



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL

A/CN.4/498
17 March 1999
RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH/FRENCH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Пятьдесят первая сессия
Женева, 3 мая-23 июля 1999 года

ВТОРОЙ ДОКЛАД ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВ, ПОДГОТОВЛЕННЫЙ СПЕЦИАЛЬНЫМ ДОКЛАДЧИКОМ Г-НОМ ДЖЕЙМСОМ КРОУФОРДОМ

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
I. СФЕРА ОХВАТА НАСТОЯЩЕГО ДОКЛАДА	1	3
II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ В ЧАСТИ ПЕРВОЙ	2 - 156	3
A. Часть первая, глава III: Нарушение международного обязательства	2 - 156	3
1. Введение	2 - 4	3
a) Общий обзор	2 - 3	3
b) Комментарии правительств к главе III в целом	4	5
2. Рассмотрение конкретных статей главы III	5 - 148	5
a) Статья 16: Наличие нарушения международного обязательства	5 - 15	5
b) Статья 17: Несущественность происхождения нарушенного международного обязательства	16 - 26	13
c) Статья 19(1): Несущественность объекта нарушенного обязательства	27 - 34	19

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
d) Статья 18(1) и (2): Требование о том, чтобы международное обязательство находилось в силе в отношении государства	35 - 51	22
e) Статьи 20 и 21: Обязательства поведения и обязательства результата	52 - 80	31
f) Статья 23: Нарушение международного обязательства, предусматривающего предотвращение определенного события	81 - 92	49
g) Статьи 18(3)-(5) и 24-26: Завершенные и распространяющиеся во времени противоправные деяния	93 - 135	54
h) Статья 22: Исчерпание внутренних средств правовой защиты	136 - 148	78
3. Прочие вопросы, связанные с нарушением международного обязательства	149 - 155	85
a) Действие международных обязательств в пространстве и вопросы, связанные с нарушением	150 - 153	85
b) Возможные различия между нарушениями с учетом степени их тяжести	154 - 155	88
4. Резюме предложений, касающихся главы III	156	89

I. СФЕРА ОХВАТА НАСТОЯЩЕГО ДОКЛАДА¹

1. В настоящем докладе продолжается начатая в 1998 году² работа по систематическому рассмотрению проектов статей с учетом комментариев правительств и изменений в государственной практике, юриспруденции и литературе. В последующих частях доклада также предлагается рассмотреть ряд общих вопросов, затронутых в частях второй и третьей проекта статей, а также приступить к рассмотрению статей, содержащихся в части второй³.

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ В ЧАСТИ ПЕРВОЙ

A. Часть первая, глава III: Нарушение международного обязательства

1. Введение

a) Общий обзор

2. Глава III части первой состоит из 11 статей, посвященных общей теме "Нарушение международного обязательства". Для целей анализа вопросы, рассматриваемые в главе III, можно разделить на пять групп⁴:

¹ Специальный докладчик хотел бы выразить благодарность младшему научному сотруднику г-ну Пьеру Бодо, Лаутерпахтский научно-исследовательский центр международного права, Кембриджский университет, за предоставленную им существенную помощь в подготовке настоящего доклада, а также фонду "Леверхулм" за оказанную им финансовую поддержку. Следующая группа молодых ученых (при финансовой поддержке Научно-исследовательского центра гуманитарных наук Британской академии) оказала помощь в работе литературой об ответственности государств на различных языках: младший преподаватель Сиенского университета Андреа Бианки; профессор Автономного мадридского университета Карлос Эспосито; профессор Токийского университета Юджи Ивасава; д-р Нина Йоргенсен, факультет права "Судебные инны", Лондон; г-жа Юми Нисимура, Софийский университет; д-р Стефан Виттич, Венский университет.

² См. первый доклад, A/CN.4/490/Add.4-6.

³ С момента публикации первого доклада были получены дополнительные комментарии от правительств: см. A/CN.4/488/Add.3 и A/CN.4/492. Они учитываются в настоящем докладе в той мере, в какой они касаются статей 16 и далее. Обсуждение дальнейших комментариев по проектам статей 1-15 предлагается отложить до того, как будут рассмотрены все проекты статей, после чего их нужно будет рассмотреть еще раз в совокупности.

⁴ Подготовительные материалы по главе III см.: Аго, пятый (1976 год), шестой (1977 год) и седьмой (1978 год) доклады; Ежегодник ... 1978 год, том I, стр. 232-237 (пленарные обсуждения); там же, стр. 269-270 (доклад Редакционного комитета); доклад Комиссии международного права о работе ее тридцатой сессии (1978 год) стр. 184-186 (резюме подготовительных материалов); Ежегодник ... 1976 год, том II (Часть вторая), стр. 78-122, Ежегодник ... 1977 год, том II (Часть вторая), стр. 11-50, Ежегодник ... 1978 год, том II (Часть вторая), стр. 81-98 (текст проектов статей и комментариев к ним).

а) в статьях 16, 17 и 19(1)⁵ рассматривается само понятие нарушения и подчеркивается иррелевантность источника обязательства или его предмета;

б) в статье 18(1) и (2) рассматривается требование о том, чтобы обязательство находилось в силе для государства в момент его нарушения;

с) в статьях 20 и 21 более детально рассматривается различие между обязательствами поведения и обязательствами результата, а в статье 23 аналогичным образом рассматриваются обязательства предотвращения;

д) в статьях 24-26 рассматривается момент и продолжительность нарушения, в частности различие между противоправными деяниями, распространяющимися и не распространяющимися во времени. В них также проводится дальнейшее различие между составными и сложными противоправными деяниями. В пунктах (3)-(5) статьи 18 предпринимается попытка определить момент совершения противоправных деяний длящегося характера, составных и сложных противоправных деяний и рассматриваются вопросы интертемпорального права в связи с такими деяниями;

е) в статье 22 рассматривается вопрос о правиле исчерпания внутренних средств правовой защиты, который анализируется в конкретных рамках обязательств результата.

По причинам, которые станут ясны позднее, предлагается рассматривать статьи именно в таком порядке.

3. Если взять статьи, включенные в главу III, в совокупности, то в них предпринимается попытка продолжить анализ уже изложенного в принципе в статье 3(b) требования о том, что во всех случаях ответственности государств должно иметь место нарушение международного обязательства государства, совершенное этим государством. Однако продвинуться существенно дальше в этом анализе будет сложно, не затрагивая различия между первичными и вторичными нормами, которое лежит в основе проектов статей в целом. При определении того, имело ли место нарушение того или иного обязательства, необходимо прежде всего учитывать само материальное обязательство, его точную формулировку и значение, которые, безусловно, относятся к сфере применения первичных норм. Вместе с тем прорабатываемые в главе III принципы и различия имеют своей целью заложить основу для такого рассмотрения, и в той мере, в какой это удастся сделать, глава III представляется полезной⁶.

⁵ Статья 19(2)-(4) посвящена определению международных преступлений государств. Затрагиваемые в ней вопросы рассматриваются в контексте обсуждения различия между ответственностью за "преступления" и "правонарушения" (см. первый доклад, A/CN.4/490/Add.1, Add.2 и Add.3).

⁶ В литературе практически не встречается никакого систематического анализа вопроса о нарушении международных обязательств как такового. В известной мере изучен вопрос о нарушении международных договоров: см., в частности, четвертый доклад сэра Джералда Фитцмориса о праве международных договоров, Ежегодник ... 1959 год, том II, стр. 37-81, в котором рассматривается вопрос о "последствиях международных договоров". Этот доклад так и не был обсужден Комиссией, и, хотя некоторые из его аспектов сведены воедино его последователем сэром Хамфри Уолдоком и в настоящее время включены в Венскую конвенцию о праве международных договоров, вопросы, касающиеся невыполнения обязательств, вытекающих из (продолжение...)

b) Комментарии правительств к главе III в целом

4. Нигде в комментариях не ставится под сомнение вопрос о необходимости главы III в целом. Вместе с тем Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии выражает обеспокоенность тем, что "тонкость проводимых [в главе III] различий между разными категориями нарушений может выходить за рамки необходимого или даже целесообразного при изложении основополагающих принципов ответственности государств"⁷. Германия, обобщая свои комментарии по отдельным статьям, отмечает, что (в дополнение к статье 19) глава III содержит "целый ряд положений, нуждающихся в пересмотре или редакционной переработке"⁸. Япония выражает свое неудовольствие тем, что разработанная в главе III классификация международных обязательств излагает "чрезмерно абстрактные концепции ... в нечетких формулировках"; по ее мнению, сложность проведения таких различий "скорее будет препятствовать любым усилиям по урегулированию спора"⁹.

2. Рассмотрение конкретных статей главы III

a) Статья 16: Наличие нарушения международного обязательства

5. Статья 16 гласит:

"Нарушение государством международного обязательства налицо в том случае, когда деяние этого государства не соответствует тому, что требует от него указанное обязательство".

6. В статье 16 повторяется в рамках главы III, но в несколько иной формулировке, элемент, уже изложенный в статье 3(b). Согласно статье 3(b), международно-противоправное деяние налицо в том случае, когда присваиваемое государству поведение "представляет собой нарушение международного обязательства [этого] государства". Однако в статье 16 содержится некоторая конкретизация элемента нарушения и указывается, что нарушением (и, таким образом, противоправным деянием) является любое поведение, которое "не соответствует тому, что требует" от государства указанное обязательство. Этот элемент иногда называют "объективным"

⁶ (...продолжение)

международных договоров, предполагалось рассмотреть в рамках ответственности государств. По вопросу о нарушении международных договоров см. также S. Rosenne, Breach of Treaty (Cambridge, Grotius, 1985); P. Reuter, Introduction au droit des traités (PUF, Paris, 3rd edn., ed. Cahier, 1995), стр. 4 (который, вместе с тем, объединяет вопросы нарушения и недействительности под не слишком удачным названием "невыполнение международных договоров").

⁷ A/CN.4/488, стр. 49.

⁸ Там же.

⁹ A/CN.4/492. См. также комментарии, сделанные правительствами ряда стран (Австрии, Белорусской ССР, Канады, Мали, Нидерландов, Союза Советских Социалистических Республики, Украинской ССР, Чили и Югославии в Ежегоднике ... 1980 год, том II, Часть первая, стр. 87-106; Болгарии, Монголии, Федеративной Республики Германии, Чехословакии и Швеции в Ежегоднике ... 1981 год, том II, Часть первая, стр. 71-78), при принятии в первом чтении главы III.

элементом ответственности государств в сравнении с требованием присвоения, которое считается "субъективным" элементом. Понятие ответственности государств с упором на право (*le droit subjectif*) потерпевшего государства более подробно рассматривается в контексте статьи 40 и содержащегося в ней определения "потерпевшего государства". Однако существуют и другие трудности в разграничении понятий "субъективного" и "объективного". В конечном итоге присвоение - это юридический процесс и в данном смысле является "объективным"¹⁰. Кроме того, наличие нарушения международного права может зависеть от знаний или морального состояния субъекта(-ов), за поведение которого(-ых) государство несет ответственность. В таких случаях определенный психический элемент присваивается государству в качестве основы для установления его ответственности¹¹, которая, таким образом - по крайней мере в одном смысле - является "субъективной", хотя в принципе она все равно регулируется международным правом. Более того, одно и то же деяние может являться нарушением договора по отношению к одному государству, но законным и даже необходимым согласно договору с другим государством¹²: в таких случаях понятие "нарушение" имеет межсубъективный элемент, который отсутствует в отношении присвоения. По этим причинам термины "субъективный" и "объективный" элементы ответственности представляются неясными, и их лучше избегать.

7. В комментарии к статье 16 использование формулировки "не соответствует" оправдывается тем, что "она наиболее точно передает мысль о том, что нарушение может иметь место, даже если деяние государства лишь частично противоречит лежащему на нем международному обязательству"¹³. Далее в нем проводится различие между нарушением международного обязательства и нарушением вежливости¹⁴, или контракта между государством и частным лицом или корпорацией¹⁵, или в целом "юридических обязательств, относящихся к правопорядку, отличному от международного правопорядка"¹⁶. В нем указывается на необходимость выполнения положений других статей главы III в целях установления наличия нарушения, но ничего не говорится о взаимосвязи между главами III и V.

8. Лишь несколько правительств представили комментарии к статье 16. Франция затрагивает вопрос о нарушении международного обязательства в случае наличия "обязательства, имеющего преимущественную силу", и в качестве примера приводит статью 103 Устава Организации

¹⁰ В комментарии к пункту 2 статьи 16 подчеркивается "самостоятельность международного права" в отношении нарушения, однако в международном праве также определяется вопрос присвоения: см. первый доклад, A/CN.4/490/Add.5, пункт 158. Несомненно, при этом оно учитывает положения внутреннего права в отношении статуса лиц, действующих от имени государства: там же, пункт 167. Вместе с тем положения внутреннего права имеют значение при определении того, имело ли место нарушение того или иного обязательства. В обоих случаях главный принцип заложен в статье 4: см. первый доклад, A/CN.4/490/Add.4, пункты 140-143.

¹¹ Как в деле о канале Корфу; см. I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 22.

¹² См. пункт 9(c) и (d) ниже.

¹³ Комментарий к статье 16, пункт (4).

¹⁴ Там же, пункт (5).

¹⁵ Там же, пункты (6)-(7).

¹⁶ Там же, пункт (7).

Объединенных Наций. В этой связи она предлагает добавить в конце статьи 16 фразу "в соответствии с международным правом"¹⁷. Соединенное Королевство предлагает объединить статью 21 (обязательства результата) со статьей 16¹⁸.

Статья 16 и проблема коллизии международных обязательств

9. Комментарий Франции затрагивает общий вопрос о коллизии международных обязательств. Что касается статьи 103 Устава, то можно было бы считать, что этот вопрос в достаточной мере регулируется статьей 39 проекта статей, если предположить, что в этой статье будет предусмотрено ее применение к проекту статей в целом¹⁹. Вместе с тем проблема потенциальной коллизии международных обязательств носит более широкий характер.

a) Прежде всего необходимо рассмотреть ситуацию, когда общее международное право регулирует противоречие между двумя или более международными обязательствами, находящимися - или находившимися - в силе в отношении того или иного государства, так что, согласно международному праву, одно из этих обязательств имеет преимущественную силу над другим. Например, согласно праву международных договоров, последующий договор между одними и теми же сторонами имеет преимущественную силу над предыдущим во всех случаях несоответствия²⁰. Более поздняя непоследовательная норма общего международного права, как правило, имеет преимущественную силу над предыдущей нормой. Императивная норма международного права имеет преимущественную силу над любой непоследовательной нормой иного характера (например, любой нормой *jus dispositivum*)²¹.

b) Второго рода ситуация возникает в том случае, когда одно из положений договора претендует на преимущественную силу над другим, как, например, статья 103 Устава. Все члены Организации Объединенных Наций согласились с ней, что в их взаимных отношениях обязательства по Уставу имеют преимущественную силу над другими договорными обязательствами, даже обязательствами по более поздним договорам. Это положение легло в основу решения Суда

¹⁷ A/CN.4/488, стр. 50.

¹⁸ Там же. См. также комментарии Чили (Ежегодник ... 1980 год, том II, Часть первая, стр. 95), Югославии (там же, стр. 106) и Федеративной Республики Германии (Ежегодник ... 1981 год, том II, Часть первая, стр. 74).

¹⁹ Это предположение было изначально высказано в первом докладе, A/CN.4/490/Add.3, пункты 79-80.

²⁰ Венская конвенция о праве международных договоров, статья 30(3), с учетом статьи 41.

²¹ Другими случаями являются замена предыдущей нормы обычного права (не являющейся нормой *jus cogens*) более поздним договором, а также устаревание договора в результате введения новой нормы общего международного права. Материалы по этим и другим аналогичным проблемам см., например, S. Rosenne, Breach of Treaty (Cambridge, Grotius Publications, 1985), pp. 85-95; G. Binder, Treaty Conflict and Political Contradiction (New York, Praeger, 1998); C. Chinkin, Third Parties in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1993), pp. 69-80; N. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law (Oxford, Clarendon Press, 1994); P. Reuter, Introduction au droit des traités (PUF, Paris, 3rd edn., ed. Cahier, 1995), pp. 116-131.

по делу Локерби в том плане, что право Ливийской Арабской Джамахирии по Монреальской конвенции 1971 года не выдавать некоторых граждан было подчинено ее обязанности осуществить экстрадицию в соответствии с резолюцией Совета Безопасности, которую Ливия *prima facie* была обязана выполнить в соответствии со статьей 25 Устава²².

