются средством толкования договора. Последующая практика одной или нескольких сторон договора может также быть средством толкования согласно статье 32 Венской конвенции, даже если не выполняются все условия, предусмотренные статьей 31(3)(b). Поэтому необходимо определить концепции «последующее соглашение» и «последующая практика».

1. Последующее соглашение

66. В связи с концепцией «последующего соглашения» возникают следующие вопросы: а) его форма и отличие от «последующей практики (...), которая устанавливает соглашение участников; б) его релятивный характер; с) необходимое количество сторон; и d) его последующий характер.

а) Форма любого «последующего соглашения» и отличие от «последующей практики (...), которая устанавливает соглашение участников»

67. В статье 31(3)(a) Венской конвенции употреблен термин «последующее соглашение», а не термин «последующий договор». Однако это не означает, что «последующее соглашение» обязательно является менее официальным, чем «договор». В то время как «договор» по смыслу Венской конвенции должен быть заключен в письменной форме (статья 2(1)(a) Венской конвенции), в общем международном праве такое требование отсутствует¹⁵³. Термин «соглашение» в Венской конвенции¹⁵⁴ и в общем международном праве в равной степени не подразумевает какую-либо особую степень официальности. Комиссия разъяснила, что статья 39 Венской конвенции, в которой излагается общее правило, согласно которому «договор может быть изменен по соглашению между участниками», означает, что «изменение соглашения может принимать любую форму, которую могут выбрать стороны первоначального договора»¹⁵⁵. Составители Венской конвенции также не предусматривали какие-либо особые

¹⁵³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) (Jurisdiction and Admissibility)* [1994] *I.C.J. Reports* 1994, p. 92, para. 120f; см. Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2008) p. 81; Philippe Gautier, “Article 2 (1969)”, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Vol. I* (Oxford University Press, 2011) pp. 38f; Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996) pp. 49f; см. также A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (1986) *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Issue 4, pp. 787 and 794ff.

¹⁵⁴ См. статьи 2 (1)(a), 3, 24 (2), 39–41, 58, 60 Венской конвенции.

¹⁵⁵ *Yearbook of the International Law Commission* (1966) vol. II, p. 232; см. также Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (см. сноску 153) article 39, p. 513, para. 7; Philippe Sands, “Article 39 (1969)” in Corten and Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (см. сноску 153), pp. 971–972, paras. 31–34.

официальные требования в отношении соглашений по смыслу статьи 31(3)(a) и (b) Венской конвенции¹⁵⁶.

68. В то время как каждый договор является соглашением, не каждое соглашение является договором. Именно в этом заключается цель «последующего соглашения» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции, согласно которой оно учитывается при толковании договора, но не всегда имеет обязательную силу¹⁵⁷. Вопрос о разграничении случаев, когда последующее соглашение между сторонами имеет обязательную силу и при каких обстоятельствах оно является просто средством толкования, в числе прочих, будет рассмотрен в одном из последующих докладов.

69. Однако необходимо проводить различие между «последующим соглашением» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции и «любой последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции. В противном случае, все соглашения, которые установлены последующей практикой, одновременно являлись бы также «последующими соглашениями относительно толкования договора» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции.

70. Сначала следует отметить, что, проводя различие между «последующим соглашением» (статья 31(3)(a)) и «последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» (статья 31(3)(b)), Комиссия не намеревалась обозначать различие в отношении их возможного юридического воздействия. В комментарии «последующее соглашение» квалифицируется как представляющее собой «аутентичное толкование участниками, которое должно быть заложено в текст договора для целей его толкования»¹⁵⁸, и говорится, что «последующая практика» аналогичным образом «представляет собой объективное доказательство понимания сторонами смысла договора»¹⁵⁹. Это разъяснение предполагает, что различие между этими двумя концепциями заключается в том факте, что «последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора или применения его положений» *ipso facto* — это аутентичное толкование договора, в то время как воздействие «последующей практики» имеет такое же воздействие только тогда, когда она «демонстрирует общее понимание сторон относительно значения

¹⁵⁶ Проект статьи 27(3)(b) КМП, который впоследствии стал статьей 31(3)(b) Венской конвенции, содержал слово «понимание», которое на Венской конференции было заменено словом «соглашение». Это изменение носило «просто редакционный характер», см. *Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole*, United Nations Conference on the Law of Treaties (First session, *Official Records*) (Vienna, 26 March — 24 May 1968) (A/CONF.39/11, p. 169); Hazel Fox, “Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention”, in Malgosia Fitzmaurice Olinfemi Elias and Panos Mercouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010) p. 63; см. также *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999] *I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, paras. 23f.

¹⁵⁷ Однако см. Ronald Bettauer, Deputy Legal Adviser, United States Department of State, remarks at the meeting, held on 10 October 2006, of the Lawyers’ Committee on Nuclear Policy, New York City Bar, on the topic “Is the United States in compliance with international law on nuclear weapons?”, excerpts reprinted in Sally J. Cummins (ed.), *Digest of United States Practice in International Law 2006* (International Law Institute, 2007), pp. 1260 and 1261.

¹⁵⁸ Yearbook of the International Law Commission (1966), vol. II, p. 221, para. 14.

¹⁵⁹ Ibid., para. 15.

терминов»¹⁶⁰. Это предполагает, что «последующее соглашение участников», как правило, легче доказать, чем «последующую практику (...), которая устанавливает соглашение участников»¹⁶¹.

71. Практика международных судов и других судебных органов свидетельствует об определенной неготовности проводить четкое различие между последующими соглашениями и последующей практикой. В деле *Ливия против Чада* Международный Суд использовал выражение «последующие подходы» как для определения того, что он впоследствии охарактеризовал в качестве «последующих соглашений», так и последующих односторонних «подходов»¹⁶². В деле *Индонезия против Малайзии* Международный Суд оставил открытым вопрос о том, является ли использование той или иной конкретной карты последующим соглашением или последующей практикой¹⁶³. В деле о проекте «Габчиково — Надьямарош» Суд говорил о «последующих позициях», с тем чтобы установить, что «ясно выраженные термины в самом договоре, следовательно, на практике были признаны сторонами как могущие быть предметом обсуждения»¹⁶⁴. В решении по делу *СМЕ* трибунал ЮНСИТРАЛ сослался на термин «общая позиция» в отношениях между государством-инвестором и государством-ответчиком для подтверждения своего толкования инвестиционного договора, не идентифицируя это в качестве случая, подпадающего под действие статьи 31(3)(a) или (b) Венской конвенции¹⁶⁵. Аналогичным образом, суды и Апелляционный орган ВТО не всегда проводили четкое различие между последующим соглашением и последующей практикой¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Yearbook of the International Law Commission (1966), vol. II, p. 222, para. 15; Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983) p. 294.

¹⁶¹ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports* 1999, p. 1087, para. 63.

¹⁶² *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad)* [1994], *I.C.J. Reports* 1994, p. 34, paras. 66ff.

¹⁶³ *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)* [2002], *I.C.J. Reports* 2002, p. 656, para. 61.

¹⁶⁴ *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia)* [1997], *I.C.J. Reports* 1997, p. 77, para. 138, см. также *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) (Jurisdiction and Admissibility)* [1995], *I.C.J. Reports* 1995, p. 122, para. 28 («последующее поведение»).

¹⁶⁵ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. the Czech Republic* (Final Award) UNCITRAL Arbitration (14 March 2003) para. 437 (http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf, accessed 6 March 2013).

¹⁶⁶ См. «Scheduling guidelines» in *Mexico: Telecoms — Report of the Panel* (2 April 2004) (WT/DS204/R) и в *United States: Gambling: Report of the Appellate Body* (7 April 2005) (WT/DS285/AB/R); что касается квалификации «1981 Understanding», то см. *United States: Tax Treatment for Foreign Sales Corporations, Report of the Panel, unopposed* (8 October 1999) (WT/DS108/R). См. «SCM Code» in *Brazil: Measures affecting desiccated coconut, Report of the Panel, unopposed* (17 October 1996) (WT/DS22/R), and a «waiver» in *European Communities: Bananas III, second recourse to article 21.5, Appellate Body Report* (26 November 2008) (WT/DS27/AB/RW2/ECU and WT/DS27/AB/RW/USA).

72. Трибунал НАФТА в деле *CCFT (v. United States)*¹⁶⁷ более отчетливо рассмотрел вопрос о различии между последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции и последующей практикой по смыслу статьи 31(3)(b) Конвенции. В этом деле Соединенные Штаты утверждали, что в совокупности ряд односторонних мер трех участников НАФТА представляет собой последующие соглашения¹⁶⁸. В качестве первого шага этот трибунал не нашел доказательств, достаточных для установления факта наличия последующего соглашения:

Ответчик утверждает, что существует такое «последующее соглашение», и указывает на свои собственные заявления по этому вопросу в настоящем трибунале и в других случаях; на представленный Мексикой по статье 1128 документ на настоящее арбитражное разбирательство; и на заявления Канады по этому вопросу, первое из которых касалось осуществления НАФТА, а также последующее заявление, содержащееся в ее контр-меморандуме по делу Маерз.

Разумеется, что все это предполагает определенную приближенность к соглашению, однако Трибунал счел, что все это не достигает уровня «последующего соглашения» сторон НАФТА. (...) Трибунал делает вывод об отсутствии «последующего соглашения» по этому вопросу по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции¹⁶⁹.

73. Однако в качестве второго шага трибунал пришел к выводу о том, что эти же самые доказательства являются соответствующей последующей практикой:

Сохраняется следующий вопрос: существует ли «последующая практика», которая устанавливает наличие соглашения сторон НАФТА по этому вопросу по смыслу статьи 31(3)(b)? Трибунал делает вывод о том, что она существует. Хотя, по мнению Трибунала, в деле отсутствуют достаточные доказательства для демонстрации наличия «последующего соглашения между сторонами в отношении толкования договора или применения его положений», имеющиеся доказательства, приведенные ответчиком, показывают нам, что, тем не менее, существует «последующая практика при применении договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования»¹⁷⁰.

74. Эта практика предполагает, что различие между «последующим соглашением» и «последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников» по смыслу статьи 31(3) Венской конвенции, указывает на иной дока-

¹⁶⁷ *CCFT (v. United States)* (см. сноску 38); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Decision on the challenge to the President of the Committee) ICSID Case No. ARB/97/3 (3 October 2001) [2004] ICSID Rep 330, para. 12; см. Panos Merkouris and Malgosia Fitzmaurice, “Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement”, в Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010) pp. 217-233.