с) Эти случаи, какими бы интересными они ни были для других целей, не вызывают особых трудностей в контексте статьи 16. В каждом случае преимущественной силой обладает одно международное обязательство, и никакое государство не имеет права требовать выполнения "вторичного", "подчиненного" или "отмененного" положения. Вместе с тем указанные выше правила не в состоянии обеспечить полное соответствие между международными обязательствами государства так же, как внутригосударственное право в состоянии дать полные гарантии отсутствия действительных, но несогласующихся договорных обязательств. Так, в соответствии с пунктом 4 статьи 30 Венской конвенции о праве международных договоров, если не все участники последующего договора являются участниками предыдущего договора, то оба договора считаются действительными, и при этом государство А (участник обоих договоров) может иметь один комплекс обязательств по отношению к одной группе государств и другой комплекс - по отношению к другой²³. В деле Коста-Рика против Никарагуа²⁴ Центральноамериканский суд постановил, что Никарагуа несет международную ответственность перед Коста-Рикой в связи с заключением договора с третьим государством²⁵ без предварительного выполнения требования о проведении консультаций, содержащегося в предыдущем договоре между Никарагуа и Коста-Рикой. Вместе с тем Суд не объявил последующий договор недействительным, поскольку его юрисдикция не распространяется на Соединенные Штаты. В деле о Восточном Тиморе Международный Суд проявил еще большую сдержанность. Утверждалось, что заключение Австралией договора с Индонезией, который противоречил правам Португалии по Уставу, а также правам населения Восточного Тимора, представленного Португалией, служило основанием для возникновения международной ответственности Австралии. В отличие от Коста-Рики Португалия явно не требовала вынесения определения относительно недействительности договора с Индонезией, ограничившись лишь требованием об ответственности. Суд вообще не принял это дело на том

²² См. Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Request for the Indication of Provisional Measures, I.C.J. Reports 1992, p. 3; ibid. (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), I.C.J. Reports 1992, p. 114. Для целей подачи заявлений презюмировалась действительность резолюции Совета Безопасности. Различные вопросы возникают в связи с соответствием Уставу решений, принятых согласно его положениям государствами, не являющимися членами Организации: см. статью 2(6) Устава; W.G. Vitzthum, "Article 2(6)", in B. Simma (ed.), The Charter of the United Nations. A Commentary (Oxford, Oxford University Press, 1994), pp. 131-139.

²³ См. комментарий к этому положению (статья 26 в заключительном проекте КМП), пункт 11, Ежегодник ... 1966 год, том II, стр. 217, а также Уолдок, шестой доклад, Ежегодник ... 1966 год, том II, стр. 76.

²⁴ (1917) 11 AJIL 181.

²⁵ См. Договор о Межокеанском канале (Бриана-Чаморро) от 5 августа 1914 года между Никарагуа и Соединенными Штатами Америки, текст приводится в Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949, vol. 10, p. 379.

основании, что он не может сделать, не высказавшись вначале о незаконности поведения Индонезии, которая не является участником процесса²⁶. В этих условиях он не был компетентен рассматривать требование об ответственности, выдвинутое Португалией против Австралии.

d) В Венской конвенции о праве международных договоров не указывается, что договор теряет силу по причине несоответствия другому договору²⁷. Вместо этого в ней предпринята попытка урегулировать трудности, связанные с коллизией договорных обязательств, путем прямого резервирования "... любого вопроса об ответственности государства ..., которая может возникнуть в результате заключения или применения договора, положения которого несовместимы с его ... обязательствами в отношении [другого] государства ... по иному договору"²⁸. Таким образом, в соответствии с международным правом невыполнение действующего договорного обязательства по отношению к государству А не может быть оправдано тем, что государство одновременно выполняло договорное обязательство по отношению к государству В. Что касается правовых норм об ответственности, то здесь возникают вопросы о возможности прекращения или реституции в случаях, когда соответствующее государство не может выполнить оба обязательства. В этой связи могут возникнуть вопросы по части второй проекта статей, которые, однако, не имеют отношения к формулировке статьи 16.

Взаимосвязь между несоответствием обязательству, противоправностью и ответственностью

²⁶ I.C.J. Reports 1995, p. 90, где применяется принцип допустимости, провозглашенный в деле о монетарном золоте, вывезенном из Рима в 1943 году, I.C.J. Reports 1954, p. 32. Формально это решение отличается от решения, принятого по делу Коста-Рика против Никарагуа. В том деле не возникало никаких вопросов в отношении каких-либо незаконных деяний со стороны Соединенных Штатов, хотя они, безусловно, были осведомлены о положениях предыдущего договора. Вместе с тем несколько странно, что договор считается недействительным в силу нарушения лишь одной из его сторон другого договора с третьим государством, в то время как договор, заключенный явно в нарушение нормы *erga omnes*, избегает судебного внимания. Обсуждение дела о Восточном Тиморе см., например, в С. Chinkin, "The East Timor Case (Portugal v. Australia)", ICLQ, vol. 45, 1996, p. 712; E. Jouannet, "Le principe de l'Or monétaire, à propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)", RGDIP, vol. 100, 1996, p. 673; J.M. Thouvenin, "L'arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l'Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)", AFDI, vol. XLI, 1995, p. 328.

²⁷ См. пункты 4 и 5 статьи 30. В статьях 52, 53, 64, 69 и 71 непосредственно рассматриваются случаи недействительности договора, причем предполагалось, что они будут носить исключительный характер. См. P. Reuter, Introduction au droit des traités, PUF, Paris (3rd edn., ed. Cahier, 1995), p. 153 (para. 251). Х. Лаутерпахт неоднократно указывал на недействительность последующих коллидирующих договоров, опираясь в значительной мере на аналогии в муниципальном праве: см. "The Covenant as the 'Higher Law' (1936) in 4 International Law. Collected Papers (ed. E. Lauterpacht, Cambridge, 1978), p. 326, и в особенности "Contracts to Break a Contract" (1936), *ibid.*, p. 340, at pp. 371-375.

²⁸ Там же, пункт 5 статьи 30. В отношении самой статьи 30 указывается, что она применяется с "соблюдением статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций": см. пункт 1 статьи 30.

10. Согласно статье 16, нарушением обязательства является любое "несоответствие" тому, что требует от государства указанное обязательство. Одна из трудностей, связанных с этой идеей, заключается в определении такого "обязательства". Например, обычно говорят, что государство обязано обеспечивать защиту дипломатических помещений или допускать мирный проход иностранных судов через территориальное море, что является обязательством, ассоциируемым с первичной нормой, содержащейся, соответственно, в пункте 2 статьи 22 Венской конвенции о дипломатических сношениях или в статье 17 и последующих статьях Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, или же в их эквивалентах в обычном праве. Однако в этих первичных нормах не указываются все условия, которые должны быть выполнены, дабы можно было установить факт нарушения какого-либо обязательства. В системе проектов статей и в рамках общего международного права некоторые другие факторы имеют отношение к вопросу о том, произошло ли нарушение, например согласие "потерпевшего" государства, либо обстоятельства самообороны, либо непредвиденные обстоятельства. Можно отметить, что первичная норма, в строгом понимании этого термина, фактически содержит в себе все условия, оговорки, оправдания или освобождения от обязанности, применимые к ней, так что понятие "соответствия" обязательству, вводимое этой нормой, подразумевает соблюдение всех этих условий или оговорок и исключение всех возможных оправданий или освобождений от обязанности. Вместе с тем ясно, что статью 16 следует рассматривать в ином ключе. В противном случае она будет носить неконкретный характер и сводиться к заявлению о том, что нарушение обязательства возникает, когда обязательство нарушается. Кроме того, исключаяющие противоправность обстоятельства, рассматриваемые в главе V, считаются вторичными нормами общего характера, а не презюмируемой частью каждой первичной нормы.

11. Если это так, то возникает трудность со статьей 16 в том плане, что, согласно этой статье, как представляется, нарушение международного обязательства происходит тогда, когда деяние, присваиваемое государству, не соответствует обязательству, налагаемому на это государство первичной нормой, несмотря на возможное существование одного из исключających противоправность обстоятельств, о которых идет речь в главе V. Может показаться, что это положение влечет за собой своего рода "абстрактную противоправность", т.е. нарушение, за которое ни одно государство не несет ответственности, что Комиссия в своем комментарии прямо отрицает²⁹. Или же может показаться, что это противоречит статье 3, согласно которой присвоение и нарушение в совокупности являются достаточными основаниями для противоправности³⁰. Как может возникнуть противоправность в обстоятельствах, исключających противоправность?

12. Со времени принятия статьи 16 в вопросах об ответственности Международный Суд подходил к этому вопросу совершенно по-иному.

а) В деле, касающемся дипломатического и консульского персонала, Суд, определив, что соответствующее поведение присваивалось Исламской Республике Иран, пришел к выводу о том, что, исходя из фактических обстоятельств дела, Исламская Республика Иран не выполнила своих обязательств согласно соответствующим договорам и общему международному праву, касающихся защиты дипломатического и консульского персонала и уважения и обеспечения соблюдения его неприкосновенности. Он пришел к выводу о том, что имели место "следовавшие один за другим

²⁹ См. первый доклад, A/CN.4/490/Add.4, пункт 125, и обсуждение; там же, пункты 126-129.

³⁰ См. комментарий к пунктам (11) и (12) статьи 3, принятой в первом чтении.

и все еще продолжающиеся нарушения Ираном его обязательств по отношению к Соединенным Штатам", и добавил:

"Прежде чем делать из этого соответствующие выводы с точки зрения международной ответственности Иранского государства по отношению к Соединенным Штатам Америки, Суд считает, что ему следует рассмотреть еще один вопрос. Суд не может обойти молчанием тот факт, что иранской стороной ... была высказана мысль о том, что поведение правительства Ирана ... может быть оправдано наличием особых обстоятельств"³¹.

Далее Суд рассмотрел и отверг возможные "средства защиты" Ирана, которые не были конкретно выдвинуты (из-за неявки представителей Ирана), а тем более доказаны. Суд отметил, что, даже если бы они были должным образом выдвинуты и доказаны, они не были бы "оправданием поведения Ирака и, тем самым, средством защиты от претензий Соединенных Штатов по настоящему делу"³². Именно на этом основании Суд поддержал вывод о том, что Иран "несет ответственность перед Соединенными Штатами"³³. Очевидно, нарушение обязательства произошло до вынесения определения относительно наличия какого бы то ни было особого оправдания или "средства защиты", тем более что решение об ответственности было вынесено лишь после того, как было исключено наличие подобного способа защиты. Это может означать, что ответственность состоит не из двух, а из трех элементов - присвоения, нарушения и отсутствия какого-либо "специального" средства защиты или оправдания, хотя не следует делать слишком больших выводов из решения по делу, касающемуся явного нарушения, на слушание которого государство-ответчик не явилось и в связи с которым Суд, как представляется, провел самый тщательнейший анализ.

b) В деле о проекте Габчиково-Надьямарош Суд указал следующее:

"когда какое-либо государство совершает международно-противоправное деяние, его международная ответственность скорее всего возникает независимо от характера нарушенного обязательства"³⁴.

Далее Суд подчеркнул:

"Венгрия, сославшись на наличие настоятельной необходимости в попытке оправдать указанное поведение, с самого начала предпочла отнести это дело к сфере применения норм права об ответственности государств, подразумевая тем самым, что в отсутствие таких обстоятельств ее поведение было бы противоправным. Таким образом, настоятельная необходимость, на которую указывала Венгрия, - даже если бы она была установлена - не позволяет сделать вывод о том, что в 1989 году она действовала в соответствии с ее обязательствами по Договору 1977 года или же что эти обязательства перестали иметь для нее обязательную силу. Это позволяет лишь заявить, что при таких обстоятельствах Венгрия

³¹ I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 38.

³² Ibid., p. 39; see also at p. 41.

³³ Ibid., p. 41.

³⁴ I.C.J. Reports 1997, p. 3, at p. 38 (para. 47) (эмпфаза добавлена), со ссылкой на Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, I.C.J. Reports 1950, p. 228, и статью 17 проекта статей.

не несла бы международной ответственности за свои действия. И наконец, Суд указывает, что Венгрия прямо признала, что в любом случае такая настоятельная необходимость не исключает ее обязанности предоставить компенсацию своему партнеру"³⁵.

Однако как можно утверждать, что международная ответственность "скорее всего" возникнет в случае международно-противоправного деяния, если, согласно статье 3, такое деяние не может не повлечь за собой ответственности?

13. Трибунал в арбитражном решении по делу "Рэйнбоу Уорриор" принял еще одну формулу, указав на "определение обстоятельств, которые могут исключать противоправность (и делать нарушение лишь кажущимся)"³⁶. Однако, согласно статье 16, "нарушение ... международного обязательства налицо ..., когда деяние этого государства не соответствует тому, что требует от него указанное обязательство"; нарушение не является лишь "кажущимся".

14. Эта трудность может иметь скорее семантический, чем реальный характер, но, тем не менее, не перестает быть трудностью. С одной стороны, нельзя утверждать, что государство, которое, по-видимому, действовало не так, как того требует имеющее для него силу договорное или обычное обязательство, все-таки действовало "в соответствии с" или "сообразно с" этим обязательством. С другой стороны, было бы странно говорить о том, что государство совершило международно-противоправное деяние, когда обстоятельства таковы, что они исключают противоправность его деяния по международному праву. Однако эта проблема более полно рассматривается в рамках главы V (Обстоятельства, исключаящие противоправность). На данный момент необходимо сделать оговорку к формулировке статьи 16 в зависимости от результатов анализа различных концепций, лежащих в основе главы V. Вместе с тем предложение Франции о том, чтобы добавить в статью 16 слова "в соответствии с международным правом", представляется разумным в любом случае, поскольку в нем подчеркивается, что наличие и характер международного обязательства определяются системой международного права, а просто не формулировкой того или иного конкретного, но изолированного текста.

"[Н]е соответствует тому, что требует от него указанное обязательство"

15. Наконец, можно задать вопрос о том, способна ли формулировка "не соответствует тому, что требует от него указанное обязательство" охватить множество различных видов нарушений. В некоторых случаях международное обязательство может требовать четко определенного поведения со стороны соответствующего государства (например, принятия определенного закона). В других случаях оно может устанавливать минимальный стандарт поведения, выше которого соответствующее государство может свободно подниматься (например, большинство обязательств по правам человека). В последующих статьях предпринимается попытка охватить некоторые из этих различий путем разграничения так называемых обязательств поведения, обязательств предотвращения и обязательств результата; эти статьи будут обсуждены в соответствующее время. Можно утверждать, что формулировка "не соответствует" является достаточно гибкой для охвата многочисленных вариантов обязательства и что любые сомнения могут быть в достаточной мере рассеяны в комментарии. С другой стороны, несколько странно говорить о том, что какое-либо деяние "не соответствует" обязательству. Редакционному комитету, возможно, следует рассмотреть альтернативные формулировки на различных языках (например, "не согласуется с").

³⁵ I.C.J. Reports 1997, p. 3, at p. 39 (para. 48) (эмфаза добавлена).

³⁶ (1990)20 UNRIAA 217, at p. 251.

b) Статья 17: Несущественность происхождения нарушенного международного обязательства

16. Прежде чем сделать какой-либо вывод в отношении статьи 16, необходимо рассмотреть также статьи 17 и 19(1). Статья 17 предусматривает следующее:

"1. Деяние государства, нарушающее международное обязательство, является международно-противоправным деянием, независимо от обычного, договорного или иного происхождения этого обязательства.

2. Происхождение международного обязательства, нарушенного государством, не влияет на международную ответственность, которую влечет международно-противоправное деяние этого государства".

17. В комментарии к статье 17 поднимается важный вопрос о том, существует ли в международном праве единый режим ответственности за все нарушения обязательства, т.е. имеет ли значение то, что то или иное обязательство "происходит" от двустороннего или многостороннего договора, одностороннего акта, нормы общего международного права, местного обычая или общего принципа права. В нем отмечается, что:

"в большинстве систем внутреннего права имеется два различных режима гражданской ответственности, один из которых применяется к нарушению обязательства, принятого по договору, а другой - к нарушению обязательства, имеющего другой источник"³⁷.

С учетом моментов, которые уже зафиксированы в статьях 1 и 3, ответ является отрицательным. В отличие от большинства систем национального права³⁸ международное право имеет единый режим ответственности или по меньшей мере единый общий режим. Разработка специальных автономных режимов ответственности возможна, и в этом случае общий режим ответственности будет исключен либо в силу конкретного положения, либо (что более вероятно) в силу

³⁷ Комментарий к статье 17, пункт 3. Это заявление представляет собой в определенной степени упрощение, поскольку некоторые правовые системы идут дальше базового различия между ответственностью *ex contractu* и ответственностью *ex delicto*. Например, по историческим причинам - ограничения договорной ответственности в силу норм, касающихся встречного удовлетворения и имущественных отношений, отсутствие какого-либо общего принципа деликтной ответственности, ограничения, связанные с формами исков, - в общем праве были разработаны другие категории ответственности, которые не являются ни контрактными, ни деликтными (квазидоговор, реституция...). См. J. Cooke and D. Oughton, "The Common Law of Obligations" (Butterworths, London, 2nd ed., 1993), pp. 5-6, 52-59; W.V.H. Rogers, "Tort (Winfield and Jolowicz)" (Sweet and Maxwell, London, 15th ed., 1998), pp. 4-18. Что касается попытки проанализировать ответственность государств с точки зрения "оснований иска", см. I. Brownlie, "System of the Law of Nations, State Responsibility Part I", OUP, Oxford, 1983, pp. 53-88.

³⁸ Краткий сравнительный обзор см. A. Tunc, "La responsabilité civile" (2nd edn, Economica, 1989), pp. 32-46, где признается действительность различия в принципе, но содержится призыв к унификации режимов договорной и деликтной ответственности, насколько это возможно, а также отмечается, что впервые это было сделано в Гражданском кодексе Чехословакии в 1950 году.

применения принципа *lex specialis*, которому посвящена статья 37 проектов статей³⁹. Однако помимо этого выдвигается аргумент об отсутствии систематического различия в международном праве между обязательствами, вытекающими из договоров, и обязательствами иного происхождения (например, вытекающими из одностороннего акта, из общего международного права)⁴⁰. Хотя указывалось на отсутствие четкого источника в отношении этого вопроса, обзор прецедентного права и практики показывает, что:

"На обычное, договорное или иное происхождение нарушенного обязательства никогда не ссылались для оправдания, например, выбора той или иной формы возмещения ущерба или для определения субъекта, обладающего правом требовать ответственности"⁴¹.

Для объяснения отсутствия такого различия приводятся разные причины. В частности, "одно и то же обязательство иногда предусматривается обычной нормой и нормой, кодифицированной в договорном порядке"⁴², и один и тот же договор часто содержит "договорные" и "нормативные" положения, и поэтому на предлагаемое различие между *traités-lois* и *traités-contrats* полагаться нельзя⁴³.

18. Второй вопрос, рассматриваемый в статье 17(2), заключается в том, может ли происхождение международного обязательства каким-либо образом влиять на режим ответственности за его нарушение. В данном случае потенциально существенное различие состоит в различии между обязательствами перед международным сообществом государств в целом и обязательствами перед одним или несколькими государствами. Тем не менее в комментарии утверждается, что "преобладающее значение этих обязательств по сравнению с другими зависит от их содержания, а не от процесса их создания"⁴⁴. Приведенная причина состоит в том, что "в международном правопорядке нет источника, специально предназначенного для создания "уставных" или "основополагающих" принципов..."⁴⁵. В комментарии сделан вывод об отсутствии необходимости ссылаться в статье 17 на статью 103 Устава или императивные нормы международного права⁴⁶.

Комментарии правительств в отношении статьи 17

³⁹ См. комментарий к статье 17, пункт 5, и что касается рассмотрения принципа *lex specialis* в проектах статей, то см. Первый доклад, A/CN.4/490/Add.4, пункт 27.

⁴⁰ См. комментарий к статье 17, пункты 19-20.

⁴¹ Там же, пункт 11.

⁴² Там же, пункт 20.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Комментарий к статье 17, пункт 21.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Комментарий к статье 17, пункт 23.

19. Швейцария отмечает, что разъяснение в статье 17 "хотя и является абсолютно правильным, не добавляет ничего нового к принципу, изложенному в статье 16"⁴⁷. Греция отмечает, что, как представляется, пункт 2 "является лишним"⁴⁸.

Статья 17(1): "Происхождение" обязательств (обычное, договорное или иное)

20. В ходе арбитражного разбирательства по делу о судне "Рэйнбоу Уорриор" Новая Зеландия утверждала о том, что вопросы выполнения договора в первую очередь регулируются правом договоров и что правовые нормы об ответственности государств играют просто субсидиарную роль⁴⁹. По мнению Новой Зеландии, одно из следствий заключалось в том, что единственными оправданиями несоблюдения договорного обязательства являются оправдания, предусмотренные в Венской конвенции о праве международных договоров (невозможность выполнения, коренное изменение обстоятельств). Арбитражный трибунал с этим не согласился. По его мнению,

"правовые последствия нарушения договора, включая определение обстоятельств, которые могут исключать противоправность... и надлежащие средства правовой защиты в случае нарушения, являются вопросами, регулируемыми обычно-правовыми нормами об ответственности государств. Причина состоит в том, что общие принципы международного права, касающиеся ответственности государств, в равной степени применимы в случае нарушения договорного обязательства, поскольку в области международного права не проводится различие между договорной и деликтной ответственностью, и поэтому любое нарушение государством какого-либо обязательства, независимо от его происхождения, влечет за собой ответственность государства и, следовательно, обязанность произвести возмещение. Разумеется, что конкретный договор может сам по себе ограничивать или расширять сферу применения общих правовых норм об ответственности государств, например, посредством установления системы средств правовой защиты в случае ее наступления"⁵⁰.

21. В деле о проекте Габчиково - Надьямарош Международный Суд сослался на статью 17 в поддержку положения о том, что "определенно установлено, что, когда государство совершило международно-противоправное деяние, его международная ответственность, скорее всего, наступает независимо от характера обязательства, которое оно не выполнило"⁵¹. Эта выдержка уже обсуждалась, однако она не оказывает какой-либо дополнительной поддержки положению, содержащемуся в статье 17(1)⁵².

⁴⁷ A/CN.4/488, стр. 50.

⁴⁸ A/CN.4/492, стр. 9.

⁴⁹ (1990) 20 UNRIAA 217 at p. 249.

⁵⁰ Ibid., at p. 251. Арбитражный трибунал был единодушен в этом вопросе.

⁵¹ I.C.J. Reports 1997, p. 7 at pp. 38-39 (para. 47).

⁵² В этом деле Словакия зарезервировала за собой право выдвинуть аргумент (как это сделала Новая Зеландия) о том, что обстоятельства, исключющие противоправность, не являются оправданием для нарушения ясно выраженного договорного положения. Венгрия с этим не согласилась. Как и Арбитражный трибунал в деле о судне "Рейнбоу Уорриор", Международный
(продолжение...)

Статья 17(2): "не влияет"

22. Согласно комментарию, цель формулировки статьи 17(2) состоит лишь в том, чтобы передать мысль о том, что "различие между разными типами международно-противоправных деяний по происхождению обязательства не имеет оснований для существования в общем международном праве"⁵³. В частности, отмечалось, что более высокое иерархическое положение одного обязательства по сравнению с другим (например, согласно статье 103 Устава, что касается отношений между государствами-членами) не имеет каких-либо последствий для режима ответственности:

"последствия применения [излагаемого в статье 103 Устава] принципа не имеют отношения к международной ответственности, вытекающей из нарушения международных обязательств, и ... они относятся к действительности некоторых договорных обязательств в случае коллизии между этими обязательствами и обязательствами, которые были приняты государствами - членами Организации Объединенных Наций в соответствии с Уставом. В силу положения, содержащегося в статье 103, обязательство, предусмотренное соглашением, действующим между двумя государствами - членами Организации Объединенных Наций, но противоречащее обязательствам, содержащимся в Уставе, становится недействительным в той мере, в какой оно противоречит Уставу, и поэтому не может стать объектом нарушения, влекущего международную ответственность. И если обязательство, противоречащее обязательствам, установленным в Уставе, связывает государство-члена с государством-нечленом, то создаваемая проблема будет относиться к проблемам, возникающим обычно в случае коллизии между обязательствами, принятыми государством по отношению к нескольким другим государствам, причем при условии, что норма Устава, устанавливающая определенные обязательства, не стала за это время императивной нормой общего международного права, обязательной в этом качестве для всех государств. Поэтому не существует каких-либо особых проблем ответственности, которые следует разрешить"⁵⁴.

23. Эта выдержка нуждается в нескольких комментариях. Во-первых, в части второй проектов статей проведено несколько различий между нарушениями обязательства особого характера (обязательства *erga omnes*, императивные нормы) по сравнению, например, с обычными нарушениями двустороннего договора⁵⁵, и вполне может возникнуть необходимость в дальнейшей разработке таких последствий. Если будет установлено различие между международными преступлениями и международными правонарушениями, то можно предположить, что это различие будет иметь далеко идущие последствия⁵⁶. Например, в случае нормы, главная цель которой состоит в наказании виновного (т.е. в контексте, собственно говоря, уголовной ответственности),

⁵² (... продолжение)

Суд отнесся к обстоятельствам, исключаящим противоправность, как имеющим в принципе отношение к вопросу о нарушении договора, однако затем признал, что соответствующие обстоятельства не оправдывают фактическое невыполнение: I.C.J. Reports 1997, p. 7, at pp. 38 (para. 47) and 63 (para. 101).

⁵³ Комментарий к статье 17, пункт 27.

⁵⁴ Там же, пункт 23.

⁵⁵ См. статьи 40(3), 43(b), 50(e), 51-53.

⁵⁶ Первый доклад, A/CN.4/490/Add.1, пункт 51; Add.3, пункты 84-86, 90-92.

можно предположить применение других и более строгих норм присвоения, чем в случае норм деликтной или гражданской ответственности, главная цель которых состоит в обеспечении прекращения, реституции и возмещения. С учетом этих возможностей странно звучит фраза о том, что "какие-либо особые проблемы ответственности отсутствуют".

24. Во-вторых, дело не в том, что статья 103 касается "действительности некоторых договорных обязательств в случае коллизии между ними и обязательствами, взятыми на себя государствами - членами Организации Объединенных Наций в силу Устава". Статья 103 совершенно определенно предназначена для установления того, какое из двух коллидирующих обязательств имеет преимущественную силу в том или ином конкретном случае. Она предусматривает лишь то, что обязательства по Уставу имеют преимущественную силу в случае противоречия с обязательствами по другим договорам, а не то, что другие договоры являются недействительными⁵⁷. Кроме того, можно предвидеть возможность коллизии между императивной нормой и обязательством, вытекающим из договора, даже если сам по себе договор является в полной мере надлежащим⁵⁸. Поэтому нельзя исключить, что "происхождение" обязательства (например, в Уставе или в императивной норме) может "влиять" на международную ответственность, вытекающую из международно-противоправного деяния государства. Разумеется, что содержание обязательства может оказывать сильное воздействие на ответственность, но все же "происхождение" обязательства может иметь важные последствия для его содержания⁵⁹.

Выводы в отношении статьи 17

25. Видимо, цель пункта 2 состоит только в том, чтобы передать идею о том, что если международно-противоправное деяние было совершено, то происхождение обязательства не меняет этого факта. Однако это трюизм; нарушение является нарушением каким бы ни был источник обязательства. Кроме того, это уже четко подразумевается в статье 3 и в пункте 1 статьи 17. По этим причинам пункт 2 является ненужным, вносит путаницу и его следует исключить.

26. Что касается пункта 1, то тот факт, что Международному Суду и другим трибуналам потребовалось вынести решение по этому вопросу, свидетельствует о том, что содержащееся в нем разъяснение является полезным. Кроме того, положение о том, что международное право в общем не проводит различие между режимом ответственности за нарушения договора и за нарушения других правовых норм, является важным. Как уже отмечалось, во многих правовых

⁵⁷ В статье 103 ничего не говорится о противоречии с обязательствами, вытекающими из других источников, например, общего международного права, хотя как договор Устав будет обычно иметь преимущественную силу в отношениях между его участниками перед любой нормой, которая не является императивной.

⁵⁸ Например, Монреальская конвенция 1971 года, к которой Суд применил статью 103 Устава в деле Локерби (временные меры), I.C.J. Reports 1992, p. 3, at p. 16. См. пункт 9 выше.

⁵⁹ Например, обязательство, вытекающее из одностороннего акта, должно толковаться в первую очередь с учетом намерения индивидуального субъекта, однако это не применяется по отношению к договорному обязательству: ср. дело об Англо-иранской нефтяной компании (предварительное возражение), I.C.J. Reports 1952, p. 93, at pp. 104-105.

системах автоматически проводится различие между договорной и деликтной ответственностью⁶⁰. По этим причинам существо пункта 1 следует сохранить. Однако Специальный докладчик соглашается с комментариями правительства Швейцарии, по меньшей мере в том, что по существу пункт 1 разъясняет статью 16. Рекомендовалось дополнить статью 16 выражением "независимо от источника (будь то обычный, договорный или иной) этого обязательства"⁶¹.

с) Статья 19(1): Несущественность объекта нарушенного обязательства

27. В статье 19 рассматривается главным образом "различие" между международными правонарушениями и международными преступлениями государства, которое подробно обсуждалось в предыдущем докладе⁶². Однако здесь необходимо обсудить один аспект статьи 19. Пункт 1 предусматривает следующее:

"1. Деяние государства, нарушающее международное обязательство, является международно-противоправным деянием, независимо от объекта нарушенного обязательства".

Это представляет собой дальнейшее разъяснение общих формулировок статей 3 и 16, не отличающееся от разъяснения, содержащегося в статье 17(1).

28. В комментарии к статье 19(1) отмечается, что она "не может порождать каких-либо сомнений, даже на чисто логической основе"⁶³, и далее следует обзор прецедентного права и доктрины. Как это обычно имеет место с такими элементарными понятиями, в упомянутых источниках очень мало обсуждается вопрос о точности, и это, без всякого сомнения, связано с тем, что они не нуждаются в разъяснениях или не оспариваются.

Комментарии правительств в отношении статьи 19(1)

29. Правительства представили больше комментариев в отношении статьи 19, чем по любому другому проекту статьи. Однако ни один из этих комментариев не касается (или для этой цели не ставит под сомнение) принцип, изложенный в пункте 1, если не считать, что для тех правительств, которые выступают за исключение статьи 19⁶⁴, пункт 1 не имеет большого значения⁶⁵.

⁶⁰ См. пункт 17 выше.

⁶¹ Полный текст предложенной статьи 16 см. в пункте 34 ниже.

⁶² См. первый доклад, A/CN.4/490/Add.1-3; доклад КМП 1998 года, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/53/10), пункты 241-331.

⁶³ Комментарий к статье 19, пункт 3.

⁶⁴ Например, Австрия (A/CN.4/488, стр. 55); Франция (там же, стр. 58); Соединенное Королевство (там же, стр. 72), Япония (A/CN.4/492, стр. 11).

⁶⁵ В представленных ранее комментариях Чили указала, что положения, содержащиеся в части первой и статьях 16 и 19, должны толковаться совместно (Ежегодник ... 1980 год, том II, часть первая, стр. 106). Федеративная Республика Германии предложила включить "в (продолжение...)

Базовый принцип

30. Удивительно, но в комментарии не цитируется важное заявление Постоянной палаты в деле "Уимблдон", в котором она подтвердила, что "право заключать международные соглашения [sc., по любому вопросу, касающемуся этого государства] является атрибутом суверенитета государства"⁶⁶. Это положение - viz., о том, что отсутствует *a priori* ограничение в отношении объекта, в отношении которого государства могут принимать международные обязательства, часто подтверждалось в том или ином контексте⁶⁷. Например, в деле о Никарагуа (существо дела) Международный Суд заявил, что он не может "обнаружить в диапазоне объектов международных соглашений какие-либо препятствия ..., не дающие государству возможность брать на себя обязательства", в отношении "вопроса внутренней политики, например вопроса, касающегося проведения свободных выборов на его территории"⁶⁸.

31. Иными словами, время от времени выдвигался аргумент о том, что государство *a priori* могло не брать на себя обязательство с тем или иным конкретным объектом, и неизменный ответ состоял в том, что вопрос состоит только в том, делало ли это государство. Аналогичным образом, иногда выдвигался аргумент о том, что обязательство, связанное с определенным объектом, может быть нарушено лишь посредством поведения аналогичного характера. В деле о нефтяных платформах Соединенные Штаты выдвинули аргумент о том, что договор о дружбе в форме традиционного договора о дружбе, торговле и судоходстве не может быть в принципе нарушен поведением, связанным с применением вооруженной силы и осуществленным в рамках обеспечения национальной безопасности или обороны; утверждалось, что "договор о торговле" должен быть нарушен "в торговой сфере", т.е. поведением торгового, а не военного характера. Следствие этого аргумента состояло в том, что Суд не располагает юрисдикцией рассматривать дело, которое не касается поведения, связанного с торговлей. Суд кратко прокомментировал этот вопрос следующим образом:

"Договор 1955 года налагает на каждую из сторон разные обязательства по разным вопросам. Любые действия одной из сторон, которые не согласуются с этими обязательствами, являются незаконными, независимо от средств, которые были использованы. Нарушение прав одной стороны согласно договору посредством применения силы является незаконным, как и нарушение в результате административного решения или

⁶⁵ (...продолжение)
статью 17 концепцию, отраженную в пункте 1 статьи 19" (Ежегодник ... 1981 год, том II, часть первая, стр. 90).

⁶⁶ P.C.I.J. Ser. A, No. 1 (1923), at p. 25.

⁶⁷ В делах о Декретах о национализации в Тунисе и Марокко Палата отметила, что, хотя национальная юрисдикция государств распространяется на вопросы, которые "в принципе" не регулируются международным правом, объем национальной юрисдикции - это "исключительно относительный вопрос": P.C.I.J. Ser. B, No. 4 (1923), at p. 24. См. также дело о толковании мирных договоров (первый этап), I.C.J. Reports 1950, p. 65, at pp. 70-71; дело Ноттебома (второй этап), I.C.J. Reports 1955, p. 4, at pp. 20-21; дело "Интерхандель" (предварительные возражения), I.C.J. Reports 1959, p. 6, at p. 24; дело, касающееся права прохода через территорию Индии (существо дела) I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 33.

⁶⁸ I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 131.

каких-либо иных средств. Поэтому вопросы, касающиеся применения силы, *per se* не исключаются из сферы охвата Договора 1955 года. Поэтому аргументы, выдвинутые в этой связи Соединенными Штатами, должны быть отвергнуты"⁶⁹.

Формулировка принципа: "независимо от объекта"

32. Таким образом, лежащий в основе принцип ясен, независимо от того, затрагивается ли он на уровне юрисдикции (как в деле о нефтяных платформах) или существа (как в деле о Никарагуа). Однако указание на "объект" в пункте 1 является неконкретным и поднимает, видимо, ненужный вопрос: какие объекты будут позволять проводить такое различие? В конце концов, некоторые объекты могут в большей степени, чем другие, позволять судить о принятии международного обязательства. По этим причинам, если пункт 1 будет сохранен, было бы более предпочтительным сформулировать его со ссылкой на "содержание", а не на "объект" обязательства.