¹⁶⁸ *CCFT (v. United States)* (см. сноску 38) paras. 174-177.

¹⁶⁹ *Ibid.*, paras. 184-187.

¹⁷⁰ *Ibid.*, paras. 188-189; в аналогичном ключе: *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia* (Netherlands/Bolivia BIT) (Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/02/3 (21 October 2005) [2005] 20 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* (2006) p. 450, para. 251; *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland — United Kingdom)* (2003) (см. сноску 112), p. 110, para. 180.

зательный стандарт для определения «аутентичного» выражения воли сторон. Различие между последующими соглашениями и последующей практикой проводится по признаку того, может ли быть идентифицирована общая позиция *как таковая* в форме общего выражения или же необходимо косвенно устанавливать наличие соглашения, анализируя конкретное поведение или обстоятельства. В этом ключе «последующее соглашение» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции должно проявляться как таковое, хотя и не всегда в письменной форме¹⁷¹, в то время как «последующая практика» охватывает все (другие) формы соответствующего последующего поведения одной или нескольких сторон договора, что способствует проявлению соглашения сторон относительно толкования договора.

75. Таким образом, в то время как «последующая практика» может способствовать установлению соглашения сторон, такая практика не является сама по себе соглашением. Однако не исключено, что «практика» и «соглашение» совпадают и не могут быть разграничены посредством внешних доказательств. Это объясняет то, почему «последующая практика» часто используется в смысле более широкой общей категории, охватывающей как средства толкования, о которых идет речь как в статье 31(3)(a), так и в статье 31(3)(b) Венской конвенции¹⁷². Однако такое широкое понимание «последующей практики», хотя идеально возможное в теории, сравнивало бы различие, которое отражено в Венской конвенции и которое преследует цель информирования государств и других правоприменителей о различных видах соответствующего последующего толкования положений сторонами.

b) Релятивный характер

76. «Последующее соглашение» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции должно касаться «толкования договора или применения его положений» и должно соответственно быть релятивным. Посредством такого соглашения стороны должны стремиться, среди прочего, к разъяснению значения договора и указания того, как договор должен применяться¹⁷³.

77. Ссылка «относительно (...) договора» часто может быть выявлена с помощью определенного указания на подчиненность «последующего соглашения» по договору, к которой она относится. Такая ссылка может также присутствовать в заключенном впоследствии договоре, содержащем соглашение относительно значения предыдущего договора в отношениях между одними и теми же сторонами. В деле *Дания против Норвегии*, например, Международный Суд рассмотрел вопрос о том, может ли «последующий договор» между сторонами «в этой же области» использоваться для цели толкования предыдущего договора, но отверг эту возможность, поскольку заключенный в более позднее время договор не содержал никаких «ссылок» на предыдущий дого-

¹⁷¹ Sorel, "Article 31" (см. сноску 150), p. 1320, para. 43; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), p. 209.

¹⁷² *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Provisional Measures, Order of 13 July 2006) [2006], *I.C.J. Reports 2006*, p. 113, para. 53: в этом деле даже ясно выраженное последующее устное соглашение было охарактеризовано сторонами как «последующая практика».

¹⁷³ WTO, *US: Tuna II (Mexico)* (см. сноску 80), WT/DS381/AB/R, paras. 366–378, в частности, para. 372; Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Springer, 2007) pp. 164f.

вор¹⁷⁴. В деле *Коста-Рика против Никарагуа* судья Гийом сослался на реальную практику в области туризма по реке Сан-Хуан в соответствии с меморандумом о взаимопонимании между двумя этими государствами¹⁷⁵. Однако вопрос заключается в том, предполагали ли стороны меморандума о взаимопонимании, что он будет использоваться при толковании рассматриваемого договора о границе. Так, даже ясно выраженное соглашение между сторонами не всегда является «последующим соглашением» по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции, если оно в достаточной степени не связано с рассматриваемым договором.

78. Что касается нынешней дефиниционной цели, то необходимость проработки релятивного характера «последующего соглашения» более конкретным образом отсутствует. Это будет сделано на более позднем этапе работы.

с) Количество сторон

79. «Последующее соглашение» по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции — это соглашение между «сторонами», т.е. между всеми сторонами договора (статья 2(1)(g) Венской конвенции). Однако это необязательно означает, что термин «последующее соглашение» сам по себе и независимо от статьи 31(3)(а) Венской конвенции ограничивается — для цели толкования договоров — соглашениями между всеми сторонами договора. Действительно, существуют также примеры соглашений между ограниченным кругом сторон договора, когда речь идет о его толковании.

80. Договоры с широким кругом участников порой исполняются посредством последующих двусторонних или региональных соглашений. Такие соглашения обычно содержат имплицитные предположения относительно допустимого толкования самого основного договора («серийная двусторонность»)¹⁷⁶. Чикагская конвенция о международной гражданской авиации 1944 года¹⁷⁷ является одним из примеров такой формы последующей имплементации через посредство двусторонних соглашений на многосторонней договорной основе. Со времени вступления в силу Чикагской конвенции было заключено от 3000 до 4000, главным образом, двусторонних соглашений о воздушном сообщении или соглашений о воздушных перевозках¹⁷⁸. Эта двусторонняя система была охарактеризована как «сложная сеть взаимосвязанных соглашений о воздушном сообщении»¹⁷⁹, которая «эволюционировала в рамках последующей прак-

¹⁷⁴ *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*[1993], *I.C.J. Reports* 1993, p. 51, para. 28.

¹⁷⁵ *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноску 19) Declaration of Judge ad hoc Guillaume, pp. 290, 298–299, para. 16.

¹⁷⁶ Это выражение заимствовано из Eyal Benvenisti and George W. Downs, “The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law” (2007) *Stanford Law Review*, vol. 60, pp. 610–611.

¹⁷⁷ Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention) (принята 7 декабря 1944 года, вступила в силу 4 апреля 1947 года) *United Nations Treaty Series*, vol. 15, No. 102, p. 295.

¹⁷⁸ См. Harry A Bowen, “The Chicago International Civil Aviation Conference (1944–1945)” 13 *George Washington Law Review*, pp. 308 and 309ff.

¹⁷⁹ Department of Infrastructure and Transport, Australia, “The Bilateral System — how international air services work” (http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx, accessed 31 January 2013).

тики государств»¹⁸⁰. Подобные двусторонние договоры как таковые не являются последующими соглашениями по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции, поскольку они заключаются только между ограниченным кругом сторон многостороннего договора. Однако, если их рассматривать в совокупности и как достаточно последовательные и широкоохватные, то можно сделать вывод о том, что они могут представлять собой соглашение между всеми сторонами, касающееся всех сторон в части, относящейся к значению и сфере охвата соответствующего положения, содержащегося в многостороннем договоре.

81. Должны ли такие соглашения между ограниченным кругом участников того или иного договора в отношении толкования рассматриваться в качестве «последующего соглашения» (в более широком смысле) или же следует употребление термина «последующее соглашение» ограничить теми соглашениями, которые заключаются «между [всеми] сторонами» договора, как это предусмотрено в статье 31(3)(а) Венской конвенции? В конечном счете, это вопрос терминологического свойства, поскольку ответ на него не подразумевает вынесение вывода относительно значения того или иного «последующего соглашения» между ограниченным кругом государств-участников для цели толкования договора. Поэтому теоретически возможно провести различие между (последующим) соглашением между ограниченным кругом участников относительно толкования договора, с одной стороны, и (последующими) соглашениями относительно толкования договора в отношениях между всеми сторонами договора. Такое различие не противоречило бы статье 31(3)(а), поскольку в этом положении говорится только о последнем и не исключается то, что первое может быть одним из дополнительных средств толкования согласно статье 32 Венской конвенции или наоборот.

82. Однако, в конечном счете, было бы более удобным для цели настоящего проекта ограничить использование термина «последующее соглашение» такими соглашениями между всеми сторонами договора, которые зафиксированы в одном отдельном соглашении (или в одном акте, в отношении которого все стороны достигли согласия в какой-либо форме)¹⁸¹. Пример двусторонних соглашений о воздушном сообщении свидетельствует о том, что группа различных соглашений между ограниченным кругом участников того или иного многостороннего договора может также восприниматься как комплекс различных фактологических элементов — «последующая практика», — которые совокупно «составляют соглашение [всех] сторон относительно» толкования договора по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции.

83. Группа различных соглашений между ограниченным числом сторон — это не отдельное соглашение по смыслу термина «последующее соглашение», содержащегося в статье 31(3)(а) Венской конвенции. Для целей терминологической точности концепция «последующего соглашения» должна быть ограничена индивидуальными соглашениями между всеми сторонами, как это указано

¹⁸⁰ Brian F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Kluwer Law International, 2009) *George Washington Law Review*, p. 10.

¹⁸¹ См. WTO, *US: Tuna II (Mexico)* (см. сноску 80) WT/DS381/AB/R, para. 371; Review Conference of the Rome Statute (Kampala, 31 May — 11 June 2010), RC/Res. 6, annex III, adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2011; и в общем, Stefan Barriga and Leena Groover, “A historic breakthrough on the crime of aggression” (2011) *American Journal of International Law*, vol. 105, No. 3 517, 533. Этот аспект будет рассмотрен более подробно в одном из последующих докладов.

в статье 31(3)(а). Последующие соглашения (в более широком смысле) между ограниченным кругом сторон могут иметь значение с точки зрения толкования в качестве дополнительного средства толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции, однако в этом случае они представляют собой одну из форм «последующей практики» (в более широком смысле), которая (еще) не устанавливает факт наличия соглашения всех сторон (см. ниже раздел V.2(а)).

d) «Последующий характер»

84. Комиссия разъяснила, что по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции «последующие соглашения» — это только те соглашения, которые достигнуты «после заключения договора»¹⁸². Этот момент времени не всегда является моментом, когда договор вступил в силу (статья 24 Венской конвенции). В статьях 18 и 25 Конвенции говорится о том, что договор уже может рассматриваться как «заключенный» для некоторых целей до того, как он реально вступил в силу. В таких случаях релевантный момент времени — это момент, когда текст договора был определен как окончательный¹⁸³.

85. Этот момент также актуален для определения момента, когда соглашение может рассматриваться в качестве «последующего» по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции. Было бы сложным выявить причину, почему соглашение между сторонами, которое было достигнуто в период между тем, когда текст договора был определен как окончательный и когда он вступил в силу, не должно быть релевантным для цели толкования в качестве соглашения, достигнутого после вступления в силу. Это согласуется с предусмотренным в статьях 19–23 Конвенции режимом в отношении оговорок и с нормами в отношении заявлений о толковании, которые являются *lex specialis*¹⁸⁴.

86. Необходимо проводить различие между вопросом о том, когда соглашение является «последующим», и вопросом о моменте времени, после которого соглашение действует в отношениях между сторонами в качестве средства толкования договора. Это зависит от момента, когда государство, которое достигло соглашения, реально становится «стороной» договора, т.е. «государством, которое согласилось на обязательность для него договора и для которого договор находится в силе» (статья 2(g) Венской конвенции).

87. «Соглашения» и «инструменты»¹⁸⁵, которые «заключены или используются в связи с заключением договора» (статья 31(2) Венской конвенции), могут заключаться или использоваться либо до, либо после момента, когда текст договора устанавливается в качестве окончательного¹⁸⁶. В том случае, когда «со-

¹⁸² Yearbook of the International Law Commission (1966) vol. II, p. 221, para. 14.

¹⁸³ Yearbook of the International Law Commission (1951) vol. II, pp. 70ff; Yearbook of the International Law Commission (1956) vol. II, p. 112; Shabtai Rosenne, “Treaties, Conclusion and Entry into Force”, в Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), p. 933: «Строго говоря, речь идет о случае, когда переговоры завершаются выработкой договора»; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (см. сноску 153), p. 1295–1298, paras. 9–13.

¹⁸⁴ См. A/66/10/Add.1.

¹⁸⁵ Они могут включать в себя односторонние заявления, если другая сторона не выражает возражений, см. German Federal Constitutional Court, *BVerfGE*, vol. 40, p. 176; см. в общем Gardiner (см. сноску 171), pp. 215 and 216.

¹⁸⁶ Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law* (см. сноску 77), p. 1274, para. 632.

глашения» были заключены, а «инструменты» согласованы после этого момента, они являются особыми формами «последующих соглашений».

е) Соглашения о толковании согласно тому или иному конкретному договорному положению

88. Некоторые договорные положения, такие как статья IX.2 Соглашения об учреждении ВТО, предусматривают, что при определенных условиях стороны могут устанавливать имеющую большую или меньшую обязательную силу интерпретацию некоторых или всех положений договора. Согласно таким положениям, правовые последствия решений сторон регулируются в первую очередь соответствующими специальными договорными положениями. Однако это не исключает возможность того, что такие положения могут в то же время представлять собой «последующее соглашение» по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции. Например, это было признано трибуналом в рамках НАФТА в деле *Methanex v. the United States*. Это дело касалось положения (статья 1105 НАФТА), в отношении которого стороны НАФТА приняли «записку о толковании» («записка Комиссии по свободной торговле») согласно статье 1131(2) НАФТА, согласно которой «(межправительственная) Комиссия по свободной торговле может принимать толкование положения НАФТА, которое будет иметь обязательную силу для того или иного трибунала, учрежденного согласно главе 11»:

Если абстрагироваться от вопроса о воздействии статьи 1131(2) НАФТА, то можно отметить, что толкование ФТК может также рассматриваться в свете статьи 31(3)(a) Венской конвенции, поскольку оно представляет собой последующее соглашение между сторонами НАФТА относительно толкования статьи 1105 НАФТА¹⁸⁷.

89. Хотя реакция на записку Федеральной торговой комиссии со стороны некоторых учрежденных на основании Главы одиннадцать судов была смешанной¹⁸⁸, суды в общем не оспаривали тот факт, что решение согласно статье 1131(2) НАФТА может, в принципе, в то же время быть последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(a) Венской конвенции. В аналогичном ключе Апелляционный орган ВТО в деле *EC — Banana III* заявил следующее:

Мы считаем, что многостороннее толкование согласно статье IX:2 Соглашения о ВТО может быть приравнено к последующему соглашению в отношении толкования договора или применения его положений согласно

¹⁸⁷ *Methanex Corporation v. United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) UNCITRAL Arbitration under NAFTA, Chapter Eleven (3 August 2005), Part II, chap. H, para. 23 (http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf, accessed 28 January 2013).

¹⁸⁸ *Pope & Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada* (Respondent) (Award on the Merits of Phase 2), UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven (10 April 2001), paras. 46f (<http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf>, accessed 28 January 2013); *ADF Group Inc. v. United States of America* (Award), ICSID Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (9 January 2003), para. 177 (<http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf>, accessed 28 January 2013); Charles Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105” (2006) *Virginia Journal of International Law* vol. 46, No. 2, pp. 349 and 350 with further citations; Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation” (2010), *American Journal of International Law* vol. 104, No. 2, pp. 179–225.

статье 31(3)(а) Венской конвенции, когда речь идет о толковании соглашений ВТО. (...)

Мы далее отмечаем, что в своем комментарии по проектам статей о праве международных договоров Комиссия международного права («КМП») характеризует последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции «в качестве нового *аутентичного элемента толкования*, который надлежит принимать во внимание с учетом контекста». По нашему мнению, ссылаясь на «аутентичное толкование», КМП толкует статью 31(3)(а) как указывающую на соглашения, касающиеся конкретно толкования того или иного договора. Что касается ВТО, то многосторонние толкования на основании статьи IX:2 Соглашения о ВТО более всего близки к последующим соглашениям по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции¹⁸⁹...

90. Однако это не означает, что любое решение или соглашение сторон согласно тому или иному конкретному договорному положению, имеющему последствия для толкования, обязательно также является последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции. Однако для нынешней дефиниционной цели достаточно отметить, что последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) не всегда должно быть обособленным и может также быть предусмотрено в самом договоре.

2. Последующая практика

91. Как и в случае с «последующим соглашением», в связи с концепцией «последующая практика» возникает ряд дефиниционных вопросов. Наиболее важными из них являются такие вопросы, как: а) должен ли этот термин восприниматься в узком или широком смысле; б) «релятивный» характер последующей практики; в) значение слова «последующий»; и д) круг релевантных действующих лиц.

а) Узкое или широкое определение?

92. В деле *Japan: Alcoholic Beverages II*¹⁹⁰ Апелляционный орган ВТО сформулировал узкое определение последующей практики для целей толкования договора:

... последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве «согласованного, общего и последовательного» ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной модели, подразумеваемой наличие соглашения сторон относительно ее толкования¹⁹¹.

¹⁸⁹ *European Communities: Bananas III, Second Recourse to Article 21.5, Appellate Body Report* (26 November 2008) WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1 and WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1, paras. 383 and 390.

¹⁹⁰ WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II*, (см. сноску 31) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, and Report of the Panel (11 July 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R.

¹⁹¹ WTDS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, sect. E.

93. Эта дефиниция не ограничивается определением «последующей практики» сторонами при применении договора *как такового*¹⁹² и добавляет другие элементы, которые содержатся в статье 31(3)(b) Венской конвенции, в частности «соглашение сторон относительно его толкования». Эта дефиниция предполагает, что лишь такая «последующая практика при применении договора», «которая устанавливает соглашение сторон относительно его толкования», может вообще быть релевантной для цели толкования договора, а не какая-либо другая форма последующей практики одной или нескольких сторон. Однако это предположение вводит в заблуждение. Судебная практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов (i), и даже судебная практика самой ВТО (ii), свидетельствуют о том, что последующая практика, отвечающая всем условиям статьи 31(3)(b) Международного Суда, является единственной формой последующей практики сторон при применении договора, которая релевантна для цели толкования договора. Это позволяет сделать вывод о том, что «последующая практика» при применении договора одной или несколькими сторонами как таковая должна быть отделена от вопроса о том, образует ли любая такая «последующая практика» «соглашение между сторонами относительно ее толкования» (iii).

i) *Практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов*

94. Международные суды и трибуналы проводили различие между согласованной «последующей практикой» по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции, с одной стороны, и последующей практикой в более широком смысле одной или нескольких сторон договора, которая также может быть релевантной для цели толкования — с другой.

95. В *деле об острове Касикили/Седуду*, например, Международный Суд признал, что доклад технического эксперта, составление которого было заказано одной из сторон и который «всегда оставался внутренним документом»¹⁹³, хотя и не является отражением «последующей практики, которая устанавливает наличие соглашения сторон по смыслу» статьи 31(3)(b) Венской конвенции, может, «тем не менее, подтверждать выводы», к которым Суд пришел, применяя иные средства толкования¹⁹⁴. Это же справедливо в отношении «фактологических выводов, к которым соответствующие стороны пришли по отдельности» и «которые были в совпадающих формулировках изложены в общем докладе»¹⁹⁵. Разумеется, что такая односторонняя или параллельная последующая практика в области толкования не играет ту же роль, что и последующая практика, которая устанавливает соглашение всех сторон и поэтому не может воплощать в себе «аутентичное» толкование того или иного договора его сторонами.

96. Суды МЦУИС также использовали последующую государственную практику в качестве средства толкования в широком смысле¹⁹⁶. Например, при решении вопроса о том, могут ли миноритарии приобретать права по договорам

¹⁹² Курсив добавлен.

¹⁹³ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, p. 1078, para. 55.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

¹⁹⁶ Fauchald (см. сноску 35) p. 345.

о защите инвестиций и обладать процессуальной правоспособностью в МЦУИС, трибунал в деле *CMS Gas v. Argentina* признал, что:

Государственная практика далее подтверждает значение этого меняющегося сценария. (...) Таким образом, на находящихся в меньшинстве и не осуществляющих контроля участников была распространена сфера охвата защиты или возможность предъявлять претензии лично. Современная практика, касающаяся соглашений о паушальных выплатах (...) среди прочих примеров, свидетельствует о все большей гибкости при рассмотрении международных претензий¹⁹⁷.

97. Европейский суд по правам человека в некоторых делах ссылался на статью 31(3)(b) Венской конвенции, не определяя при этом наличие соглашения между участниками в контексте соответствующей последующей практики. Так, Суд в деле *Loizidou v. Turkey*¹⁹⁸ утверждал, что его толкование было «подтверждено последующей практикой договаривающихся сторон»¹⁹⁹, т.е. это «доказательство практики, определяющей практическое универсальное соглашение между договаривающимися сторонами о том, что статьи 25 и 46 (...) Конвенции не позволяют применять ограничения территориального или материально-правового характера»²⁰⁰.