33. Что касается вопроса о том, следует ли его сохранить, то тот факт, что Суд неоднократно ссылался на этот принцип в той или иной форме в своих решениях, включая недавние решения, дает основания считать, что его следует сохранить. Вместе с тем по причинам, аналогичным причинам, приведенным в связи со статьей 17(1), достаточно включить его в качестве одного из элементов в формулировку базового принципа в статье 16. Необходимость в отдельном пункте или статье отсутствует.

Выводы в отношении статей 16, 17 и 19(1)

34. По этим причинам предлагается объединить статьи 16, 17 и 19(1) в одну статью, которая могла бы гласить следующее:

Статья 16

Наличие нарушения международного обязательства

Нарушение государством международного обязательства налицо в том случае, когда деяние этого государства не соответствует тому, что требует от него указанное обязательство по международному праву, независимо от источника (будь то обычного, договорного или иного) или содержания обязательства.

d) Статья 18(1) и (2): Требование о том, чтобы международное обязательство находилось в силе в отношении государства

35. Статья 18 предусматривает следующее:

"1. Деяние государства, не соответствующее тому, что требует от него международное обязательство, составляет нарушение этого обязательства только в том случае, если указанное деяние было совершено в момент, когда это обязательство находилось в силе в отношении данного государства.

2. Однако деяние государства, которое в момент его совершения не соответствовало тому, что требовало от него находящееся в силе в отношении этого государства международное

⁶⁹ J.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 811 (para. 21).

обязательство, не рассматривается более как международно-противоправное деяние, если впоследствии подобное деяние стало обязательным поведением в силу императивной нормы общего международного права.

3. Если деяние государства, которое не соответствует тому, что требует от него международное обязательство, является деянием длящегося характера, нарушение этого обязательства налицо лишь в отношении периода, когда указанное деяние совершается в момент действительности этого обязательства для данного государства.

4. Если деяние государства, которое не соответствует тому, что требует от него международное обязательство, является деянием, состоящим из серии действий или бездействий применительно к различным казусам, нарушение этого обязательства налицо в том случае, если такое деяние может рассматриваться как образуемое действиями или бездействиями, совершенными в течение периода, когда указанное обязательство находится в силе в отношении данного государства.

5. Если деяние государства, которое не соответствует тому, что требует от него международное обязательство, является сложным деянием, состоящим из действий или бездействий одного и того же органа или различных органов государства применительно к одному и тому же казусу, нарушение этого обязательства налицо в том случае, если сложное деяние, не соответствующее этому обязательству, начинается действием или бездействием, совершенным в течение периода, когда указанное обязательство находится в силе в отношении данного государства, даже если деяние завершается по истечении этого периода".

36. Статья 18 является сложным положением. В ней всеобъемлющим образом рассматривается основной постулат о том, что деяние государства является противоправным, лишь если оно нарушило международное обязательство, находившееся в силе во время, когда это деяние было совершено. Основная норма изложена в пункте 1, однако она сразу же оговаривается посредством ссылки на особый случай, связанный с нормами *jus cogens* в пункте 2, и затем далее развивается и конкретизируется в связи с разными классификациями противоправного деяния в пунктах 3, 4 и 5. Это важно, поскольку эти классификации вновь воспроизводятся в статье 25 и сопровождаются последствиями при всестороннем рассмотрении различных видов нарушений в статьях 24-26. Поэтому здесь рассматриваются лишь пункты 1 и 2 статьи 18.

Комментарии правительств к статье 18(1) и (2)

37. Комментарии правительств касаются главным образом последних пунктов статьи 18, и основной принцип, изложенный в статье 18(1), представляется бесспорным⁷⁰. По мнению Швейцарии, однако, этот принцип и так очевиден, "и здесь нет нужды что-либо уточнять"⁷¹.

Статья 18(1): основной принцип

⁷⁰ См. комментарии Канады (Ежегодник ... 1980 год, том II, часть первая, стр. 104), Франции (A/CN.4/488, стр. 82), Соединенного Королевства (там же, стр. 50-51), Соединенных Штатов (там же, стр. 51-52) и Германии (там же, стр. 82). См. также пункт 91 ниже.

⁷¹ A/CN.4/488, стр. 51.

38. В пункте (1) излагается основной принцип, согласно которому для существования ответственности нарушение должно иметь место в тот момент, когда обязательство находится в силе в отношении данного государства. Это является лишь проявлением в сфере ответственности государств общего принципа интертемпорального права, как указал судья Губер в другом контексте по делу об острове Пальма:

"Правовой факт должен рассматриваться в свете современного права, а не в свете права, действующего в момент, когда возникает или должен быть урегулирован спор, касающийся этого факта"⁷².

39. В комментарии к пункту (1) отмечается множество случаев, когда данный принцип применялся международными трибуналами. Однако эта идея развивается дальше: "Поскольку речь идет об общем принципе права, общепризнанном и основанном на доводах, действительных для любой правовой системы, он обязательно должен найти применение и в международном праве"⁷³. Кроме того, в международном праве этот принцип представляет собой не просто необходимую, но и достаточную основу для возникновения ответственности; другими словами, как только в результате противоправного деяния возникла ответственность, на нее не влияет последующее прекращение обязательства (либо в результате прекращения действия договора, либо в результате изменения норм международного права)⁷⁴.

40. Оба аспекта этого принципа имплицитно отражены в решении Международного Суда по делу о некоторых фосфатных месторождениях в Науру. Австралия утверждала, что требование об ответственности государств, касающееся периода ее совместного управления подопечной территорией Науру (1947-1968 годы), нельзя выдвигать десятилетия спустя, даже если официально данное требование не было отклонено. Суд отверг этот аргумент, применив довольно свободную норму относительно неосновательных промедлений или необоснованных задержек⁷⁵. Вместе с тем он далее заявил:

"Суду в должное время надлежит обеспечить, чтобы задержка Науру с передачей дела в Суд никоим образом не отразилась на позиции Австралии в том, что касается установления фактов и определения содержания применимого права"⁷⁶.

⁷² UNRIIAA, vol. 2, p. 829, at p. 845 (1949), цитируется в комментарии к статье 18, пункт (7). Что касается интертемпорального права в целом, то см. резолюцию Института международного права, Annuaire ... vol. 56 (1075), at pp. 536-550; относительно прений, см. ibid., pp. 339-374; доклады Сёренсена см. ibid., vol. 55 (1973), pp. 1-116. См. далее, W. Karl, "The Time Factor in the Law of State Responsibility, in M. Spinedi and B. Simma (eds.), United Nations Codification of State Responsibility" (Oceana, New York, 1987), p. 95.

⁷³ Комментарий к статье 18, пункт (11).

⁷⁴ Там же, пункт (9). Это положение четко подтверждается в отношении договорных обязательств в Венской конвенции о праве международных договоров, статья 70.

⁷⁵ Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru, I.C.J. Reports 1992, p. 240, at pp. 253-255.

⁷⁶ I.C.J. Reports 1992, p. 240 at p. 255 (эмфаза добавлена). Комментарий см. R. Higgins, "Time and the Law" (1997), 46 ICLQ 501, at p. 514.

Суд, по всей видимости, намеревался применить нормы права, действовавшие в момент предъявления требования. По сути дела, такую позицию вынужденно заняла сама Науру, поскольку ее требование было основано на нарушении Соглашения об опеке, действие которого прекратилось в момент достижения Науру независимости в 1968 году. Суть требования заключалась в том, что ответственность Австралии, возникшая в соответствии с нормами права, действовавшими в конкретно указанный момент, продолжала существовать даже если первоначальное обязательство прекратило действовать⁷⁷. Этот принцип, который не оспаривался Австралией, применялся и в других делах⁷⁸ и подтверждается в комментарии⁷⁹. Однако его четкого изложения в проекте статей нет. Он связан с вопросом об утрате права ссылаться на ответственность и обсуждается при рассмотрении положений части второй.

Принцип отсутствия обратной силы и толкование обязательств в области прав человека

41. Хотя нет сомнений в правильности основного принципа, вопрос заключается в том, допускает ли он какие-либо оговорки или исключения. Одна безусловная оговорка относится к вопросу о противоправных деяниях длящегося характера. Она рассматривается в статье 18(3), которая обсуждается ниже⁸⁰. Другая возможная оговорка касается вопроса об обязательствах в области прав человека. Высказывалась мысль о том, что "интертемпоральный принцип международного права в его общепринятом понимании не применяется при толковании обязательств в области прав человека"⁸¹; при этом подчеркивалось (особое) мнение судьи Танаки в отношении дел о Юго-Западной Африке (второй этап). Это дело касалось мандатного обязательства, взятого на себя Южной Африкой в 1920 году. Большинство исходило из того, что:

"в целях определения того, каковы были и какими являются права и обязательства сторон в отношении мандата ... и, в частности, ... включают ли они какое-либо право в индивидуальном порядке требовать должного выполнения положений, регулирующих "поведение" ... Суд должен вернуться к тому моменту времени, когда создавалась система мандатов и когда разрабатывались мандатные механизмы. Суд должен учитывать

⁷⁷ Могли возникнуть более серьезные проблемы в связи с предъявлением Науру требования к Австралии в отношении освоения месторождений фосфата в период действия мандата. См. также С. Weeramantry, Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship (Melbourne, Oxford University Press, 1992); W.M. Reisman, "Reflections on State Responsibility for Violations of Explicit Protectorate, Mandate, and Trusteeship Obligations" (1998) 10 Michigan Journal of International Law 231. Дело было урегулировано до того, как у Суда появилась возможность рассмотреть эти вопросы: I.C.J. Reports 1993, p. 322; что касается Соглашения об урегулировании от 10 августа 1993 года, см. (1993) 32 ILM 1471.

⁷⁸ Например, дело "Рейнбоу уорриор", в отношении которого Арбитражный трибунал постановил, что, хотя со временем действие соответствующего договорного обязательства прекратилось, ответственность Франции за совершенное ею ранее нарушение сохранилась: см. (1990) 20 UNRIAA 217 at pp. 265-266.

⁷⁹ Комментарий к статье 18, пункт (9).

⁸⁰ См. пункт 100 ниже.

⁸¹ R. Higgins, "Time and the Law" (1997) 46 ICLQ 501, at p. 517.

существовавшую в то время ситуацию, которая была критической, и намерения соответствующих сторон, которые в тот момент, по-видимому, существовали или которые можно разумно предположить, в свете этой ситуации ... Лишь с учетом этого можно правильно оценить юридические права сторон"⁸².

В противоположность этому судья Танака заявил:

"В настоящем деле речь идет не о защите приобретенных прав ответчика, а о его обязательствах, поскольку основные цели системы мандатов носят этический и гуманитарный характер. Ответчик не имеет права вести себя бесчеловечно как сегодня, так и на протяжении этих 40 лет"⁸³.

42. Этот "прогрессивный" взгляд на обязательства мандатария был вновь подтвержден большинством членов Суда в известном отрывке из заключения по Намибии:

"Принимая во внимание крайнюю необходимость толкования соглашения в соответствии с намерениями сторон, существовавшими в момент его заключения, Суд обязан учесть тот факт, что концепции, закрепленные в статье 22 Устава ... являются не статичными, а, по самому своему определению, эволюционными, что, следовательно, относится и к концепции "священного доверия". Поэтому следует считать, что участники Устава признали их как таковые. Именно поэтому, анализируя институты 1919 года, Суд должен принять во внимание те изменения, которые произошли за прошедшие 50 с лишним лет, и на его толковании не может не отразиться последующее развитие права через посредство Устава Организации Объединенных Наций и обычного права. Кроме того, международное соглашение должно толковаться и применяться в рамках всей правовой системы, существующей на момент толкования. За последние 50 лет в области, с которой связано нынешнее разбирательство, ... произошли важные события ... В этой области, как и в других областях, *corpus iuris gentium* был значительно обогащен, и данный факт Суд, коль скоро он выполняет свои функции добросовестно, не может проигнорировать"⁸⁴.

43. По мнению Специального докладчика, данное заявление никак не квалифицирует принцип, изложенный в статье 18(1), и тем более не создает исключения из него. Это объясняется двумя причинами. Во-первых, жалоба в отношении Южной Африки заключалась не в том, что она нарушила мандат в 1920 или 1930 годах, а в том, что она делала в 1966 году; другими словами, жалоба касалась длящегося противоправного поведения в отношении обязательства, предположительно сохранявшего свою силу. Во-вторых, из интертемпорального принципа не следует, что положения договоров должны восприниматься как застывшие во времени. "Прогрессивное" или эволюционное толкование положений договоров (включая договоры по правам человека) представляет собой общепринятый метод толкования⁸⁵, хотя он и не является

⁸² I.C.J. Reports 1966, p. 6, at p. 23 (para. 16).

⁸³ I.C.J. Reports 1966, p. 6, at p. 294, цитируется с согласия Хиггинса, loc. cit., at pp. 516-517.

⁸⁴ I.C.J. Reports 1971, p. 16, at pp. 31-32 (para. 53).

⁸⁵ См., например, особое мнение Европейского суда по правам человека по делу Тирер, ECHR Ser. A, vol. 26 (1978), at pp. 15-16.

единственным таким методов⁸⁶. Толкование юридических документов на протяжении какого-либо периода времени не является точной наукой, но это не имеет ничего общего с тем принципом, что государство может нести ответственность лишь за нарушение того обязательства, которое действовало в отношении этого государства в момент совершения им соответствующего деяния⁸⁷.
Вывод по статье 18(1)

44. По этим причинам следует сохранить принцип, отраженный в статье 18(1). Что же касается его формулировки, то она, возможно, в большей мере соответствовала бы идее гарантии против ретроактивного применения международного права в вопросах, касающихся ответственности государств, если бы она гласила следующее: "Никакое деяние государства не квалифицируется как международно-противоправное, за исключением тех случаев, когда ..."⁸⁸. Принципа *lex specialis* (которому посвящена статья 37 проекта статей) достаточно для рассмотрения тех редких случаев, когда достигнута договоренность или принято решение о ретроактивном признании ответственности⁸⁹.

Статья 18(2): формирующиеся императивные нормы

45. Единственной безусловной оговоркой к принципу, лежащему в основе статьи 18(1), является оговорка, изложенная в пункте (2). Она предусматривает, что деяние, считавшееся противоправным в момент его совершения, будет рассматриваться как законное, если впоследствии подобное деяние стало требоваться императивной нормой международного права. В таких случаях императивный характер такой нормы действует ретроактивно, по меньшей мере в том смысле, что эта норма отменяет раннюю характеристику поведения как противоправного. Такая ситуация рассматривается в комментарии в отношении некоторых "гипотетических случаев, которые, хотя и

⁸⁶ Обращение к подготовительным материалам договоров, разрешенное статьей 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, неизбежно наводит интерпретатора на понимание договорного положения в момент его принятия и поэтому вступает в конфликт с прогрессивным толкованием. Однако этот прием используется при толковании договоров по правам человека.

⁸⁷ Принцип интертемпорального права не означает и того, что факты, имевшие место до вступления в силу какого-либо конкретного обязательства, могут игнорироваться. В качестве примера можно привести обязательство обеспечивать, чтобы обвиняемые лица были судимы без неоправданной задержки (Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 14(с)). Если в момент вступления данного обязательства в силу в отношении какого-либо государства обвиняемые лица уже заключены под стражу и в течение длительного времени ожидают судебного разбирательства, данный факт может быть принят во внимание при решении вопроса о том, было ли совершено нарушение, но никакая компенсация не может быть присуждена в отношении периода до вступления этого обязательства в силу: см. J. Pauwelyn "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", *BYIL*, vol. 66, 1995, at pp. 443-445.

⁸⁸ Предлагаемую формулировку статьи 18 см. в пункте 156 ниже.

⁸⁹ Что касается ретроактивного подтверждения и признания поведения государством, см. проект статьи 15 бис и первый доклад, A/CN.4/490/Add.5, пункты 281-286.

не имели места в прошлом и, по всей видимости, могут редко встретиться в будущем, не могут быть оставлены без внимания"⁹⁰. Эта точка зрения обосновывается следующим образом:

"Если деяние государства представлялось во время его совершения противоправным с формально-юридической точки зрения, но было очевидно продиктовано моральными и гуманными соображениями, которые впоследствии вызвали подлинный переворот в праве, то трудно не увидеть ретроспективно в этом деянии действие или бездействие, которые стали предвестниками современных норм права. И если урегулирование спора, вызванного этим деянием, происходит после того, как в закон было внесено соответствующее изменение, судебная инстанция, ответственная за урегулирование спора, не будет склонна рассматривать, несмотря ни на что, ранее совершенное действие или бездействие в качестве международно-противоправного и считать, что за него должны нести международную ответственность"⁹¹.

В комментарии описываются далее некоторые возможные варианты. Например:

"вполне возможно, что сегодня какому-либо международному суду будет предложено решить спор относительно международной ответственности государств, которое, будучи связано договором о поставке оружия другому государству, отказалось выполнить свое обязательство, зная, что это оружие предназначено для совершения агрессии или геноцида или для поддержки силой политики апартеида, причем отказалось до того, как были созданы нормы *jus cogens*, запрещающие геноцид и агрессию и имеющие следствием признание такого отказа не только законным, но и обязательным"⁹².

При этом, однако, подчеркивается, что ретроактивное действие новой императивной нормы весьма ограничено: "деяние государства рассматривается ретроактивно как законное не *ab initio*, а лишь с того момента, когда вступает в силу новая норма *jus cogens*", и оно не касается уже принятых решений или достигнутых урегулирований⁹³. Это ограниченное действие было выражено словами "не рассматривается более как международно-противоправное деяние" в пункте (2).