98. Более часто Европейский суд полагался, правда не всегда единообразным образом, на последующую практику, ссылаясь на национальное законодательство или даже внутригосударственную административную практику как средство толкования: обычно в период после вынесения решения по делу *Tyrer v. the United Kingdom* Суд придавал своему «динамичному» или «эволютивному» толкованию направленность в сторону квалификации и использования последующей государственной (и иной) практики. В зависимости от результатов своего анализа — консенсус, отсутствие консенсуса или достаточное квалифицированное большинство или тенденция — Суд использует или не использует динамичное толкование. В деле *Demir and Baykara v. Turkey*²⁰¹, например, Суд признал, что «в том, что касается практики европейских государств, можно отметить, что в подавляющем большинстве из них признается право госслужащих на проведение переговоров о заключении коллективного соглашения со сторонами»²⁰² и что «остающиеся исключения могут быть обоснованы только в случае наличия особых обстоятельств»²⁰³. С другой стороны, в деле *Koch v. Germany* Суд отметил, что договаривающиеся стороны «далеки от достижения консенсуса» в том, что касается оказания содействия в самоубийстве, и поэто-

¹⁹⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (United States/Argentina BIT) (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/01/8, (17 July 2003) [2003], 7 ICSID Report 492 (2003) para. 47 (сноска опущена).

¹⁹⁸ *Loizidou* (см. сноску 42).

¹⁹⁹ *Ibid.*, para. 79.

²⁰⁰ *Ibid.*, para. 80; следует отметить, что Суд охарактеризовал «такую государственную практику» как «единообразную и последовательную», несмотря на тот факт, что он признал, что два государства можно отнести к категории исключений (Кипр и Соединенное Королевство; «независимо от того, что она означает»), paras. 80–82.

²⁰¹ *Demir and Baykara* (см. сноску 42).

²⁰² *Ibid.*, para. 52.

²⁰³ *Ibid.*, para. 151; в аналогичном ключе *Jorgic v. Germany*, Application No. 74613/01 (ECtHR, 12 July 2007), para. 69, selected for publication in ECtHR, *Reports of Judgments and Decisions*; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* (1993), ECtHR, Series A, No. 264, para. 35; *A v. the United Kingdom* (ECHR 2002-X), paras. 80 and 83.

му отказался ограничить степень восприятия посредством эволютивного толкования²⁰⁴. Наконец, в деле *SH and Others v. Austria* Суд отметил, что «формирующийся консенсус» сам по себе не достаточен для ограничения степени восприятия государствами-членами, с тем чтобы позволять или не позволять безвозмездное предоставление зрелой половой клетки для целей искусственного оплодотворения²⁰⁵.

99. Даже в тех редких случаях, когда Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека учитывали последующую практику сторон²⁰⁶, они не ограничивались ее использованием в делах, в которых практика устанавливала соглашение сторон. Так, в деле *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*²⁰⁷ Межамериканский суд постановил, что обязательное применение смертной казни за каждую форму поведения, которое привело к смерти другого лица, не согласуется со статьей 4(2) Американской конвенции о правах человека (применение смертной казни только за наиболее серьезные преступления). С тем чтобы поддержать это толкование, Суд признал, что

целесообразно рассмотреть некоторые примеры в этом отношении с учетом законодательства тех американских стран, в которых сохраняется смертная казнь²⁰⁸,

и отметил, что

в этих странах квалификация на основе тяжести в каждой теории лишения жизни хорошо признана: от тяжкого убийства до убийства собственного родителя. В этих странах установлены различные наказания, учитывающие различную степень серьезности²⁰⁹.

100. Как и Европейский суд по правам человека, Комитет по правам человека применяет открытый подход к аргументации, основанной на последующей практике, когда он рассматривает вопрос об обоснованности посягательств на права человека, изложенные в Пакте²¹⁰. Толкуя довольно общие термины, содержащиеся в статье 19(3) Международного пакта о гражданских и политических правах (допустимое ограничение свободы выражения мнений), Комитет анализировал соответствующую государственную практику. На основе соображения о том, что:

²⁰⁴ *Koch v. Germany*, Application No. 497/09 (ECtHR, 19 July 2012), para. 70.

²⁰⁵ *SH and Others v. Austria* [GC] Application No. 57813/00 (ECtHR, 3 November 2011), para. 96; см. также *Stummer v. Austria* [GC] Application No. 37452/02 (ECtHR, 7 July 2011), paras. 105–109 and 129–132, когда Суд просто констатировал «формирующуюся тенденцию» и, не идентифицировав наличие «европейского консенсуса», отказался использовать динамичное толкование.

²⁰⁶ См. выше, para. 39.

²⁰⁷ *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (см. сноску 94) (Concurring separate opinion of Judge Sergio García Ramírez).

²⁰⁸ Ibid., para. 12.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ *Kim Jong-Cheol v. the Republic of Korea* (27 July 2005) (CCPR/C/84/D/968/2001) Communication No. 968/2001.

аналогичное ограничение можно обнаружить во многих юрисдикционных системах стран — участников Международного пакта о гражданских и политических правах²¹¹,

Комитет пришел к выводу о том, что цель, установленная в оспариваемом праве как таковая не выходит за рамки легитимных целей статьи 19(3) Международного пакта о гражданских и политических правах²¹². Однако, когда Комитет учитывает последующую практику, он, как правило, делает это в форме краткой оценки и не приводит конкретные ссылки²¹³.

101. МТПП несколько раз ссылался на последующую практику сторон, не проверяя при этом, является ли реально такая практика соглашением между сторонами относительно толкования договора. Например, в деле *the M/V “SAIGA” (No. 2)*²¹⁴ Трибунал рассмотрел государственную практику в отношении права на самооборону согласно статье 51 Устава Организации Объединенных Наций. Полагаясь на «обычную практику, используемую для остановки судна», Трибунал конкретно не определил соответствующую практику государств, а скорее предположил существование определенного общего стандарта²¹⁵. В делах *Southern Bluefin Tuna* Трибунал постановил, что практика сторон согласно Конвенции о сохранении южного синего тунца 1993 года является актуальной в плане оценки степени, в которой государства выполняли свои обязательства по Международной конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву²¹⁶. Таким образом, учтя практику согласно другому договору с различными сторонами, Трибунал использовал (последующую) практику в рамках другого договора, который не охватывал все стороны Конвенции по морскому праву²¹⁷.

102. В деле *Елисича* описывается общий методологический подход международных уголовных трибуналов. Со ссылкой на Конвенцию о геноциде и соответствующую ей практику

Судебная камера (...) толкует термины Конвенции в соответствии с общими правилами толкования договоров, изложенными в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. (...) Судебная камера также учла последующую практику, отраженную в Конвенции. Особое внимание было уделено решениям Трибунала по Руанде. (...) Практика государств, особенно их национальных судов, а также деятельность международных органов в этой области также были приняты во внимание²¹⁸.

²¹¹ Ibid., para. 8.3.

²¹² Ibid.

²¹³ Что касается аналогичного дела, то см. *Yoon and Choi v. The Republic of Korea* (см. сноску 56) para. 8.4; в этом деле (см. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, appendix), член Комитета Вейдвуд подверг критике подход Комитета как проявление избирательности.

²¹⁴ *The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Judgment)* (см. сноску 97), paras. 155 and 156.

²¹⁵ Ibid., para. 156; см. также *The “Tomimaru” Case (Japan v. Russian Federation)*, *Prompt Release* (Judgment of 6 August 2007), ITLOS Case No. 15, para. 72.

²¹⁶ *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (Provisional Measures, Order of 27 August 1999), ITLOS Case Nos. 3 and 4, para. 50.

²¹⁷ Ibid., para. 45.

²¹⁸ *Jelisic* (см. сноску 65) para. 61 (сноски опущены); в аналогичном ключе *Krstić* (см. сноску 65) para. 541.

103. Международный трибунал по бывшей Югославии принимал во внимание даже более общие формы практики государств, включая тенденции в законодательстве государств-членов, которые могут повлечь за собой измененное толкование сферы охвата преступлений или элементов их состава²¹⁹.

ii) *Практика судебных органов ВТО*

104. Даже судебные органы ВТО порой проводили различие между «последующей практикой», которая удовлетворяет всем условиям статьи 31(3)(b) Венской конвенции, и другими формами последующей практики при применении договора, которые они также признают в качестве релевантных для цели толкования договора. Например, в деле *US — Section 110(5) Copyright Act*²²⁰ (решение по которому не было обжаловано) Трибуналу пришлось решать вопрос о применимости «доктрины незначительных изъятий» по отношению к уплате роялти²²¹. Трибунал нашел доказательства в поддержку существования такой доктрины в национальном законодательстве нескольких государств и отметил следующее:

... мы напоминаем о том, что статья 31(3) Венской конвенции предусматривает, что наряду с контекстом а) любое последующее соглашение, б) последующая практика или с) любые соответствующие нормы международного права должны приниматься во внимание для целей толкования. Мы отмечаем, что стороны и третьи стороны довели до нашего сведения несколько примеров из различных стран относительно ограничений в национальном законодательстве, основанных на доктрине незначительных изъятий. По нашему мнению, государственная практика, получившая отражение в национальном законодательстве об авторском праве членов Бернского союза до и после 1948, 1967 и 1971 годов, а также членов ВТО до и после даты, после которой соглашение по ТРИПС стало применяться по отношению к ним, подтверждает наш вывод относительно доктрины незначительных изъятий²²².

И Трибунал в предупредительном плане сделал дополнительное заявление:

приводя эти примеры государственной практики, мы не желаем выражать мнение по поводу того, является ли это достаточным для установления «последующей практики» по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции²²³.

105. Другим примером использования последующей практики в более широком смысле является дело *EC — Computer Equipment*, когда Апелляционный орган подверг критике Трибунал за то, что он не учел решения Комитета по согласованной практике Всемирной таможенной организации (ВТО) в качестве соответствующей последующей практики:

надлежащее толкование также должно было бы учитывать анализ существования и релевантности последующей практики. Мы отмечаем, что Соединенные Штаты указывали в Трибунале на решения, принятые Комите-

²¹⁹ *Furundzija* (см. сноску 100) paras. 165ff and 179.

²²⁰ *United States: Section 110(5) Copyright Act*, Report of the Panel (15 June 2000), WT/DS160/R.

²²¹ См. Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), article 9.1.

²²² *United States: Section 110(5) Copyright Act — Panel* (см. сноску 220), para. 6.55.

²²³ *Ibid.*, сноска 68.

том по согласованной системе ВТО в апреле 1997 года относительно классификации некоторого оборудования ЛВС в качестве аппаратов автоматической обработки данных. Сингапур, третья сторона в разбирательствах в Трибунале, также сослался на эти решения. Европейские сообщества отметили, что они формулировали оговорки в отношении этих решений (...) Однако мы считаем, что при толковании тарифных льгот в приложении LXXX решения Всемирной таможенной организации могут быть релевантными²²⁴.

106. Таким образом, при более внимательном изучении можно сделать вывод о том, что в практике судебных органов ВТО проводится различие между узким толкованием, которое определяет условия, когда «последующая практика» в полной мере релевантна по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции, и более широкой концепцией последующей практики, которая не предусматривает презумпцию наличия соглашения между всеми сторонами договора²²⁵. Тогда такая последующая практика в более широком смысле может быть релевантной как дополнительное средство договорного толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции.

iii) Вывод

107. В практике международных судов и трибуналов, включая Орган ВТО по разрешению споров, признается, что релевантной в плане толкования может быть не только «последующая практика при применении того или иного договора, который устанавливает наличие соглашения сторон относительно его толкования», но, возможно, другая последующая практика, не отражающая соглашения относительно толкования всеми сторонами. Поэтому концепция «последующей практики» должна быть определена широко. Узкое определение, такое как определение Апелляционного органа ВТО в деле *Japan: Alcoholic Beverages II case*²²⁶, может быть полезным при выявлении полностью согласованного и аутентичного толкования договора по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции. Учет иной договорной практики государств для целей толкования не должен исключаться с самого начала, поскольку в некоторых ситуациях он может выполнять роль дополнительного средства толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции. Однако такое применение последующей практики (в широком смысле) всегда должно укладываться в рамки нормы, согласно которой договорное толкование не является автоматическим и что «мнение одного государства не формирует международное право»²²⁷. Тогда

²²⁴ *European Communities: Computer Equipment* (см. сноску 79) para. 90, см. также Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), p. 342.

²²⁵ См. также WTO, *US: COOL — Report of the Appellate Body* (29 June 2012), WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para. 452.

²²⁶ См. пункт 92 выше; Апелляционный орган использовал формулу из одной публикации сэра Яна Синклера (*The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd edition), Manchester University Press, 1984, p. 137), который использовал аналогичную формулировку на французском языке из публикации “Mustafa Kamil Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités” (1976, vol. 3), *Recueil des Cours* vol. 151, pp. 48 and 49”. Ясин, бывший член КМП, полагался на элементы работы Комиссии, однако его определение никогда не было принято КМП или МС.

²²⁷ *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (Award) ICSID Case No. ARB/02/16 (28 September 2007) para. 385 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, accessed 6 March 2013); *Enron*

различие между согласованной последующей практикой в узком смысле статьи 31(3)(b) Венской конвенции и всей другой последующей практикой (в широком смысле) заключается в том, чтобы указать на большую роль в плане толкования, которая придается первой.

108. Различие между (согласованной) последующей практикой в узком смысле статьи 31(3)(b) Венской конвенции и последующей практикой в широком смысле применительно к какому-либо конкретному договорному толкованию или применению стороной также помогает ответить на вопрос о том «требуется ли последующая практика» неоднократности действий с определенной частотой²²⁸ или же может быть достаточно однократного применения договора²²⁹. В рамках ВТО Апелляционный орган признал следующее:

Как правило, отдельное деяние не является достаточным для установления последующей практики; релевантной является последовательность действий, устанавливающих наличие соглашения сторон²³⁰.

109. Однако, если концепция последующей практики вытекает из возможного соглашения между сторонами, как оно признается международными судебными органами, частотность не является необходимым элементом для определения концепции «последующая практика»²³¹.

110. Таким образом, «последующая практика» в широком смысле охватывает любое применение договора одной или несколькими сторонами. Она может принимать различные формы²³². Практика может либо состоять в непосредственном применении соответствующего договора, либо принимать форму заявления относительно толкования или применения договора. Такая практика может включать в себя официальные заявления относительно значения договора, протесты в случае несоблюдения или молчаливое согласие с заявлениями или действиями других сторон²³³.

б) Релятивный характер

111. Как и последующее соглашение, согласно статье 31(3)(a) Венской конвенции, последующая практика должна осуществляться в процессе «применения договора». Это справедливо не только в отношении согласованной последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции, но и в отношении последующей практики в общем. Так, действия или соответствующее молчание²³⁴ должны иметь место в контексте применения договора, включая ссылку

Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (Award) ICSID Case No. ARB/01/3 (22 May 2007), para. 337; WTO, *United States: Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, Report of the Panel (22 October 2010), WT/DS353/R, para. 7.953, footnote 2420.

²²⁸ Villiger (см. сноску 153), p. 431.

²²⁹ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 173), p. 166.

²³⁰ *Japan: Alcoholic Beverages II*, Appellate Body (см. сноску 31), sect. E.

²³¹ Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruylant, 2006), pp. 506f.

²³² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000), p. 191.

²³³ Wolfram Karl (см. сноску 160), p. 114.

²³⁴ *Yearbook of the International Law Commission* (1966), vol. II, p. 222, para. 15; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Merits) [1962], *I.C.J. Reports* 1962, p. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Jurisdiction and Admissibility) [1984], *I.C.J. Reports* 1984, p. 410, para. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, paras. 168 and 169; вопрос

на положения договора; это же справедливо в отношении: заявлений, касающихся договора, сделанных во время разбора юридического спора или на дипломатической конференции; официальных сообщений в связи с договором; или принятия национальных законодательных актов или заключения новых международных соглашений для целей имплементации договора.

112. Однако следует упомянуть, что Трибунал НАФТА отказался признавать, что внутригосударственное законодательство может использоваться в качестве дополнительного средства толкования, заявив следующее:

наконец, с учетом того факта, что обе стороны ссылались на свое национальное законодательство по вопросу о сухопутных перевозках, Трибунал считает целесообразным сослаться на статью 27 Венской конвенции, которая гласит, что «Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора». Это положение указывает на то, что Трибунал должен анализировать не национальное законодательство, а применимое международное право. Так, ни внутреннее право Соединенных Штатов, ни законодательство Мексики не должны использоваться при толковании НАФТА. Это бы означало применение ненадлежащей правовой базы²³⁵.

113. Хотя содержащаяся в статье 27 Венской конвенции норма, разумеется, является действительной и важной, из нее не вытекает то, что национальное законодательство может не учитываться как возможное дополнительное средство толкования как последующая государственная практика при осуществлении договора. Другие международные судебные органы, в частности трибуналы ВТО и Европейский суд по правам человека, признавали и регулярно проводили различие между национальным законодательством (и иными имплементационными мерами на национальном уровне), нарушающим договорные обязательства, и национальным законодательством и мерами, которые могут служить средством для толкования договора²³⁶.

114. С другой стороны, последующую практику для целей толкования договора следует отличать от других, менее ближайших последующих событий, которые могут или не могут оказывать воздействие на толкование договора. Это вызвано тем, что последующие соглашения и последующая практика сторон «относительно толкования договора» поддерживают, по меньшей мере, потенциально «аутентичный» элемент договорного толкования. В то время как, в конечном счете, может отсутствовать четкий раздел между последующей практикой сторон, которая конкретно связана с договором, и практикой, имеющей предметную связь с договором, тем не менее, проведение различия между этими обеими категориями имеет смысл. Только такое поведение, которое стороны

о роли молчания будет более детально проработан в следующем докладе по этой теме.

²³⁵ In the matter of *Cross-Border Trucking Services* (см. сноску 86), para. 224.

²³⁶ См., например, *United States: Section 110(5) Copyright Act — Panel* (сноска 220), para. 6.55; *United States: Continued Zeroing Methodology*, Report of the Panel, WT/DS350/R, para. 7.217; WTO, *United States: Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, Report of the Appellate Body (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, paras. 335 and 336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (см. сноску 197), para. 47; *V v. the United Kingdom* [GC] Application No. 24888/94, ECHR 1999-IX, para. 73; *Kart v. Turkey* [GC] Application No. 8917/05 (ECtHR, 13 December 2009), para. 54, selected for publication in *Reports of Judgments and Decisions*; *Sigurjónsson* (см. сноску 203), para. 35; *A v. the United Kingdom* (см. сноску 203), para. 80.

обязались осуществлять «в отношении толкования договора», должно считаться как «аутентичный» вклад в толкование.

115. Кроме того, не всегда легко провести различие между последующими соглашениями и последующей практикой на основе последующих «соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками» (статья 31(3)(с)). Как представляется, наиболее важным разграничительным фактором является момент достижения соглашения «относительно толкования» того или иного договора.

c) Последующий характер

116. Что касается последующих соглашений, то соответствующая практика толкования является «последующей», если она имеет место «после заключения договора»²³⁷, а именно после того, как текст договора был определен как окончательный²³⁸.

d) Действующие лица

117. Один из важных вопросов связан с действующими лицами, которые могут заниматься соответствующей последующей практикой. Статья 31(3)(b) Венской конвенции не содержит явно выраженного требования о том, что это должна быть практика самих сторон договора, однако, как представляется, ее формулировка подразумевает это требование. Разумеется, что ими являются сами стороны, действующие через свои органы²³⁹, которые компетентны заниматься практическими вопросами договорного толкования и применения или комментировать тот или иной договор. Однако это также не исключает возможность того, что частные (физические и юридические) лица «применяют» договор в некоторых случаях. Однако такая негосударственная практика должна присваиваться тому или иному государству-участнику, с тем чтобы она была релевантной для цели установления аутентичного элемента толкования²⁴⁰. Этот аспект развит ниже в разделе VI (проект вывода 4).

3. Вывод: проект вывода 3

118. В совокупности эти источники и соображения предполагают следующий проект вывода 3²⁴¹:

²³⁷ *Yearbook of the International Law Commission* (1966), vol. II, p. 221, para. 14.

²³⁸ См. пункты 84–87 выше.

²³⁹ Karl (см. сноску 160), pp. 115f.

²⁴⁰ См. пункты 119–144 ниже.