Комментарии правительств к статье 18(2)

46. Франция выражает несогласие с пунктом (2) по причинам, связанным с ее общими оговорками в отношении императивных норм; она также отмечает, что обязательство совершать определенные действия "неуместно в статье, касающейся интертемпорального права"⁹⁴. Нидерланды в своем более раннем комментарии высказали мысль о том, что если статья 18(2) вообще нужна в проекте статей, то ей место в главе V, которая касается обстоятельств, исключающих противоправность⁹⁵.

⁹⁰ Комментарий к статье 18, пункт (14).

⁹¹ Там же, пункт (15).

⁹² Там же, пункт (17).

⁹³ Там же, пункт (18).

⁹⁴ A/CN.4/488, стр. 53.

⁹⁵ Ежегодник ... 1981 год, том II, Часть первая, стр. 127.

Есть ли необходимость в статье 18(2)?

47. Ситуация, рассматриваемая в пункте (2), имеет, должно быть, еще более редкий характер, чем та, о которой идет речь в статье 64 Венской конвенции о праве договоров, касающейся продолжающейся действительности договоров, когда возникает новая, оказывающаяся в противоречии норма *jus cogens*. В статье 18(2) рассматривается не что иное, как ситуация, при которой деяние, конкретно запрещенное международным правом в день 1, становится обязательным в силу новой нормы *jus cogens* в день 2 или, по меньшей мере, в течение такого периода времени, который позволяет, чтобы вопросы ответственности, возникшие в день 1, сохраняли бы свою актуальность, но при этом оставались бы нерешенными. В качестве примера такой ситуации нельзя даже привести случаи рабства⁹⁶.

48. Поскольку речь идет об ограниченной форме ретроактивности и с учетом крайне малой вероятности возникновения таких ситуаций, неизбежно возникает вопрос, почему эти случаи не могут быть в достаточной мере урегулированы за счет комбинации статьи 37 (*lex specialis*), статьи 43(b) (исключающей реституцию вопреки императивной норме международного права) и, наконец, гибких механизмов определения компенсации. Что касается, например, рабства, то если предположить неправомерный захват рабов в период, когда работорговля продолжала считаться международно-правомерным деянием⁹⁷, не могло даже идти и речи о реституции в отношении рабов или о выплате компенсации за их утрату, поскольку утраченное (владение людьми) уже стало невозможно оценить с точки зрения международного права. Если взять такие примеры, как агрессия и геноцид, то их императивный характер был признан, по сути дела, в отношении всего периода действия Устава⁹⁸. Трудно и даже невозможно представить себе какую-либо реальную ситуацию, когда считавшееся ранее противоправным поведение теперь стало обязательным в соответствии с какой-либо императивной нормой, или даже такую ситуацию, когда считавшееся ранее правомерным поведение теперь запрещается такой нормой.

Действие новых императивных норм в соответствии с Венской конвенцией 1969 года

49. Следует также отметить и такой момент, что, хотя Венская конвенция о праве международных договоров предусматривает возможность возникновения новых императивных норм,

⁹⁶ Как отмечается в комментарии к статье 18, пункт (16). При рассмотрении случаев рабства были затронуты важные вопросы интертемпорального права: см. дела, цитируемые в комментарии в пункте 10.

⁹⁷ Момент, в который вступает в силу новая норма обычного международного права, бывает, как это имело место в случае с рабством, нелегко определить: см., например, *The Le Louis* (1817), 2 Dods 210; *The Antelope* (1825), 10 Wheaton 66. На практике такие нормы считаются вступившими в силу с более ранней даты, и в этом смысле "ретроактивность" является неотъемлемым элементом нормообразующего процесса.

⁹⁸ В соответствии с Нюрнбергскими принципами развязывание агрессивной войны 1939 года классифицировалось как преступление, и эти принципы были подтверждены Генеральной Ассамблеей в 1948 году. Международный Суд в деле относительно Конвенции о геноциде заявил, что лежащие в основе этой Конвенции принципы "признаются цивилизованными нациями как имеющие обязательную силу для государств даже без каких-либо конвенционных обязательств": *I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 23.

она не наделяет их какой-либо обратной силой⁹⁹. Согласно статье 64, если возникает новая императивная норма общего международного права, "то любой существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается". В статье 71(2) предусмотрено, что:

"2. Когда договор становится недействительным и прекращается в соответствии со статьей 64, прекращение договора:

a) освобождает участников от всякого обязательства выполнять договор в дальнейшем;

b) не влияет на права, обязательства или юридическое положение участников, возникшие в результате выполнения договора до его прекращения, при условии, что такие права и обязательства или такое положение могут в дальнейшем сохраняться в той мере, в какой их сохранение само по себе не противоречит новой императивной норме общего международного права".

В этом варианте не признается прямая ретроактивность, хотя в то же время учитываются требования новой императивной нормы в отношении отмены тех прав (например, права на реституцию, обусловленного совершенным ранее противоправным деянием), которые не могут быть сохранены по причине их несоответствия новой норме. Такой результат новая императивная норма имела бы независимо от вторичных норм ответственности государств¹⁰⁰.

Вывод по статье 18(2)

50. В конечном итоге, пункт (2) в его нынешней формулировке в большей степени касается, по-видимому, не вопроса о ранее возникшей ответственности, а вопроса о тех мерах, которые созданный позднее орган (суд или трибунал) должен принять в связи с этой возникшей ранее ответственностью с учетом более поздней императивной нормы, не соответствующей предыдущим. Из комментария следует, что имевшее место ранее поведение представляло собой, фактически, нарушение обязательства¹⁰¹. Тем не менее в отдельных случаях вторичный характер возникшей тем самым ответственности признается недействительным в соответствии с принятой позднее императивной нормой.

51. Если рассматривать пункт (2) с этой точки зрения, то возникают два отдельных вопроса, причем ни один из них не находит должного отражения в статье, посвященной воздействию интертемпорального права на источники ответственности. Первый вопрос касается тех последствий для существующего характера ответственности, которые имеют последующие изменения в первичных нормах (особенно тогда, когда речь идет о новых императивных нормах). Этот вопрос относится к части второй проекта статей, и ему нет места в части первой. Второй, более важный вопрос касается взаимосвязи между источниками ответственности и имеющими преимущественную

⁹⁹ Момент, отмеченный Швецией в комментарии к статье 18(2): Ежегодник ... 1981 год, том II, Часть первая, стр. 95.

¹⁰⁰ Это также согласуется с хорошо известной оговоркой к особому мнению арбитражного судьи Губера, высказанному им по делу об острове Пальма, UNRIIAA, vol. 2, p. 829, at p. 845.

¹⁰¹ Комментарий к статье 18, пункт (18).

силу требованиями императивных норм, и этот же вопрос возникает - причем более часто на практике - в отношении существующих императивных норм. Он будет более подробно обсужден при рассмотрении обстоятельств, исключаящих противоправность, в главе V части первой. Из всего этого следует, что пункт (2) не нужен в статье 18 и его можно исключить.

е) Статьи 20 и 21: Обязательства поведения и обязательства результата

52. В статьях 20 и 21 проводится различие между обязательствами поведения и обязательствами результата¹⁰². С учетом взаимосвязи между ними эти статьи следует рассматривать вместе. В них предусматривается следующее:

"Статья 20

Нарушение международного обязательства, предусматривающего специально установленное поведение

Нарушение государством международного обязательства, предусматривающего специально установленное поведение государства, налицо, когда поведение этого государства не соответствует поведению, предусматриваемому этим обязательством.

Статья 21

Нарушение любого обязательства, предусматривающего обеспечение определенного результата

1. Нарушение государством международного обязательства, предусматривающего обеспечение свободно избранным им средством определенного результата, налицо, если избранным поведением данное государство не обеспечивает результат, предусмотренный указанным обязательством.

2. Если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным обязательством, но из указанного обязательства следует, что этот результат или эквивалентный результат может, тем не менее, быть обеспечен последующим поведением государства, нарушение обязательства налицо лишь в том случае, если это государство не обеспечивает также своим последующим поведением предусмотренный этим обязательством результат".

53. В комментарии к этим статьям отмечается, что, хотя в отдельных случаях провести это различие может быть трудно, оно "лежит в основе определения того, как нарушение

¹⁰² По этому вопросу уже много написано. См., например, J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in Mélanges Reuter, pp. 181-204; P. Daillier et A. Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 6th ed., 1999, par. 139, 473; P.M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats" (1984), vol. 188, Recueil des cours, pp. 43-54; I. Brownlie, State Responsibility - Part I (1983), p. 241; C. Tomuschat, "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights", in Essays in Honour of Henry G. Schermers (vol. 3, 1994), p. 315; E. Wyler, L'illicite et la condition des personnes privées (A. Pedone, Paris, 1995), pp. 17-43.

международного обязательства осуществляется в том или ином случае"¹⁰³. Это объясняется тем, что оно затрагивает два момента: во-первых, можно ли судить о том, что нарушение обязательства произошло, и, во-вторых, когда оно произошло. В частности, "условия нарушения международного обязательства изменяются в зависимости от того, требует ли данное обязательство от государства конкретно определенной деятельности или ограничивается требованием обеспечить определенный результат, оставляя ему возможность выбора средств"¹⁰⁴. В основе этого различия лежит то, что, хотя обязательства поведения и преследуют определенную цель или результат, они точно устанавливают средства, которые надлежит использовать; поэтому их иногда называют обязательствами средств. В противоположность им обязательства результата не делают этого, оставляя на усмотрение государства-участника выбор средств, которые будут использоваться¹⁰⁵. Это не означает, что государство имеет свободный выбор средств. Его выбор может быть более или менее ограничен. Однако оно будет иметь определенную степень выбора - а в некоторых случаях оно даже может иметь и последующий выбор - с целью исправления положения, если неудача с использованием первоначально выбранных им средств не привела ни к какому необратимому ущербу¹⁰⁶. Например, принятие какого-либо закона - хотя это может казаться не благоприятствующим достижению желаемого результата, - не будет фактически представлять собой нарушения; значение имеет то, применяется ли на деле это законодательство. В таких случаях нарушение совершается только тогда, когда законодательство определенно применяется к конкретному случаю, вызывая запрещенный результат¹⁰⁷.

54. В комментарии признается, что вопрос о том, какого рода обязательство должно налагаться, должен, так или иначе, решаться не в проекте статей, а авторами первичной нормы. Обязательства поведения (связанные либо с действиями, либо с бездействием) устанавливаются скорее в контексте непосредственных отношений между государствами, в то время как обязательства результата преобладают при обращении с лицами в рамках внутреннего правового порядка каждого государства¹⁰⁸. В этом случае различие подразумевается с точки зрения государства и суверенитета: выбор средств скорее существует во внутренних, чем в международных делах. Однако это не является незыблемым правилом. Например, договор единообразного права представляется как устанавливающий обязательство поведения, с тем чтобы положения единообразного права становились частью законодательства соответствующего государства¹⁰⁹.

¹⁰³ Комментарий к статье 20, пункт (4).

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Там же, пункт (8).

¹⁰⁶ Там же, пункты (2)-(4).

¹⁰⁷ Комментарий к статье 21, пункты (18)-(22), со ссылкой на дело "Мариноза деvelopeмент компани" (1933 год), 6UNRIAA 340 (United States-Panama General Claims Commission), дело о некоторых немецких интересах в польской Верхней Силезии, P.C.I.J. Ser. A, No. 7 (1926), at p. 19, и решение Европейского суда по делу де Бекер, ECHR Ser. A, vol. 4 (1962).

¹⁰⁸ Комментарий к статье 20, пункт (6).

¹⁰⁹ Там же, пункт (8). См. B. Conforti, "Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 24, 1988, p. 233.

С другой стороны, обязательства в области прав человека связаны с обязательствами результата, поскольку они не предписывают точно, как соответствующие права должны соблюдаться, и они находятся в соответствии с разнообразными законами и институтами.

55. Таким образом, в статьях 20 и 21 берется различие между разными видами обязательства, устанавливаемыми первичными нормами, и делается попытка проработать последствия этого различия с точки зрения ответственности¹¹⁰. Согласно комментарию, главным следствием для целей статей 20 и 21 является то, что:

"таким образом, установление нарушения обязательства [результата] происходит в международном праве совершенно иначе, чем в случае обязательства "поведения" или "средств", где ... решающим критерием установления выполнения или нарушения обязательства является сравнение конкретно определенного поведения, требуемого обязательством, и фактического поведения государства"¹¹¹.

Комментарии правительств к статьям 20 и 21

56. Те правительства, которые представили комментарии к статьям 20 и 21, скептически относятся к значимости этого различия. Дания (от имени стран Северной Европы) отмечает, что различия, рассматриваемые в главе III, "судя по всему, никак не отражаются на последствиях их нарушения, изложенных в части второй проекта"¹¹². Франция отмечает, что эти положения посвящены "нормам материального права, в которых содержится квалификация первичных обязательств"; подобные положения "неуместны в проекте такого рода и, следовательно, должны быть исключены"¹¹³. Германия заявляет, что:

"существует определенная опасность разработки положений, являющихся слишком абстрактными по своему характеру, поскольку сложно предвидеть их сферу охвата и применения. Вместо того, чтобы устанавливать большую юридическую определенность, такие положения могут стать предметом злоупотреблений и использоваться для уклонения от ответственности в ущерб обычному международному праву. Как представляется, они также могут не иметь практического значения для государств, исторически менее связанных с континентальными европейскими правовыми традициями, поскольку к таким абстрактным нормам нелегко применить прагматический подход, обычно свойственный международному праву ... Короче говоря, правительство Германии не совсем уверено в том, являются ли сложные различия, проведенные в статьях 20, 21 и 23, действительно необходимыми или даже желательными"¹¹⁴.

Соединенное Королевство озабочено тем, что "тонкость проводимых ... различий между разными категориями нарушений может выходить за рамки необходимого или даже целесообразного при изложении основополагающих принципов ответственности государств [, и озабочено] возможными

¹¹⁰ Комментарий к статье 20, пункт (5).

¹¹¹ Там же.

¹¹² A/CN.4/488, стр. 74.

¹¹³ Там же, стр. 75.

¹¹⁴ Там же.

трудностями, связанными с определением категории, под которую подпадает конкретное поведение"¹¹⁵. Что же касается, в частности, статьи 21, то, считая основные положения "бесспорными", оно отвергает толкование, которое им дается в комментарии, особенно в отношении обязательств, касающихся обращения с иностранцами и их имуществом¹¹⁶.

Связь между различием, применимым в национальном и международном праве

57. Различие между обязательствами поведения и результата вытекает из гражданских правовых систем. Общему праву оно неизвестно; этим, по-видимому, объясняется его ограниченное рассмотрение в английской литературе¹¹⁷. Функцию этого различия, например во французском праве, четко объясняет Комбако:

"это ... степень вероятности достижения цели, преследуемой кредитором, который определяет характер обязательства, налагаемого на дебитора: там, где ее достижение является весьма вероятным, закон или контракт устанавливают обязательства результата; там, где она, по сути дела, является более проблематичной, они лишь уменьшают долю риска и устанавливают только обязательство средств"¹¹⁸.

Иными словами, по смыслу гражданского права обязательства результата связаны в определенной мере с гарантией итога, в то время как обязательства поведения являются по своему характеру обязательствами наибольших усилий, т.е. обязательствами сделать все возможное для достижения результата, но отнюдь не каким-то окончательным обязательством. Так, врач имеет по отношению к пациенту обязательство поведения, но не обязательство результата; врач должен делать все разумно возможное для обеспечения выздоровления пациента, но он отнюдь не обещает, что пациент обязательно выздоровеет. В соответствии с этой концепцией становится ясно, что обязательства результата являются более обременительными и, соответственно, нарушение таких обязательств легче доказать, чем в случае с обязательствами поведения или средств.

58. В отличие от вышесказанного различие в той форме, в какой оно изложено в статьях 20 и 21 и разъяснено в комментарии, проводится на основе определенности, а не риска. Обязательство поведения предусматривает более или менее определенное поведение. Обязательство результата - это обязательство, которое дает государству выбор средств¹¹⁹. Именно по этой причине обязательства результата рассматриваются в комментарии как в какой-то степени менее

¹¹⁵ A/CN.4/488, стр. 49-50.

¹¹⁶ Там же, стр. 77. С другой стороны, статью 20, по его мнению, можно объединить со статьей 16: там же, стр. 50.

¹¹⁷ Cf. Brownlie, State Responsibility - Part I (1983), at p. 241.

¹¹⁸ Combacau, loc. cit., p. 196. См. также Dupuy, loc. cit., pp. 47-48. В общем плане см. K. Zweigert and H. Kötz (trans. A. Weir), An Introduction to Comparative Law (Oxford, Clarendon, 2nd edn., 1992), p. 538.

¹¹⁹ Комментарий к статье 20, пункт (2), и к статье 21, пункт (1). См. также Daillier et Pellet (Droit international public, 6th ed., 1999), где есть ссылка на "допустимость в отношении средств" в качестве решающих критериев различия (стр. 746 оригинала, пункт 473).

обременительные, чем обязательства поведения, когда государство не имеет никакого или практически никакого выбора в отношении того, что оно будет делать¹²⁰. Согласно международному праву:

"в основе различия лежит отныне степень свободы, оставляемой за носителем обязательства в плане выбора средств, с помощью которых он может осуществить обязательство, а не более или менее проблематичный характер ожидаемого результата"¹²¹.

Эту разницу следует отметить. Приняв то, что первоначально было различием по гражданскому праву, проект статей практически повернул в обратном направлении его смысл. Из этого, однако, отнюдь не следует, что различие, которое имеет четкое значение и обоснование в национальных правовых системах, будет обязательно применяться таким же образом в международном праве. Этот вопрос необходимо рассматривать с точки зрения тех формулировок, которые приняты в проекте статей, даже если они и не соответствуют никакой конкретной системе национального права.

Различие между обязательствами поведения и результата в юридической литературе

59. Даже те авторы, которые знакомы с данным различием, как оно проводится в системах гражданского права, выражают серьезные сомнения в отношении его полезности в проекте статей. Например, по мнению Тоушата, "сложное для практического применения различие между обязательствами поведения и обязательствами результата мало помогает тем, кто должен определить, произошло ли нарушение международного обязательства"¹²². Часто упоминалось то воздействие, которое это различие может иметь на определение временного фактора при совершении международно-противоправного деяния¹²³. Тем не менее большинство авторов считают, что это различие имеет ограниченную ценность. Например, подчеркивалось, что "не всегда между этими двумя типами обязательств существует четкая граница, не говоря уж о том,

¹²⁰ Так, Б. Штерн в своей работе "Международная ответственность" ("Responsabilité internationale", Répertoire international Dalloz, 1998, para. 64) описывает обязательство поведения, лежащее на государстве, как "более принудительное, поскольку оно одновременно является обязательством добиться определенного результата и обязательством использовать для этого определенные средства, установленные международными нормами".

¹²¹ Combacau, loc. cit., pp. 201-202.

¹²² "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights" in Essays in Honour of Henry G. Schermers, p. 335. См. также P.M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des États" (1984), vol. 188, Recueil des cours, p. 47; по мнению Г. Лизэна, "предложения КМП, как представляется, не дают никаких полезных инструментов, а, скорее, привносят путаницу": State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles (Iustus Förlag, Uppsala, 1997), p. 63.

¹²³ По мнению Дэлье и Пелле, когда речь идет об обязательстве результата, "следует ... ожидать, что пройдут различные этапы "сложного ... государственного процесса", прежде чем можно будет "притормозить" нарушение международного обязательства" (loc. cit., p. 748, para. 473; эмфаза добавлена). См. также J. Combacau, loc. cit., p. 184, и P.M. Dupuy, loc. cit., pp. 44-45.

что они могут переплетаться в такой степени, что они теряют свои отличительные черты"¹²⁴. В целом в литературе не выражается большой поддержки сохранению этого различия, по крайней мере в том виде, в каком оно принято при первом чтении. Хотя Комбако называет это различие "принципиально обязательным"¹²⁵, он завершает свое исследование вопросами относительно

"обоснованности таких понятий, как средство, поведение, результат, цель ... применимых к нормам, когда то, что вначале представлялось как результат поведения, само по себе является поведением и когда каждое из средств, предоставленных в распоряжение носителя обязательства, все равно оставляет за ним выбор средств"¹²⁶.

Различие между обязательствами поведения и результата в международном прецедентном праве

60. С учетом такого индифферентного отклика на статьи 20 и 21 необходимо задать вопрос о том, было ли, по мнению судов и трибуналов, данное различие все-таки полезным при вынесении решений по реальным делам. На практике ссылки на эти статьи делаются лишь изредка. Различие между обязательствами поведения и обязательствами результата не было принято во внимание, например, в деле о дипломатическом и консульском персонале. Однако можно упомянуть три дела, в которых это различие использовалось - по крайней мере, в какой-то степени.

61. По делу Колоцца¹²⁷ Европейский суд по правам человека рассмотрел вопрос о заочном судебном процессе над истцом, который не получил никакого фактического уведомления о судебном процессе, был приговорен к шести годам тюремного заключения, а впоследствии ему не было разрешено опротестовать это обвинительное заключение. Он утверждал, что он был лишен справедливого слушания в нарушение статьи 6(1) Конвенции. Суд отметил, что:

"Договаривающиеся государства пользуются большой свободой действий в том, что касается выбора средств, предназначенных для того, чтобы их правовые системы соответствовали требованиям статьи 6(1) в этой сфере. Задача Суда состоит не в том, чтобы указывать государствам на эти средства, а в определении того, достигнут ли результат, требуемый Конвенцией ... Для этого необходимо продемонстрировать, что ресурсы, доступные согласно положениям внутреннего права, являются эффективными, а лицо, "обвиняемое в совершении уголовного преступления", которое находится в той же ситуации, что и

¹²⁴ G. Lysén, loc. cit., p. 62, который также ссылается на статьи 194 и 204 (1) Конвенции по морскому праву, которые ранее были проанализированы в этих же целях П.М. Дюпюи (loc. cit., pp. 49-50). Рассматривая критерии, определенные в комментариях к статьям 20 и 21, Ж. Комбако заявляет, что "обязательства результата в статье 21 относятся к единому типу, который можно с трудом отличить от обязательств поведения в статье 20" (loc. cit., p. 190).

¹²⁵ Loc. cit., p. 184.

¹²⁶ Ibid., p. 204.

¹²⁷ ECHR, Ser. A, vol. 89 (1985).

г-н Колоцца, не должно нести бремя доказывания того, что оно не стремилось избежать правосудия и что его отсутствие объяснялось непредвиденными обстоятельствами"¹²⁸.

Таким образом, Суд считал, что дело заявителя "к концу дня так и не было заслушано в его присутствии "трибуналом", компетентным выносить определения по всем аспектам данного вопроса"¹²⁹. Однако, как указывает Томушат, он пришел к этому выводу не просто путем сравнения требуемого результата (возможность проведения судебного процесса в присутствии обвиняемого) с практически достигнутым результатом (отсутствие этой возможности в данном конкретном случае). Скорее, Суд рассмотрел вопрос о том, что еще могла бы сделать Италия для того, чтобы право заявителя "было эффективным"¹³⁰. Верно то, что обязательство результата, воплощенное в статье 6(1), можно было бы выразить как обязательство обеспечить эффективное право на рассмотрение дела в присутствии соответствующего лица, но это лишь меняет формулировку вопроса, который необходимо решить. Сомнительно то, что различие между обязательствами поведения и результата помогло Суду в вынесении решения на этот счет.

62. Пожалуй, более интересным примером является дело ЭЛСИ, решение по которому было вынесено Палатой Суда, включая судью Аго. Главным вопросом в этом деле был вопрос о том, была ли реквизиция завода ЭЛСИ мэром Палермо (которая привела к банкротству ЭЛСИ и последовавшей за этим принудительной продаже имущества по заниженным ценам) нарушением различных положений двустороннего Договора о дружбе, торговле и мореплавании и Дополнительного соглашения. Соединенные Штаты, в частности, полагались на статью I Дополнительного соглашения, в которой предусматривалось, что:

"Граждане, корпорации и ассоциации любой из Высоких договаривающихся сторон не являются объектом для принятия в пределах территории другой Высокой договаривающейся стороны произвольных или дискриминационных мер, которые имеют своим результатом, в частности: а) воспрепятствование их эффективному контролю и управлению предприятиями ... или b) нанесение ущерба их другим законно приобретенным правам и интересам в таких предприятиях ...".

¹²⁸ Ibid., at para. 30, citing De Cubber, ECHR, Series A, vol. 86 (1984), p. 20 (para. 35). Сравни Plattform "Ärzte für das Leben", где Суд дает следующее толкование статьи 11:

"Хотя Договаривающиеся государства обязаны принимать разумные и соответствующие меры для обеспечения того, чтобы проводимые на законных основаниях демонстрации могли протекать мирно, они не могут полностью гарантировать это и они обладают большой свободой действий в плане выбора средств, которые будут использоваться ... В этой связи обязательство, взятое ими на основании статьи 11 Конвенции, является обязательством в отношении мер, которые должны быть приняты, но не в отношении результатов, которые должны быть достигнуты".

ECHR, Ser. A, vol. 139 (1988), para. 34. В противовес этому в деле Колоцца Суд использовал аналогичную формулировку, но пришел к выводу, что данное обязательство является обязательством результата.

¹²⁹ ECHR, Ser. A, vol. 89 (1985), at para. 32.

¹³⁰ Ibid., at para. 28.

Впоследствии было вынесено решение о том, что реквизиция завода была незаконной согласно итальянскому праву, и итальянские суды вынесли решение о возмещении убытков. Однако Соединенные Штаты доказывали, что, поскольку реквизиция привела к фактической ликвидации компании, назначенное возмещение ущерба не соответствовало реальным потерям. Соответственно, реквизиция была произвольной мерой, противоречащей статье I.

63. В своем особом мнении судья Швебель поддержал этот вывод ссылкой на различие между обязательствами поведения и результата, воплощенными в статьях 20 и 21. Он классифицировал статью I как заключающую в себе обязательство результата на том основании, что:

"Конкретные объекты обязательства не принимать в отношении таких корпораций произвольных или дискриминационных мер изложены предельно четко. Этого, однако, нельзя сказать о конкретных средствах достижения этих целей. Таким образом, ... обязательство по статье I, как представляется, является обязательством не средств, а результата, каковыми обычно и являются международные договорные обязательства, касающиеся защиты иностранцев и их интересов. Тем не менее из этого не следует ..., что Италия освобождается от ответственности за свое произвольное поведение в отношении ЭЛСИ и интересов ее акционеров в ЭЛСИ по причине административных и судебных процедур, последовавших за реквизицией ... В данном деле Италия не достигла определенного результата, а именно освобождения ЭЛСИ от последствий такой произвольной меры, как реквизиция. Она не достигла определенного результата ни в целом, ни в связи с весьма конкретными целями, изложенными в подпунктах (a) и (b) статьи I ...

Можно, конечно, утверждать, что даже и без реквизиции ЭЛСИ обанкротилась бы ... Однако этот вывод не учитывает того факта ..., что, если бы реквизиция не была осуществлена тогда, когда она была осуществлена, ЭЛСИ могла бы в материальном плане реализовать гораздо больший объем своих активов, чем было реализовано на деле ... Из этого следует, что ЭЛСИ не была поставлена в положение, в котором она находилась бы, если бы не было реквизиции. Эквивалентный результат не был достигнут посредством итальянских административных и судебных процедур, какими бы хорошими они ни были. Таким образом, на мой взгляд, эти процедуры не освобождают Италию от ответственности за совершение произвольного деяния по смыслу Дополнительного соглашения к Договору"¹³¹.

Палата же пришла к противоположному выводу без какого-либо анализа данного различия. Она постановила, во-первых, что утрата компанией ЭЛСИ контроля над своими активами, если на этот вопрос смотреть широко и реалистично, явилась результатом ее неплатежеспособности, а не реквизиции. Во-вторых, однако, статью I следовало рассматривать как общий запрет на "произвольные или дискриминационные меры", не ограниченный конкретными указанными целями. Причина, по которой не было никакого нарушения статьи I, по мнению Палаты, состояла в том, что решение мэра, хотя оно было неправомерным согласно итальянскому законодательству, не было "произвольным" по смыслу статьи I¹³². Таким образом, не было необходимости решать большинством голосов вопрос о том, была ли возможность апелляции этого решения средством правовой защиты от произвола. Скорее, тот факт, что решение "было сознательно принято в контексте действующей системы права и соответствующих средств

¹³¹ I.C.J. Reports 1989, p. 15, at pp. 117, 121.

¹³² Ibid., at pp. 72, 75-77 (paras. 121, 126-130).

обжалования", служил основанием для того, чтобы с самого начала не считать его произвольным¹³³.

64. Можно согласиться с судьей Швебелем в том, что, если бы реквизиция была сочтена "произвольной" и если бы она была подлинной причиной для понесенных ЭЛСИ убытков, ограниченная сумма возмещения ущерба, назначенная итальянскими судами несколько лет спустя, не "исправляла" бы совершенное нарушение. Но как это повлияло на итог данного дела, т.е. на классификацию статьи I как обязательства не допускать такого результата, как произвольное обращение, в отличие от обязательства (поведения или средств) не совершать произвольных деяний? Как представляется, между большинством и меньшинством не было согласия в отношении толкования термина "произвольный" в статье I, и уже вполне определенно между ними было разногласие в отношении оценки фактов. Тем не менее различие между обязательствами поведения и результата, по-видимому, не имело никакого значения ни в одном, ни в другом отношении или реально не способствовало анализу этих вопросов.

65. Третьим примером является недавнее решение Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов по делу Исламская Республика Иран против Соединенных Штатов Америки, дела №№ A15(IV) и A24¹³⁴. Это дело касалось претензии Ирана в отношении того, что Соединенные Штаты нарушили свое обязательство в соответствии с общим принципом В Общей декларации, содержащейся в Алжирских соглашениях от 19 января 1981 года, "прекратить все судебные процессы в судах Соединенных Штатов, связанные с претензиями граждан и учреждений Соединенных Штатов против Ирана и его государственных предприятий, ... и добиться прекращения таких претензий посредством обязательного арбитража". Вместо того, чтобы прекратить дела, рассматриваемые в их судах, Соединенные Штаты приостановили их с тем пониманием, что это приостановление будет отменено после принятия Трибуналом решения о том, что у него нет юрисдикции в отношении данной претензии¹³⁵. Соединенные Штаты доказывали, что для них это был единственный доступный практический метод и что увязка прекращения судебных процессов и претензий в рамках общего принципа В показывает, что их подход был обоснованным. Другими словами (хотя ни одна из сторон не использовала терминологию статей 20 и 21), они доказывали, что общий принцип В воплощает в себе обязательство результата - результатом является прекращение ведущихся судебных процессов - и что средства, принятые в рамках их собственной правовой системы, были адекватными для достижения этого результата на практике. Это напоминает выраженное в комментарии к статье 21 мнение о том, что обязательства результата в некотором смысле являются менее обременительными, чем обязательства поведения, поскольку за соответствующим государством оставляется определенная свобода действий в плане достижения результата.

66. При толковании Декларации Трибунал счел, что обязательство прекратить судопроизводство касалось только дел, подпадающих под его собственную юрисдикцию, но что обязательство прекратить дела, подпадающие под его юрисдикцию, не было выполнено путем простого приостановления. Делая такой вывод, недостаточно исходить лишь из явно четкой формулировки Декларации:

¹³³ Ibid., p. 77 (para. 129).

¹³⁴ Award No. 590-A15(IV)/A24-FT, 28 December 1998. Это было решение, принятое Трибуналом полного состава (Скубишевский - Председатель; Бромс, Аранджо-Руис, Нури, Олдрич, Амели, Аллисон, Агахоссейни, Дункан - члены).

¹³⁵ См. Dames & Moore v. Regan, 453 US 654 (1981).

"Трибунал должен более глубоко проанализировать этот вопрос. Обязательства в соответствии с общим принципом В являются, говоря в общем плане, обязательствами "результата", а не "поведения" или "средств". Хотя можно утверждать, что Соединенные Штаты, приостановив, а не прекратив судопроизводство, не выполнили своих обязательств в соответствии с Алжирскими декларациями, Трибунал не может ограничиться строго буквальным или грамматическим толкованием этих Деклараций, но должен также сравнить метод, выбранный Соединенными Штатами, ... с предметом и целью этих Деклараций. Ответ на вопрос о том, выполнило ли приостановление функцию прекращения, зависит от практики. Таким образом, проверка заключается в фактическом доказательстве.

Если иное не предусмотрено в договоре, общее международное право позволяет государству выбирать средства, с помощью которых оно осуществляет свои международные обязательства в пределах своей внутренней юрисдикции. Тем не менее свобода государства в отношении выбора средств для осуществления международного обязательства не является абсолютной. Выбранные средства должны быть адекватными для выполнения международного обязательства государства, и они должны быть законными"¹³⁶.

Далее Трибунал отметил, что, "приняв механизмы приостановления, предусмотренные в указе президента 12294, Соединенные Штаты выполнили свои обязательства согласно Алжирским декларациям хотя бы потому, что на деле этот механизм привел к прекращению судопроизводства, чего и требовали указанные Декларации"¹³⁷. Проверка того, было ли судопроизводство "действительно" прекращено, состояла в том, была ли Исламская Республика Иран с достаточными на то основаниями вынуждена в рамках благоразумного отстаивания своих интересов появляться или представлять документы в суды Соединенных Штатов после 19 июля 1981 года" в связи с незаконченным судопроизводством, подпадающим под юрисдикцию Трибунала, либо любыми иными претензиями, поданными в Трибунал, пока они не отклонены по причине неподсудности¹³⁸. Расходы на такую благоразумную защиту, включая разумные расходы на наблюдение за приостановленными делами, подлежали бы взысканию в судебном порядке в ходе второго этапа разбирательства.

67. До вынесения решения по этим фактологическим вопросам дело не завершено, и какие-либо подробные комментарии по нему были бы неуместными. Однако уже сейчас можно отметить два момента. Во-первых, Трибунал действительно использовал различие между обязательствами поведения и результата, причем в значительной мере именно так, как это предусмотрено в комментариях к статьям 20 и 21 (хотя он не делал ссылки на эти статьи). Следствием этого было то, что Соединенным Штатам была предоставлена определенная гибкость в плане осуществления общего принципа В, хотя от них все равно требовалось обеспечить в качестве "результата" прекращение дел, подпадающих под юрисдикцию Трибунала¹³⁹. Во-вторых,

¹³⁶ Award No. 590-A15(IV)/A24-FT, at para. 95.

¹³⁷ Ibid., at para. 99.

¹³⁸ Ibid., at para. 101.