²⁴¹ См. предварительные выводы 5 и 8 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» (A/66/10, пункт 344), в частности, предварительный вывод 5:

5) Концепция последующей практики в качестве средства толкования

Большинство охваченных обзором судебных органов не дали определения понятия последующей практики. Определение, данное Апелляционным органом ВТО («гармоничная, общая и систематическая последовательность актов или высказываний, которая достаточна для выявления различимой модели, подразумевающей согласие сторон [договора] в отношении его толкования»), сочетает элемент «практики» («последовательность актов или высказываний») с требованием согласия («гармоничного, общего»), как это предусмотрено в пункте 3(b) статьи 31 ВКПМД (последующая практика в узком смысле). Однако другие охваченные обзором судебные органы также используют

Проект вывода 3**Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средства толкования договора**

Для цели толкования договора «последующее соглашение» — это выраженное соглашение между сторонами после заключения договора относительно его толкования или применения его положений.

Для цели толкования договора «последующая практика» состоит из поведения, включая заявления, одной или нескольких сторон договора после его заключения относительно его толкования или применения.

Последующая практика при применении договора, которая определяет соглашение сторон его толкования, является средством толкования по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции. Иная последующая практика может при определенных обстоятельствах использоваться как дополнительное средство толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции.

понятие «практика» в качестве средства толкования без упоминания и требования наличия четко различного согласия между сторонами (последующая практика в широком смысле).

VI. Присвоение связанной с договорами практики государству

119. В то время как в статье 31(3)(а) Венской конвенции речь идет о любом последующем соглашении «между участниками», в статье 31(3)(b) говорится просто о «последующей практике применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования». В связи с этим возникает вопрос о том, при каких обстоятельствах практика «применения договора» может присваиваться государству и, таким образом, быть релевантной интерпретивной государственной практикой (1). Существуют следующие смежные вопросы: могут ли общественные события (2) и практика других действующих лиц, помимо государств (3), быть релевантными для толкования договора, и, в частности, могут ли они «устанавливать наличие соглашения сторон относительно его толкования».

1. Сфера охвата соответствующей государственной практики

120. Решение вопроса о том, является ли определенное поведение соответствующей договорной практикой государства, зависит, в частности, от применимых норм присвоения. В своих статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия приняла нормы о присвоении поведения тому или иному государству²⁴². Однако установление ответственности государства преследует иную цель, чем присвоение практики для выявления соответствующей интерпретационной практики. Круг возможных противоправных деяний государства всегда гораздо шире, чем диапазон таких деяний в контексте «применения» договора. Например, сложно представить себе релевантную договорную практику в форме «поведения органа государства», который «превышает свои полномочия» (статья 7 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния), или в форме «поведения повстанческого движения» (статья 10 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния).

121. Поэтому соответствующие нормы присвоения для настоящей цели толкования договора должны проистекать из конкретного характера толкования и применения договоров их участниками. Это предполагает, что государству может быть присвоено только то поведение, которое осуществилось или считается допустимым теми органами государства-участника, которые на международном уровне рассматриваются как ответственные за применение договора (в целом или конкретного положения договора). Последующая практика, разумеется, может осуществляться высокопоставленными должностными лицами правительства по смыслу статьи 7 Венской конвенции. Вместе с тем, поскольку положения многих договоров, как правило, не применяются по отношению к высокопоставленным правительственным должностным лицам, международные суды и трибуналы признавали, что поведение органов власти более низшей инстанции или других действующих лиц может также быть релевантным последующим поведением для цели толкования того или иного договора. Так, Международный Суд в деле о правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко признал, что статья 95 Закона об Альхесирасе должна толковаться

²⁴² Резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи, приложение.

гибко с учетом непоследовательной практики местных таможенных властей²⁴³. В деле Касикили/Седуду Международный Суд даже выразил мнение о том, что регулярное использование острова на границе между Намибией (бывшая Юго-Западная Африка) и Ботсваной (бывший Бечуаналенд) членами местного племени масубия может рассматриваться как последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции, если она:

связана с убеждением властей Каприви о том, что границы пролегают по линии, установленной заключенным в 1890 году договором о южном протоке в реке Чобе, и во-вторых, что власти Бечуаналенда были в полной мере осведомлены и восприняли это как подтверждение установленной этим договором границы²⁴⁴.

122. Однако дело о *Храме* свидетельствует о том, что могут возникать ситуации, когда поведение мелких чиновников и местная практика не могут быть присвоены государству. Пытаясь защищать границу, Таиланд утверждал о том, что некоторые представленные Францией карты с указанием линии, явно отклоняющейся от линии, которая первоначально была согласована, рассматривались только мелкими чиновниками Сиам, которые не имели статуса, позволяющего согласовывать от имени Сиам линию границы, обозначенной на картах. Признав, что:

если сиамские власти показали эти карты только мелким чиновникам, они определенно действовали на свой собственный риск, и претензия Таиланда в международном плане не может быть каким-либо образом поддержана на основании этого факта²⁴⁵.

Таким образом, как представляется, Суд подразумевал, что, если вышестоящие инстанции не были осведомлены о карте, то элемент осведомленности или поведения нижестоящих чиновников сам по себе не может быть присвоен Таиланду.

123. Практика арбитражных трибуналов подтверждает, что соответствующая последующая практика может проистекать из действий нижестоящих чиновников, если можно предположить на международном уровне, что они отвечают за применение договора. В решении арбитражного трибунала по делу *German External Debts* арбитражный трибунал счел, что письмо Банка Англии в адрес Германского федерального управления по взысканию задолженности отражает соответствующую последующую практику²⁴⁶. Кроме того, в деле *Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Арбитражный трибунал, в принципе, признал практику французских налоговых административных органов, не взимавших налоги на пенсию вышедших в от-

²⁴³ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952] *I.C.J. Reports* 1952, p. 211.

²⁴⁴ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999] *I.C.J. Reports* 1999, p. 1095, para. 74.

²⁴⁵ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 139), p. 25.

²⁴⁶ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award of 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 103, para. 31.

ставку сотрудников ЮНЕСКО, в качестве соответствующей последующей практики, однако, в конечном счете, счел, что решающую роль играют несколько официальных заявлений более высокого в иерархии органа — правительства Франции²⁴⁷.

124. Из этого следует, что практика нижестоящих и местных властей при применении договора может рассматриваться в качестве релевантной последующей практики для целей толкования договора, когда можно предполагать, что вышестоящие органы осведомлены об этой практике и признают ее в качестве элемента договорного толкования или применения²⁴⁸.

2. Присвоение государствам последующего поведения частных сторон и общественных событий

125. На «последующую практику применения договора» обычно ссылаются те, кто обязан в силу договора применять его, а ими являются сами государства-участники. Тем не менее можно также представить себе ситуацию, когда «соглашение сторон относительно его толкования» «устанавливается» косвенным образом на основе практики других действующих субъектов. Однако до настоящего времени такая практика других субъектов лишь в очень незначительной степени признавалась в судебной практике как присваиваемая тому или иному государству-участнику для цели толкования договора.

126. Трибунал по рассмотрению взаимных претензий между Ираном и Соединенными Штатами, занимаясь вопросами, которые сопряжены с тесным сотрудничеством между государствами, органами и частными структурами, решал вопрос о том, можно ли поведение частных структур присвоить одному из двух государств для цели определения соответствующей последующей государственной практики, и заявил следующее:

признанный принцип договорного толкования заключается в необходимости учета, наряду с контекстом, любой последующей практики при применении международного договора. Однако эта практика должна быть практикой сторон договора и практикой, которая устанавливает наличие соглашения сторон относительно толкования этого договора. В то время как один из участников переговоров по вопросам урегулирования, а именно Банк «Маркази», является структурой Ирана и поэтому его практика может быть присвоена Ирану в качестве одной из сторон Алжирских деклараций, другие участники этих переговоров и их реального урегулирования, а именно банки Соединенных Штатов, не являются структурами правительства Соединенных Штатов, и как таковая их практика не может быть присвоена Соединенным Штатам в качестве другой стороны Алжирских деклараций²⁴⁹.

²⁴⁷ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Award of 14 January 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, p. 257, para. 66 and p. 259, para. 74.

²⁴⁸ См. также M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (2004) *Recueil des Cours*, vol. 310, pp. 141–144.

²⁴⁹ *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)* (см. сноску 81), p. 71; в аналогичном ключе см. *the Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (9 September 2004) (Iran-USCTR) paras. 127 and 128; см. также Dissenting Opinion of President Lagergren in

127. Этот подход был подвергнут критике судьей Ансари, который в своем особом мнении указал на то, что роль надзорных государственных органов должна учитываться большинством:

Иран далее выдвинул аргумент о том, что последующая практика сторон во время их переговоров по урегулированию должна надлежащим образом учитываться, когда речь идет о толковании раздела «Обязательства». В поддержку этого аргумента Иран предоставил Трибуналу тексты соглашений об урегулировании, достигнутые во исполнение положения раздела «Обязательства», на базе которых Иран получил новые наличные средства непосредственно из банков Соединенных Штатов. Указанные соглашения в силу их положений не могут вступить в действие без утверждения Казначейством Соединенных Штатов и Федеральным резервным банком Нью-Йорка, действующим в качестве финансового агента Соединенных Штатов. Такая последующая практика участников играет решающую роль и является дополнительным доказательством в поддержку аргумента Ирана²⁵⁰.

128. Хотя в связи с этим особым мнением возникают важные вопросы, как представляется, государственная вовлеченность «в силу надзора» в этом конкретном контексте не означала заявление относительно толкования по отношению к другому государству и поэтому не являлась достаточной для присвоения поведения частных структур государству для целей толкования договора.

129. Как представляется, Европейский суд по правам человека является единственным²⁵¹ международным судебным органом, который порой считал релевантным для целей договорного толкования «растущее общественное признание»²⁵² (определенного поведения и персональных характеристик) и «крупные общественные преобразования»²⁵³, четко не увязывая такие события в жизни общества с конкретными решениями государственных органов. Двумя наиболее

International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO) (см. сноску 81), pp. 348 and 353: «Положение в Венской конвенции о последующих соглашениях касается соглашений между государствами-участниками договора, и вряд ли соглашение сторон об урегулировании спора между двумя находящимися в процессе арбитражного разбирательства, может рассматриваться как соглашение между двумя государствами — участниками договора, несмотря на то, что Исламская Республика Иран являлась одной из сторон арбитражного разбирательства в этом деле».

²⁵⁰ Dissenting Opinion of Parviz Ansari in *The United States of America (and others) and The Islamic Republic of Iran (and others)*, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1985), 9 Iran-USCTR, pp. 97 and 99.

²⁵¹ См., однако, WTO, *United States: Certain Country of Origin*, Report of the Appellate Body (29 June 2012), WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para. 448.

²⁵² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ECHR 2002-VI, para. 85.

²⁵³ *Christine Goodwin* (см. сноску 252), para. 100.

важными²⁵⁴ делами являются дела *Dudgeon v. the United Kingdom*²⁵⁵ и *Christine Goodwin v. the United Kingdom*²⁵⁶.

130. Дело *Dudgeon v. the United Kingdom* касалось права на то, чтобы выразившие взаимное согласие на вступление в связь взрослые гомосексуалисты не привлекались к уголовной ответственности за свои половые сношения. Толкуя законодательство, действовавшее в тот момент в Северной Ирландии, Суд признал, что «по сравнению с временем, когда это законодательство было принято, сейчас гомосексуальность понимается более глубоко и по отношению к ней во все большей степени проявляется толерантность»²⁵⁷. Суд основывал это утверждение на том факте,

что в значительном большинстве государств — членов Совета Европы уже не считается необходимым или надлежащим считать гомосексуализм в той форме, которая в настоящее время рассматривается, как вопрос, когда должны применяться уголовно-правовые санкции; Суд не может игнорировать значимые изменения, происшедшие в этом отношении во внутрисударственном законодательстве государств-членов²⁵⁸.

131. Дело *Christine Goodwin v. the United Kingdom* касалось права транссексуалов на вступление в брак с учетом их установленной гендерной принадлежности²⁵⁹. В решении по этому делу Суд заявил, что он «должен учитывать меняющиеся условия в государстве-ответчике и, в общем, в самих договаривающихся государствах»²⁶⁰, и напомнил государству-ответчику о том, что оно:

еще не приняло какие-либо меры для (...) [учитывая необходимость надлежащих правовых мер, являющихся предметом обзора], несмотря на повышение степени принятия обществом такого явления, как транссексуализм, а также растущее признание проблем, с которыми сталкиваются транссексуалы²⁶¹.

132. Однако тщательный анализ прецедентного права Суда показывает, что ссылка Суда — для целей толкования договора — на «социальные преобразования» или «общественное принятие» в конечном счете все же связано с государственной практикой. В деле *Dudgeon v. the United Kingdom* Суд продемонстрировал «большую степень толерантности по отношению к гомосексуализму», указав на тот факт, «что значительное большинство государств — членов Совета Европы более не считают необходимым или надлежащим относиться к практике гомосексуализма, рассматриваемой в настоящее время как таковой, в качестве повода для применения уголовно-правовых санкций» и что поэтому

²⁵⁴ См. также *I. v. the United Kingdom* [GC] Application No. 25680/94 (ECtHR, 11 July 2002), para. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, Application No. 13378/05 (ECtHR, 12 December 2006), para. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (Decision) Application No. 45851/99 (ECtHR, 27 April 2000), para. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, Application No. 30141/04 (ECtHR, 24 June 2010), para. 58, selected for publication in *Reports of Judgments and Decisions*, citing *Christine Goodwin* (см. сноску 252), para. 100.

²⁵⁵ *Dudgeon v. the United Kingdom* (1981) (ECtHR), Series A, No. 45.

²⁵⁶ *Christine Goodwin* (см. сноску 252).

²⁵⁷ *Dudgeon* (см. сноску 255), para. 60.

²⁵⁸ *Ibid.* (p. 255), para 60.

²⁵⁹ *Christine Goodwin* (см. сноску 252).

²⁶⁰ *Ibid.*, para. 74.

²⁶¹ *Ibid.*, para. 92.

он не может «игнорировать значимые изменения, которые произошли в этой связи во внутригосударственном праве государств-членов»²⁶². Суд далее указал на то, что «в самой Северной Ирландии власти в недавние годы воздерживались от обеспечения исполнения соответствующего законодательства»²⁶³. Даже в деле *Christine Goodwin v. the United Kingdom* Суд подчеркнул важность «четких и неоспариваемых доказательств продолжающейся международной тенденции в сторону не только повышения степени общественного принятия транссексуалов, но и юридического признания новой половой идентичности транссексуалов в постоперационный период»²⁶⁴.

133. Ссылка Европейского суда по правам человека на «общественное принятие» является редкой и ограничилась делами, которые касались маргинальных групп, положение которых в полной мере полностью не учитывалось в рамках политической и правовой системы соответствующего государства²⁶⁵. В отличие от этого Суд не полагается на политически спорные события в общественной сфере. Например, в деле *Johnston v. Ireland*, которое касалось утверждения о том, что право на вступление в брак подразумевает право на развод с тем, чтобы получить возможность повторно вступить в брак, «заявители сделали значительный упор на событиях в общественной сфере, которые произошли за период с разработки Конвенции, а именно на предполагаемом значительном увеличении числа случаев расторжения брака»²⁶⁶. Однако Суд, признав, «что Конвенция и Протоколы к ней должны толковаться в свете современных условий», отказался более обстоятельно рассмотреть понятие этих «общественных событий» и сделал вывод о том, что он не может «посредством эволютивного толкования вывести из содержания этих документов право, которое не было зафиксировано в них в самом начале»²⁶⁷. В том же ключе Суд признал в деле *Schalk and Kopf v. Austria* следующее:

хотя, как отмечалось в деле *Christine Goodwin*, институт брака претерпел принципиальные социальные изменения со времени принятия Конвенции, Суд указывает на то, что на европейском континенте консенсус в отношении однополых браков отсутствует. В настоящее время не более чем в шести из сорока семи государств — участников Конвенции разрешаются однополые браки²⁶⁸.

134. Таким образом, Суд обычно в явно выраженной или подразумеваемой форме определяет, отражаются ли события в социальной сфере реально в практике государств, и воспринимает ли он такое отражение в законодательной или административной практике, в качестве наиболее релевантного показателя²⁶⁹. Например, это справедливо в делах, касающихся статуса внебрачных детей²⁷⁰,

²⁶² *Dudgeon* (см. сноску 255), para. 60.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ *Christine Goodwin* (см. сноску 252), para. 85, см. также para. 90.

²⁶⁵ См. Jeffrey A. Brauch, “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” (2004), *Columbia Journal of International Law*, vol. 11, p. 145.

²⁶⁶ *Johnston* (см. сноску 42), para. 53.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ *Schalk* (см. сноску 254), para. 58.

²⁶⁹ Однако см. George Letsas, “Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer” (2010) *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 3, p. 530.

²⁷⁰ *Mazurek v. France*, ECHR 2000-II, para. 52 («Суд отмечает с самого начала, что институт семьи не является фиксированным как с исторической, социологической и даже правовой

и в делах, касающихся предполагаемого права цыган на временное место проживания, выделяемое муниципалитетами, с тем чтобы они могли вести странствующий образ жизни²⁷¹. Европейский суд по правам человека только в исключительных случаях намекал на то, что существование в государственном ответчике противоречащего законодательства вызвано административной или законодательной инертностью и что это более не отражает взвешенное мнение компетентных государственных органов²⁷². Поэтому можно сделать вывод, что просто (последующая) общественная практика как таковая не является достаточной для того, чтобы формировать соответствующую последующую договорную практику, и что она должна в какой-либо форме поддерживаться сопутствующей государственной практикой.

3. Практика других субъектов как доказательство существования государственной практики

135. Последующая практика участников договора может отражаться или иницироваться в форме заявлений или поведения других субъектов, таких как международные организации или негосударственные субъекты. Однако такое иницирование последующей практики сторонами международных организаций или неправительственных организаций не следует смешивать с практикой самих участников договора. Скорее всего, деятельность других органов может являться доказательством последующего соглашения или практики рассматриваемых участников.

а) Международные организации

136. Решения, резолюции и иная практика международных организаций могут быть релевантными при толковании договоров как таковые. Например, это признано в статье 2(j) Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или международными организациями 1986 года, в которой упоминается «установившаяся практика организации» в качестве одной из форм «правил организации». Этот аспект последующей практики применительно к договору будет рассмотрен в одном из последующих докладов. В данном случае основное внимание уделяется только вопросу о том, может ли практика международных организаций носить индикативный или доказательственный характер по отношению к соответствующей государственной договорной практике.

137. В этом смысле подборки материалов и другие доклады международных организаций о последующей государственной практике могут, в большей или меньшей степени, иметь доказательную силу. Доклады организаций на универсальном уровне, которые подготовлены на основании конкретного мандата на

точек зрения»); см. также *Marckx v. Belgium* (1979) Series A, No. 31, para. 41; *Inze v. Austria* (1987) Series A, No. 126, para. 44; and *Brauer v. Germany*, Application No. 3545/04 (ECtHR, 28 May 2009) para. 40, selected for publication in *Reports of Judgments and Decisions*.

²⁷¹ *Chapman v. the United Kingdom* [GC] ECHR 2001-I-18, paras. 70 and 93; см. также *Lee v. the United Kingdom* [GC] Application No. 25289/94 (ECtHR, 18 January 2001) paras. 95 and 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC] Application No. 24882/94 (ECtHR, 18 January 2001) paras. 104 and 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC] Application No. 24876/94 (ECtHR, 18 January 2001) paras. 107 and 108; and *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC] Application No. 25154/94 (ECtHR, 18 January 2001) paras. 100 and 101.

²⁷² *Christine Goodwin* (см. сноску 252), para. 92.

освещение государственной практики в той или иной конкретной области, имеют больший вес, но не во всех случаях являются основополагающими. Например, государственные должностные лица, ответственные за толкование и применение Конвенции о статусе беженцев, обращаются к Руководству по процедурам и критериям определения статуса беженцев согласно Конвенции 1951 года и Протоколу 1967 года, касающихся статуса беженцев, в качестве справочного пособия в плане государственной практики²⁷³. Хотя в Руководстве УВКБ порой в довольно неопределенной форме делались ссылки на то, что оно само по себе как бы отражает практику государств, это было обоснованно отвергнуто федеральным судом Австралии в деле *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs*²⁷⁴. Другим примером является работа Комитета Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, учрежденной резолюцией 1540 (2004)²⁷⁵, которая оказалась релевантной в плане толкования Конвенции 1972 года о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении²⁷⁶. В рамках своей деятельности по осуществлению положений резолюции 1540 (2004) Совет Безопасности Комитет занимается систематической компиляцией материалов об имплементационных мерах, предпринятых государствами-членами для реализации так называемой Матрицы 1540²⁷⁷. Что касается матрицы, относящейся к осуществлению Конвенции по биологическому оружию, а также Конвенции по химическому оружию 1993 года²⁷⁸, то

²⁷³ См. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (January 1992 — re-edited) (HCR/IP/4/Eng/REV.1) foreword at para. VII; см. также Gardiner (сноска 171), p. 239.