¹³⁹ Так, Трибунал считал, что было бы нарушением общего принципа В позволить Соединенным Штатам возбуждать новые дела исключительно для целей установления ограничений на взаимные пошлины: таких ограничений можно было законно добиться иными средствами, помимо подачи исков, однако общий принцип В конкретно запрещает "любое дальнейшее (продолжение...)

Трибунал пришел к своим выводам исключительно путем толкования соответствующих соглашений в их контексте и с учетом их предмета и целей; иными словами, на этом этапе разбирательства он вообще не занимался вторичными нормами, касающимися ответственности. В этой связи данное решение подтверждает, что различие между обязательствами поведения и результата касается классификации первичных обязательств, т.е. оно касается первичных, а не вторичных норм в отношении ответственности. Но, в-третьих, нет явных признаков того, что решение Трибунала было бы иным по существу - если не форме, - если бы он классифицировал это обязательство как обязательство поведения (поведения, заключающегося в прекращении производства), а не обязательство результата (результата в виде прекращаемого производства). По-видимому, одни и те же соображения применялись бы к этому обязательству и в одном, и в другом случае.

68. Этот краткий обзор показывает, что различие между обязательствами поведения и результата может использоваться как средство классификации обязательств, однако оно не используется достаточно последовательно. В каждом деле вопрос заключался в толковании соответствующего обязательства, а ценность различия состоит в том, насколько оно соответствует той свободе действий, которая оставлена за отвечающим государством в плане выполнения обязательства. Эта свобода действий в силу необходимости ограничивается первичной нормой, и при этом возникает крайне важный с точки зрения оценки вопрос: в какой степени? Различие может в отдельных случаях помогать в формулировании выводов по этому вопросу: помогает ли оно в достижении выводов - это совершенно иной вопрос.

Обязательства в области прав человека как "обязательства результата"

69. В комментарии к статье 21 настойчиво утверждается, что стандартные обязательства в отношении обращения государства с лицами, будь то в области прав человека или дипломатической защиты, подразумевают то, что можно назвать "расширенными обязательствами результата", и что они охватываются статьей 21(2). Следствием данной посылки является то, что эти обязательства не нарушаются в результате принятия законодательства, пока этому законодательству не придается окончательная сила. Иными словами, нарушением является применение законодательства в конкретном случае в сочетании с последующим непринятием государством мер для устранения любого возникшего конфликта. До тех пор нарушение можно только предполагать. Это мнение весьма четко выражено Комбако в следующем заявлении:

"когда в Международном пакте о гражданских и политических правах предусматривается, с одной стороны, что "никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей" ..., а с другой, что "каждый, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей, имеет право на компенсацию" ..., он затрагивает две нормы, которым во внутреннем праве соответствуют два обязательства государства, одно - главное и второе - второстепенное; что же касается международного права, то оно устанавливает лишь одно обязательство, а именно то, что государство не может на законных основаниях не выполнить одно за другим и первое, и второе из своих внутренних обязательств, и это обязательство, если не обращать внимания на несколько неприятный характер данной формулировки, можно сформулировать следующим образом: "Никакое государство не может

¹³⁹ (...продолжение)
производство" по претензиям, подпадающим под юрисдикцию Трибунала, по каким бы то ни было причинам. Ibid., at para. 131.

произвольно подвергнуть лицо аресту или содержанию под стражей, не предложив ему компенсации¹⁴⁰".

Однако суды и комитеты по правам человека не рассматривают данные права таким образом, что видно из последующего краткого и выборочного обзора.

70. В соответствии с Европейской конвенцией о правах человека 1950 года петиции могут подаваться "любым лицом, неправительственной организацией или группой лиц, утверждающих, что они явились жертвой нарушения" прав, провозглашенных в Конвенции. Кроме того, межгосударственные дела могут передаваться на рассмотрение Суда в связи с "любым предполагаемым нарушением положений настоящей Конвенции" и протоколов¹⁴¹. Статья 41 предусматривает, что:

"Если Суд находит, что произошло нарушение Конвенции или протоколов к ней, и если внутреннее право соответствующей Высокой договаривающейся стороны предусматривает только частичное возмещение ущерба, Суд, в случае необходимости, принимает решение о справедливом удовлетворении пострадавшей стороны".

Это явно означает, что нарушение Конвенции может быть установлено до - и независимо от - решения вопроса о том, может ли согласно соответствующему внутреннему праву быть назначено возмещение за такое нарушение. И органы, действующие на основании Конвенции, никогда не ставили под сомнение такое положение. Как было заявлено Судом по одному из дел:

"Статья 25 [сейчас 34] Конвенции дает лицам право утверждать, что закон сам по себе нарушает их права, в отсутствие какой-либо отдельной меры осуществления, если они находятся под угрозой непосредственного воздействия с его стороны ..."¹⁴².

71. Аналогичным образом в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года проводится различие между индивидуальными и межгосударственными сообщениями. В соответствии с Факультативным протоколом лица, подлежащие юрисдикции какого-либо государства - участника Протокола, которые "утверждают, что они являются жертвами нарушения данным государством-участником" прав, изложенных в Пакте, могут представлять сообщения в

¹⁴⁰ J.Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in Mélanges Reuter, p. 181, at p. 191 (эмфаза добавлена). С другой стороны, см., например, R.Higgins, "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. - General Course on Public International Law", RCADI, 1991-V, vol. 230, pp. 203-204.

¹⁴¹ Европейская конвенция о правах человека (с поправками, внесенными Протоколом 11), статьи 34 и 35. Внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны, и петиция должна быть подана "только в течение шести месяцев после даты принятия ... последнего решения": статья 35.

¹⁴² Norris Case, ECHR Ser. A, vol. 142 (1988), para. 31, citing Klass Case, ibid., vol. 28 (1978), at para. 33; Marckx Case, ibid., vol. 31 (1979), at para. 27; Johnston Case, ibid., vol. 28 (1978), at para. 33. См. также, в частности, Dudgeon Case, ibid., vol. 45 (1981), para. 41; Modinos Case, ibid., vol. 259 (1993), at para. 24.

Комитет по правам человека¹⁴³. При рассмотрении этих сообщений Комитет всегда требовал, чтобы воздействие принятых государством мер было таковым, чтобы соответствующее лицо само становилось "жертвой", и он отказывался заниматься законодательством государства в абстрактном плане. С другой стороны, он не требует, чтобы жертва обязательно была подвергнута судебному преследованию или какому-либо иному уголовному наказанию. В отдельных случаях само существование законодательства может означать нарушение Конвенции; в других же случаях лицо будет считаться жертвой только при наличии достаточно неизбежной и прямой угрозы действий. Критерий проверки был резюмирован следующим образом:

"при условии, что каждый из авторов является жертвой по смыслу статьи 1 Факультативного протокола, ничто не мешает большому числу лиц возбудить дело в соответствии с Факультативным протоколом. Сам факт наличия большого количества петиционеров не делает их сообщение *actio popularis* ... Для того, чтобы лицо могло утверждать, что оно является жертвой нарушения какого-либо права, защищаемого Пактом, он или она должны доказать, что либо действие или бездействие государства-участника уже отрицательно сказались на осуществлении ими такого права, либо такой результат неминуемо грядет, например на основе существующего законодательства и/или судебного или административного решения или практики"¹⁴⁴.

Эти ограничения вытекают из положений Факультативного протокола, как он толкуется Комитетом. Межгосударственные сообщения подпадают под другую формулировку. В соответствии со статьей 41 Пакта такие сообщения могут подаваться государством-участником, признавшим процедуру и утверждающим, что другое государство-участник "не выполняет своих обязательств"¹⁴⁵. Пока эта процедура не использовалась, но она вполне может бросить вызов закону как таковому.

72. Межамериканский суд по правам человека применяет по сути дела такой же принцип при определении того, произошло ли нарушение Американской конвенции о правах человека

¹⁴³ Факультативный протокол, статья 1. Правило об исчерпании внутренних средств правовой защиты применяется: статья 5(2)(b).

¹⁴⁴ Е.У. и другие против Нидерландов, ССР/С/47/Д/429/1990 (1993), para. 6.3-6.4. См. также, в частности, Аумеерудди-Чиффра против Маврикия, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (А/36/40), стр. 175 (1981 год), пункт 9.2.; Херцберг и другие против Финляндии, там же, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 40 (А/37/40), стр. 203 (1982 год), пункт 9.3; Нетрудоспособные лица и инвалиды в Италии против Италии, там же, тридцать девятая сессия, Дополнение № 40 (А/39/40), стр. 255 (1984 год), пункт 6.2; Бэллантайн и другие против Канады, ССР/С/47/Д/359/1989 и 385/1989/Rev.1 (1993), пункт 10.4 ("когда лицо входит в категорию лиц, чья деятельность в силу соответствующего законодательства рассматривается как противоречащая закону, они могут подавать петицию как "жертвы" по смыслу статьи 1 Факультативного протокола"); Тоунен против Австралии, ССР/С/50/Д/488/1992 (1994), пункт 5.1; Борд и другие против Франции, ССР/С/57/Д/645/1995 (1996), пункты 5.4-5.5.

¹⁴⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 41(1). Это требование изложено несколько иным образом в статье 41(1)(а): "не проводит в жизнь постановлений настоящего Пакта". Не требуется, чтобы сообщение касалось какого-то конкретно указанного лица, однако доступные внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны: статья 41(1)(с).

1969 года. В своем консультативном заключении относительно соответствия проекта законодательства статье 8(2)(h) Американской конвенции о правах человека Межамериканский суд должен был ответить на несколько общих вопросов, вытекающих из разногласий по поводу проекта закона, который в случае его принятия несомненно нарушил бы обязательства соответствующего государства согласно Конвенции. По вопросу о том, может ли закон сам по себе нарушить обязательство результата, Суд заявил:

"закон, вступающий в силу, отнюдь не обязательно затрагивает правовую сферу конкретных лиц. Закон может требовать последующих нормативных мер, соблюдения дополнительных условий или, попросту говоря, осуществления государственными властями, прежде чем он сможет затронуть эту сферу. Однако вполне возможны и такие случаи, когда лица, подпадающие под действие соответствующей нормы, затрагиваются ею с момента ее вступления в силу. Законы, не обладающие сами по себе исполнительной силой, просто уполномочивают власти принимать меры в соответствии с ними. Они не являются сами по себе нарушением прав человека. В случае законов, немедленно вступающих в силу, ... нарушения прав человека, будь то индивидуальные или коллективные, происходят при их промульгации. Таким образом, норма, лишаящая часть населения некоторых из их прав - например, по признаку расы, - автоматически наносит ущерб всем представителям этой расы ..."¹⁴⁶.

После анализа конкретных положений Конвенции и с одобрительной ссылкой на европейскую юриспруденцию Суд пришел к выводу о том, что:

"Юрисдикция Суда в спорных вопросах предназначена для защиты прав и свобод конкретных лиц, а не для решения абстрактных проблем. В Конвенции нет никакого положения, позволяющего Суду в рамках его юрисдикции в спорных вопросах выносить решение о том, является ли закон, который еще не затронул гарантируемые права и свободы конкретных лиц, нарушением Конвенции.

Суд считает, что промульгация закона, явно нарушающего обязательства, принятые государством при ратификации Конвенции или присоединении к ней, является нарушением этого договора и, если такое нарушение затрагивает гарантируемые права и свободы конкретных лиц, приводит к возникновению международной ответственности для соответствующего государства"¹⁴⁷.

Содержащаяся в этом абзаце мысль о том, что международная ответственность возникает - после явного нарушения договора, - только "если такое нарушение затрагивает гарантируемые права и свободы конкретных лиц", требует определенного разъяснения. Если придерживаться ее буквального смысла, то она означает, что может иметь место нарушение договора без какой-либо ответственности, что не согласуется с концепцией ответственности государств, содержащейся в проекте статей¹⁴⁸. Однако представляется, что Суд проводит здесь различие между ответственностью государств за нарушение договора как таковое и международной ответственностью в соответствии с предусмотренными в Конвенции процедурами за прямое нарушение прав лиц, что уже подпадает под юрисдикцию Суда в спорных вопросах.

¹⁴⁶ Inter-Am Ct HR (Ser.A), No. 12 (1991), at paras. 41-43.

¹⁴⁷ Ibid., paras, 49-50; also in (1995) 34 ILM 188, at pp. 1199-1201.

¹⁴⁸ Особенно статей 3 и 16; см. пункт 11 выше.

73. Резюмируя вышесказанное, можно отметить, что этот краткий обзор указывает на в значительной мере общий подход к данной проблеме со стороны различных правозащитных органов¹⁴⁹. Само законодательство, при условии, что оно непосредственно применимо к отдельным лицам и что его применение находится под прямой угрозой, может представлять собой нарушение соответствующей конвенции, однако для определения того, нарушает ли оно конвенцию в каждом конкретном случае, необходимо проанализировать факты соответствующего дела. Последующие процессы внутри государства могут предусматривать выплату компенсации за такое нарушение, но они не являются его составной частью¹⁵⁰.

74. Обзор области дипломатической защиты, как представляется, позволит сделать тот же общий вывод. Этот момент был весьма четко отмечен Соединенным Королевством:

"В целом мнение правительства Соединенного Королевства заключается в том, что ситуация в случае, когда международное право требует, чтобы был достигнут лишь определенный результат, подпадает под проект пункта 2 статьи 21. Примером является обязанность обеспечить справедливую и эффективную систему правосудия. Коррупция в нижестоящем суде не является нарушением этого обязательства, если положение можно оперативно исправить, обратившись в вышестоящий суд. В случае таких обязательств нарушение не происходит до тех пор, пока государство полностью не проигнорирует имеющиеся у него возможности добиться требуемого результата. Если же, с другой стороны, международное право требует того, чтобы осуществлялось определенное поведение или чтобы определенный результат был достигнут в течение определенного периода времени, нарушение международного права возникает в момент, когда поведение этого государства прекращает соответствовать требуемому стандарту, или в момент, когда этот период истекает, а результат не был достигнут. Примерами нарушения таких норм является отказ в праве мирного прохода или непредоставление компенсации в течение разумного периода времени после экспроприации имущества иностранца. Обращение к процедурам в этом государстве в целях "исправления"

¹⁴⁹ В Африканской хартии прав человека и народов 1981 года существует положение о направлении как сообщений государств, так и других сообщений (статьи 47, 55) в Комиссию. Пока не было никакого явного проявления подхода Комиссии к обсуждаемым здесь вопросам. Хотя можно найти схожие в этом отношении моменты в контексте законодательства Европейского союза (см., например, *Case C-46/93, Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* [1996] ECR I - 1029, особенно пункты 51 и 56), конкретные особенности законодательства ЕС ограничивают пользу от такого сравнения. Что касается общего подхода к вопросам ответственности государств согласно законодательству ЕС, см., например, P. Craig and G. de Búrca, *EU Law - Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 1998), pp. 236-253.

¹⁵⁰ В отношении того, что принятие законодательства может само по себе представлять собой нарушение государством его обязательств, при условии, что оно непосредственно затрагивает определенное лицо, см., в частности, C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Grotius, Cambridge, 1990, pp. 209-210; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, pp. 201-206; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*, Pedone, Paris, 1994, pp. 20-22. С другой стороны, см. P. Cahier, "Changements et continuité du droit international - Cours général de droit international public", RCADI, 1985-VI, vol. 195, pp. 261-263.

невыполнения этой обязанности будет в таких ситуациях представлять собой случаи исчерпания внутренних средств правовой защиты"¹⁵¹.

75. Разумеется, могут существовать особые условия, в которых государство имеет право затрагивать права лиц при условии выплаты компенсации. Таким, в общем плане, является случай экспроприации имущества для какой-либо государственной цели, и причина заключается как раз в том, что в этом контексте признается право государства на принудительное отчуждение частной собственности. Однако такого права не существует в отношении произвольного обращения с людьми. Имеются также случаи, когда обязательство предусматривает наличие системы определенного рода, например обязательство обеспечить справедливую и эффективную систему правосудия. Здесь вопрос о нарушении зависит от систематических соображений, и какое-то aberrantное решение со стороны должностного лица, находящегося на более низкой ступеньки иерархической лестницы, которое может быть пересмотрено, не является само по себе незаконным деянием¹⁵². Таков пример, приведенный Соединенным Королевством в процитированном выше пассаже. Систематические обязательства должны применяться ко всей системе в целом. Однако многие обязательства в области прав человека не относятся к этой категории: например, в случае пыток или произвольного убийства правительственными должностными лицами нарушение будет носить незамедлительный и безусловный характер¹⁵³.

76. Вполне возможно (как отмечает Соединенное Королевство), что проблема, которая была здесь проанализирована, скорее касается комментария к статье 21, чем самого текста¹⁵⁴. Однако анализ приводит к ряду выводов.

Главенствующее значение первичных норм и их толкования

77. Во-первых, хотя можно точно классифицировать определенные обязательства как обязательства поведения или результата и хотя это может пролить свет на содержание или применение соответствующих норм, такая классификация не является заменой для толкования и применения самих норм с учетом их контекста и их предмета и целей. Проблема со статьями 20 и 21 заключается в том, что они подразумевают необходимость промежуточного процесса классификации обязательств до того, как будут решаться вопросы о нарушении. Однако, в

¹⁵¹ A/CN.4/488, стр. 77.

¹⁵² Аналогичным образом, временная перегруженность системы за счет различных судебных дел, приводящая к неожиданным задержкам, не влечет за собой нарушения, "если государство принимает соответствующие меры с необходимой оперативностью": Union Alimentaria Sanders, ECHR Series A, No. 17 (1989), at p. 15 (para 40).