²⁷⁴ Federal Court of Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 April 1999) paras. 5–13; это не исключает возможность того, что Руководство является значимым доказательством в качестве объективной констатации последующей государственной практики. Его важность основывается не только на его свойстве как профессиональной подборки материалов, но и на статье 35(1) Конвенции о статусе беженцев, согласно которой Договаривающиеся Государства обязуются сотрудничать с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций (...) при осуществлении им своих функций, и в частности ... содействовать выполнению им обязанностей по наблюдению за применением положений этой конвенции.

²⁷⁵ Резолюция 1540 (2004) Совета Безопасности, пункт 8(с).

²⁷⁶ Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction (Biological Weapons Convention) (принята 10 апреля 1972 года, вступила в силу 26 марта 1975 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, No. 14860.

²⁷⁷ Согласно информации, содержащейся на веб-странице Комитета 1540, «Матрица 1540 функционирует в качестве единственного метода, используемого Комитетом 1540 для обобщения информации относительно осуществления резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций государствами-членами (...) Комитет использует матрицы в качестве справочного инструмента для изучения положения в области осуществления резолюции 1540 Совета Безопасности в рамках своего диалога с государствами в качестве средства для выявления пробелов на национальном уровне и содействия развитию технического сотрудничества». (см. <http://www.un.org/en/sc/1540/1540/national-implementation/matrix/shtml>, accessed 30 March 2012).

²⁷⁸ Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction (Chemical Weapons Convention) (принята 13 января 1993 года, вступила в силу 29 апреля 1997 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, No. 33757.

она является источником доказательства последующей практики, когда речь идет об указанных договорах²⁷⁹.

b) Неправительственные организации

138. Неправительственные организации могут играть важную роль в подборке материалов по последующей практике, в частности посредством мониторинга соблюдения практики, касающейся того или иного конкретного договора.

139. Например, речь идет о “Landmine and Cluster Munition Monitor” — совместной инициативе таких организаций, как “International Campaign to Ban Landmines” и “Cluster Munition Coalition”. Организация “Monitor” характеризуется как «де-факто режим контроля»²⁸⁰ за соблюдением Конвенции 1997 года о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Оттавская конвенция)²⁸¹ и Конвенции 2008 года по кассетным боеприпасам (Дублинская конвенция)²⁸². Помимо дачи страновых характеристик государства-участников, подписавших сторон, государств, не являющихся участниками, и положений раздела под названием «Другие области»²⁸³, организация “Cluster Munition Monitor 2011” выявляет различные вопросы толкования положений Дублинской конвенции и составляет перечень соответствующих заявлений и практики государств-участников и подписавших сторон. Это касается запрета на оказание помощи и вопросов оперативной совместимости; хранения и транзита на иностранной территории; и вопроса о прекращении инвестиций²⁸⁴.

140. Пример организации “Landmine and Cluster Munition Monitor” свидетельствует о том, что неправительственные организации могут быть источником информации о последующей практике государств-участников и даже способствовать ее формированию. Фактически, настоятельно призывая государства представлять свои мнения по ряду вопросов, объем материалов практики, доступных тем, кто занимается толкованием, может быть значительно увеличен. Этот пример также свидетельствует о том, что неправительственные организации могут стремиться к формированию последующей практики, по-своему толкуя оспариваемые положения. В действительности такие организации могут решать свои собственные задачи, которые могут отличаться от целей, преследуемых государствами. Это может привести к определенной предвзятости в их исследованиях, результаты которых необходимо подвергать критическому анализу. Это не исключает того, что примеры из государственной практики, собранные неправительственными организациями, являются ценным источником доказательства наличия последующей практики всех сторон и что это повыша-

²⁷⁹ См. Gardiner (сноска 171), p. 239.

²⁸⁰ См. <http://www.the-monitor.org>, accessed 18 March 2012.

²⁸¹ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction (принята 18 сентября 1997 года, вступила в силу 1 марта 1999 года). United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, No. 35597.

²⁸² Convention on Cluster Munitions (принята 30 мая 2008 года, вступила в силу 1 августа 2010 года) (A/C.1/63/5, добавление, часть II).

²⁸³ Cluster Munition Monitor 2011, pp. 59-344 (http://www.the-monitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster_Munition_Monitor_2011.pdf, accessed 18 March 2012).

²⁸⁴ Ibid., pp. 24–31; эти же интерпретационные вопросы уже были проанализированы в представленных в 2009 и 2010 годах докладах.

ет степень транспарентности, что, в свою очередь, как правило, повышает степень соблюдения.

с) Особая роль Международного комитета Красного Креста

141. Отдельный случай — это роль, которую Международный комитет Красного Креста (МККК) играет в отношении Женевских конвенций и Дополнительных протоколов. МККК, будучи официально частной, бесприбыльной ассоциацией, инкорпорированной согласно швейцарскому внутригосударственному законодательству²⁸⁵, играл каталитическую роль в разработке договоров по вопросам международных стандартов в области прав человека в период после принятия первоначальных Женевских конвенций 1864 года²⁸⁶. МККК обладает правосубъектностью по международному праву как субъект, отвечающий за выполнение мандата, которым он был наделен международным сообществом в силу Женевских конвенций и Устава Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца²⁸⁷. Кроме того, МККК периодически представляет интерпретационные ориентиры относительно Женевских конвенций и Дополнительных протоколов, и этот мандат проистекает из Устава Движения в редакции принятого на 25-й Международной конференции Красного Креста в Женеве в 1986 году с поправками, внесенными в него в 1995 и 2006 годах²⁸⁸. Статья 5(2)(g) Устава предусматривает следующее:

Согласно его Уставу роль Международного комитета ... заключается в частности в том, чтобы: (...) (ж) *разъяснять* положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем, а также подготавливать его развитие²⁸⁹.

142. Действуя на основании своего мандата²⁹⁰, МККК опубликовал записку под названием «Разъяснительные указания по поводу трактовки понятия непосредственного участия в боевых действиях в соответствии с международным гуманитарным правом»²⁹¹. Разъяснительные указания — это результат «экспертного процесса», проходившего в период с 2003 по 2008 год, в котором участвовали представители ученых, военных, правительственных и неправительственных кругов, причем все они принимали участие в этом процессе в личном качестве, но при этом их анализ явно был основан на государственной дого-

²⁸⁵ Hans-Peter Gasser, "International Committee of the Red Cross (ICRC)", para. 20, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>, accessed 25 March 2012) para. 20.

²⁸⁶ Ibid., para. 14.

²⁸⁷ Ibid., para. 25.

²⁸⁸ См. www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf, accessed 25 March 2012.

²⁸⁹ Курсив добавлен.

²⁹⁰ «МККК взял на себя ответственность за формулирование разъяснительных указаний в качестве нейтральной и независимой гуманитарной организации, которой международное сообщество государств поручило содействовать развитию и углублению понимания международного гуманитарного права»; ссылка на статью 5(2)(с) и (g) Устава Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца (электронную версию см. по адресу www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf, accessed 25 March 2012).

²⁹¹ ICRC, Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law; что касается экспертного процесса, то см. <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm>, accessed 25 March 2012.

ворной и обычно-правовой практике. Разъяснительные указания содержат 10 рекомендаций с сопроводительным комментарием и «отражают позицию МККК как организации относительно того, каким образом следует толковать нормы международного гуманитарного права»²⁹². Сейчас еще слишком рано давать общую оценку значимости этих разъяснительных указаний, однако было бы интересным узнать об их влиянии на последующую практику государств.

143. В этом контексте государства вновь подтвердили свою роль в области развития норм международного гуманитарного права. В то время как в резолюции 1 31-й Международной конференции 2011 года Международного комитета Красного Креста и Красного Полумесяца напоминает, «что одна из важных ролей МККК (...) заключается, в частности, в том, чтобы “разъяснить положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем”», в ней также подчеркивается «основная роль государств в развитии международного гуманитарного права»²⁹³. Следует отметить, что МККК преследует цель толкования международного гуманитарного права как такового, а не только положения Женевских конвенций и Дополнительных протоколов²⁹⁴. Поэтому различие между последующей практикой государств-участников согласно договорам и общей обычной практикой может быть расплывчатым.

4. Вывод: проект вывода 4

144. В совокупности эти источники и соображения предполагают следующий проект вывода²⁹⁵:

Проект вывода 4

Возможные субъекты и присвоение последующей практики

Последующая практика может состоять из актов всех государственных органов, которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора.

Последующая практика негосударственных субъектов, включая общественную практику, может учитываться для целей толкования договора в той мере, насколько она отражена или установилась в последующей государственной практике, или в качестве доказательства такой государственной практики.

²⁹² Ibid., p. 9.

²⁹³ 31st International Conference 2011: Resolution 1 — Strengthening legal protection for victims of armed conflicts (1 December 2012) (<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>, accessed 25 March 2012).

²⁹⁴ См. ICRC, Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law (сноска 290), p. 9.

²⁹⁵ См. предварительный вывод Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени», A/66/10, пункт 344:

9) Возможные субъекты соответствующей последующей практики

Соответствующая последующая практика может состоять из актов всех государственных органов (исполнительных, законодательных и судебных), которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора. Подобная практика может в определенных обстоятельствах даже включать «общественную практику» в той мере, насколько она отражена в государственной практике.

VII. Будущая программа работы

145. Специальный докладчик предлагает представить на сессии в 2014 году свой второй доклад по вопросу о дальнейших аспектах этой темы, большинство из которых было рассмотрено в его трех докладах для Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени»²⁹⁶ и которые Исследовательская группа частично обсудила в 2011 и 2012 годах²⁹⁷. В 2015 году он планирует представить третий доклад, в котором он проанализирует практику международных организаций и национальных судов²⁹⁸. В 2016 году Специальный докладчик представит заключительный доклад с пересмотренными выводами и комментариями, в частности с учетом хода обсуждений в Комиссии и Шестом комитете.

²⁹⁶ См. сноски 4, 5 и 10.

²⁹⁷ A/66/10, пункты 336–341; и A/67/10, пункты 225–240.

²⁹⁸ Как это было предусмотрено в первоначальном предложении; см. A/63/10, приложение A, пункты 17, 18, 39 и 42.