¹⁵³ Дальнейший анализ указывает на возможность того, что обязательство обеспечить справедливую и эффективную систему правосудия содержит различные элементы, включая определенные обязательства "результата" (например, право на судью), а также обязательства "поведения". Короче говоря, это - гибрид. См. Tomuschat, "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights", at p. 328. Другим четким примером является обязательство уважения к семейной жизни: см. решение Европейского суда по правам человека, проанализированное в связи с делом Маркса, ECHR Series A, vol. 31 (1979), и последующие решения.

¹⁵⁴ Однако этот вопрос вновь возникает в контексте статьи 22 (Исчерпание внутренних средств правовой защиты): см. пункты 138-146 ниже.

конечном итоге, имело ли место нарушение какого-либо обязательства или нет, - это зависит от точной формулировки обязательства и от фактов конкретного дела. Например, тот факт, что обязательства государств в области гуманитарного права четко предусматривают "соблюдение и обеспечение соблюдения" соответствующих норм, имеет определенное значение¹⁵⁵. В других ситуациях, когда используется иная формулировка, позиция может быть другой. Таксономия может помочь в толковании и неприменении первичных норм, но не может подменять их.

78. Этот вывод также следует из анализа обязательства государств в отношении пыток, проведенного Международным трибуналом по бывшей Югославии в рамках одного из недавних дел. Трибунал заявил:

"Как правило, поддержка принятия международного законодательства, несовместимого с международными нормами, порождает ответственность государств и, соответственно, приводит к подаче соответствующей претензии о прекращении и компенсации (lato sensu) только тогда, когда такое законодательство применяется на деле. В отличие от этого в случае пыток сам факт сохранения или принятия законодательства, противоречащего международному запрету на пытки, порождает международную ответственность государств. Ценность свободы от пыток настолько велика, что становится крайне важным исключить возможность любого национального законодательного акта, санкционирующего или оправдывающего пытки или, в любом случае, способного оказывать такое действие"¹⁵⁶.

Иными словами, вопрос о том, является ли принятие несовместимого законодательства само по себе нарушением международного права, зависит от содержания и важности первичной нормы.

Многообразие первичных норм

79. Во-вторых, трудно переоценить огромное разнообразие первичных норм и то, насколько по-разному они сформулированы. Средства для достижения результата могут быть изложены с различной степенью конкретности. Цели, которые должны быть достигнуты, могут, в зависимости от обстоятельств, точно диктовать необходимые средства. Средства и цели можно объединять различными путями¹⁵⁷. Например, возьмем общий случай обязательства "наибольших усилий" для достижения какого-то конкретного результата. По сути дела, это не совсем обязательство

¹⁵⁵ См. the Nicaragua case (Merits) (I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 114 (para. 220), ссылка на статью 1, общую для четырех Женевских конвенций 1949 года; cf. L. Condorelli and L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de respecter et faire respecter le droit humanitaire en toutes circonstances", in Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet (Swinarski, ed.), Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 17-35; N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires", in Mise en oeuvre du droit international humanitaire, Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 263-296.

¹⁵⁶ International Tribunal for the Former Yugoslavia (Judges Mumba, Cassese, May), Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement of 10 December 1998, para. 150; см. также ibid., para. 149.

¹⁵⁷ Этот момент подчеркивается в G. Lysén, State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles (1977), pp. 62-63.

результата, а скорее, в зависимости от его формулировки, обязательство принять такие меры, которые можно разумно требовать и которые доступны соответствующему государству, с целью достижения определенного результата. При условии, что государство принимает определенные - отнюдь не обязательно неадекватные или несоответствующие - меры с этой целью, вопрос о нарушении вообще не может возникать. Однако, если становится очевидным, что результат скорее всего не будет достигнут и что есть дальнейшие меры, которые государство может принять и которые помогут достичь этого результата, воздействие обязательства в этих обстоятельствах может стать гораздо более сильным, причем само обязательство может даже приобретать характер обязательства результата¹⁵⁸. Так, на практике обязательства поведения и обязательства результата представляют собой не противоположность, а спектр¹⁵⁹.

Особенности различия между обязательствами поведения и результата

80. В-третьих, не все обязательства можно классифицировать как обязательства поведения или результата. Могут быть, например, и гибриды, и в самом проекте статей выделяется еще один "тип" - обязательства предотвращения. Прежде чем прийти к каким-либо выводам по статьям 20 и 21, полезно взглянуть и на такие обязательства.

f) Статья 23: Нарушение международного обязательства, предусматривающего предотвращение определенного события

81. Статья 23 предусматривает следующее:

"Если результат, предусмотренный для государства международным обязательством, заключается в предотвращении свободно избранным им средством наступления определенного события, нарушение этого обязательства налицо лишь в том случае, если избранным поведением данное государство не обеспечивает этот результат".

82. В статье 23 продолжается анализ различных видов обязательств (обязательства поведения/обязательства результата), о которых идет речь в статьях 20 и 21. В комментарии обязательства предотвращения рассматриваются следующим образом:

"[Гипотеза ...] характеризуется именно понтием события, т.е. деятельности человека или явления природы, которое как таковое не подразумевает какого-либо деяния со стороны государства ... [Е]сли результат, который в соответствии с обязательством государство должно обеспечить, заключается в предотвращении того или иного события, то основным признаком нарушения обязательства является наступление этого события, равно как ненаступление этого события является основным признаком выполнения обязательства ... [И]менно ненаступление определенного события является результатом, которое государство должно обеспечить, и именно наступление этого события свидетельствует о том, что данный результат не был обеспечен"¹⁶⁰.

83. В комментарии далее утверждается, что в случаях обязательств предотвращения сам факт непредотвращения не является достаточным условием для возникновения ответственности, хотя он

¹⁵⁸ См. пункт 86 ниже.

¹⁵⁹ Как указывалось в ряде комментариев правительств: см. пункт 56 выше.

¹⁶⁰ Комментарий к статье 21, пункт (35).

является необходимым условием: "От государства, очевидно, можно лишь потребовать действовать таким образом, чтобы воспрепятствовать возникновению возможности наступления события, т.е. помешать его наступлению в той мере, в какой это осуществимо в пределах его возможностей"¹⁶¹. Итак, обязательства предотвращения являются, по сути дела, обязательствами принимать все разумные или необходимые меры для обеспечения того, чтобы событие не наступило. Они не являются гарантиями или поручительствами того, что событие действительно не наступит¹⁶².

Комментарии правительств к статье 23

84. Франция отмечает, что "статья 23, которая сформулирована не совсем четко, ... посвящена нормам материального права, в которых содержится квалификация первичных обязательств. В этой связи она неуместна в проекте такого рода"¹⁶³. Германия согласна с этим¹⁶⁴. Соединенное Королевство считает статью 23 непротиворечивой, но ненужной; по его мнению, ее можно исключить или объединить со статьей 21¹⁶⁵.

Содержание обязательств предотвращения

85. Весьма заманчиво проанализировать обязательства предотвращения как "негативные" обязательства результата. Для таких обязательств соответствующим результатом является не наступление чего-нибудь, а его ненаступление. С другой стороны, действительно ли это так - этот вопрос зависит от толкования конкретной первичной нормы. В комментарии¹⁶⁶ приводится пример обязательства предотвращения, а именно статья 22 (2) Венской конвенции о дипломатических сношениях, в которой предусмотрено, что:

"На государстве пребывания лежит специальная обязанность принимать все надлежащие меры для защиты помещений представительства от всякого вторжения или нанесения ущерба или для предотвращения всякого нарушения спокойствия представительства или оскорбления его достоинства".

¹⁶¹ Комментарий к статье 23, пункт (6).

¹⁶² С другой стороны, они не являются и "обязательствами бдительности" в обычном смысле. Такое обязательство нарушалось бы вследствие непроявления бдительности, даже если ожидаемый результат не возник. Комментарий к статье 23, пункт (4), примечание 6.

¹⁶³ Там же.

¹⁶⁴ Там же, стр. 81.

¹⁶⁵ Там же, стр. 82.

¹⁶⁶ Комментарий к статье 23, пункт (4), (12), примечание 19. См. также комментарии Дании (от имени стран Северной Европы), процитированные выше, пункт 56.

Согласно комментарию, это - обязательство, "нарушение которого также происходит только в том случае, если видно, что данный результат [т.е. защита от вторжения, нанесения ущерба или нарушения спокойствия] не был обеспечен"¹⁶⁷.

86. Хотя существуют обязательства предотвращения такого рода, о котором идет речь в комментарии, ясно, что статья 22 (2) Конвенции 1961 года не является подобным обязательством. Скорее, это - обязательство поведения. Оно, несомненно, не является гарантией или поручительством против вторжения, но оно представляет собой постоянное обязательство государства пребывания принимать все надлежащие меры для защиты представительства, причем это обязательство становится еще более жестким, если по какой бы то ни было причине происходит вторжение в представительство или нарушение его спокойствия. В деле, касающемся дипломатического и консульского персонала Соединенных Штатов в Тегеране, Международный Суд сослался на эти и другие положения Конвенции как налагающие на государство пребывания "самые категорические обязательства ... принимать надлежащие меры для обеспечения защиты" представительств Соединенных Штатов и их персонала¹⁶⁸. Далее он заявил, что в результате своего бездействия перед лицом различных угроз со стороны воинственно настроенных элементов:

"правительство Ирана не приняло абсолютно никаких "надлежащих мер" для защиты помещений, персонала и архивов представительства Соединенных Штатов от нападения со стороны воинственно настроенных элементов, равно как и не предприняло никаких шагов для предотвращения такого нападения, либо для того, чтобы остановить его до его завершения ... По мнению Суда ... непринятие правительством Ирана таких мер объясняется чем-то большим, чем простой небрежностью или отсутствием надлежащих средств ... Это бездействие правительства Ирана само по себе является четким и серьезным нарушением обязательств Ирана по отношению к Соединенным Штатам в соответствии с положениями пункта 2 статьи 22 ... "¹⁶⁹.

Более того, толкование статьи 22(2), которому отдается предпочтение в комментарии, является в принципе нежелательным; государства не должны иметь возможность игнорировать эту "специальную обязанность" по причине того, что вторжение, нанесение ущерба или нарушение спокойствия еще не произошли или, возможно, вообще не произойдут.

87. Более хорошим примером обязательства предотвращения, также упомянутым в комментарии¹⁷⁰, является принцип, провозглашенный в арбитражном решении по делу Трейл

¹⁶⁷ Там же, пункт (12). В соответствии с комментарием, дипломатические протесты, заявлявшиеся в прошлом, касаются обеспечения выполнения этого обязательства, но не затрагивают вопросов ответственности; там же.

¹⁶⁸ I.C.J. Reports 1980, p. 3 at p. 30 (para. 61).

¹⁶⁹ Ibid., at pp. 31-32 (paras.63, 67). Суд пришел к выводу о том, что поведение Ирана "явно означает многократные и различные нарушения применимых положений Венских конвенций, причем даже более серьезные, чем те, которые возникают по причине непринятия им каких-либо мер для предотвращения нападений на эти помещения" (Ibid., at pp. 35-36 (para.76). См. также S. Rosenne, Breach of Treaty, pp. 50,67. Этот момент был также отмечен Германией в ее комментарии: A/CN.4/488, стр. 75.

¹⁷⁰ Комментарий к статье 23, пункт (11). Решение см. в (1938 and 1941) 3 UNRIAA 1905.

Смелтер, согласно которому государства обязаны прилагать наибольшие усилия для предотвращения нанесения трансграничного ущерба соседнему государству путем загрязнения. В комментарии далее говорится, что "даже в конкретном случае обязательства о предотвращении определенного события наличие ущерба не является дополнительным условием для наличия международно-противоправного деяния"¹⁷¹. Это справедливо, если ситуация, которую необходимо предотвратить, не определяется с точки зрения возникновения ущерба, но она может быть так определена. Государства могут принимать на себя обязательства о предотвращении ущерба конкретным лицам или территории другого государства, и вполне возможно, что при соответствующем толковании конкретного обязательства именно наличие ущерба вызывает ответственность, а не непринятие мер для его предотвращения.

Выводы по статьям 20, 21 и 23

88. По причинам, указанным выше¹⁷², Специальный докладчик считает, что статья 21(2) является чрезмерно сложной и представляет собой возможный источник недоразумений и что поэтому ее необходимо исключить. Главная трудность касается понятия обязательства результата, которое, несмотря на нарушение *prima facie*, предусматривает, что "этот или эквивалентный результат может, тем не менее, быть обеспечен последующим поведением государства". Несомненно, первичные нормы могут принимать самые разнообразные формы и любая первичная норма может позволять государству спасти себя от нарушения посредством действий по исправлению положения, которые имели бы своим следствием не просто выплату компенсации, а устранение раннего нарушения вообще. Однако это происходит редко¹⁷³. Если существует просто угроза нарушения какого-либо обязательства, то могут потребоваться меры по предотвращению или исправлению положения, однако в силу самого определения нарушение на данный момент еще не произошло. Если же оно произошло, то последующее поведение может смягчить его последствия или может (обеспечив эффективное внутреннее средство правовой защиты) ликвидировать коренной конфликт. Однако в последнем случае было бы ошибкой говорить о том, что нарушения вообще не было.

89. Если обратиться к основным различиям между обязательствами поведения, результата и предотвращения, как они изложены в статьях 20, 21(1) и 23, то есть, несомненно, сильные аргументы в пользу их исключения. Они были раскритикованы рядом правительств как чрезмерно "тонкие"¹⁷⁴. Они широко критиковались и в литературе¹⁷⁵. Их связь с аналогичными концепциями национального права является неясной и даже противоречивой¹⁷⁶.

¹⁷¹ Комментарий к статье 23, пункт (5).

¹⁷² См. пункты 69-75 выше.

¹⁷³ Чаще обязательство может конкретизировать альтернативные способы соблюдения (например, обязательство *aut dedere aut judicare* в праве экстрадиции), и в этом случае, даже если один способ исключается, другие все-таки остаются. Однако обязательства в области прав человека не принимают такой формы.

¹⁷⁴ См. пункты 56 и 84 выше.

¹⁷⁵ См. пункт 59 выше.

¹⁷⁶ См. пункты 57-58 выше.

90. Кроме того, независимо от их аналитической ценности, эти различия, как представляется, касаются содержания и смысла первичных норм, и этим, возможно, объясняется то, что в изложении вторичных норм они кажутся несколько неконкретными. Например, статья 20, как представляется, указывает только на то, что, когда государство приняло на себя обязательство в отношении определенного поведения, это обязательство нарушается, если поведение государства в действительности является иным. Позиция в отношении обязательств поведения и предотвращения может быть различной из-за скрытого смысла фразы "избранным поведением" в статьях 21(1) и 23. Как явствует из комментария, цель заключается в передаче мысли о том, что в обычном случае обязательства предотвращения для возникновения ответственности необходимы два условия: непринятие государством всех доступных мер для предотвращения наступления соответствующего события и наступление этого события в обстоятельствах, указывающих на то, что, если бы государство приняло доступные ему меры, событие не наступило бы (или вполне возможно не наступило бы)¹⁷⁷. Но и здесь возникает трудность в том плане, что, хотя это может казаться естественным толкованием обязательства предотвращения, это не единственное возможное толкование. Государство может, в конце концов, взять на себя обязательство о том, что определенный результат не произойдет, за исключением непредвиденных ситуаций. Или же оно может дать безоговорочную гарантию; иными словами, оно может взять на себя риск в отношении даже непредвиденных обстоятельств, сводящихся к форс-мажору. Смысл любого конкретного обязательства зависит от толкования соответствующей первичной нормы, однако этот процесс толкования выходит за рамки проекта статей. Другими словами, либо статьи 21(1) и 23 также являются неконкретными ("для целей первичных норм определенного содержания это и является их содержанием"), либо же они создают презумпцию толкования определенных первичных норм, что не является задачей проекта статей.

91. Аргументы в пользу исключения являются весьма сильными, однако здесь все-таки нужно повременить с учетом распространенности используемых терминов¹⁷⁸, их ценности в отдельных случаях, например, при определении того, когда произошло нарушение, и относительной узости концептуальных рамок международного права в вопросах, касающихся нарушения обязательств. Нет смысла без необходимости преумножать количество субъектов, однако есть доводы и в пользу сохранения существующих концепций, даже если эти концепции не являются всеобъемлющими по своему охвату. Задача разъяснения концепций, используемых для описания международных обязательств, важна сама по себе; комментарии к статьям 20, 21 и особенно 23 являются полезными, хотя их следует изменить, с тем чтобы отразить указанные выше моменты.

92. К Комиссии обращена просьба высказать свои мнения по поводу сохранения указанного различия в тексте главы III. Чтобы четче задать направление обсуждения в ней, Специальный докладчик предлагает одну единственную статью, отражающую сущность различия¹⁷⁹. Однако,

¹⁷⁷ Комментарий к статье 23, пункт (6).

¹⁷⁸ Причем не всегда абсолютно ясных: см. дело о проекте Габчиково-Надьмарош, I.C.J. Reports 1997, p. 7 at p. 77 (para. 125), в котором Суд сослался на то, что стороны приняли на себя "обязательства поведения, обязательства выполнения и обязательства результата".

¹⁷⁹ Для целей определения того, имело ли место нарушение (в отличие от продолжительности нарушения), представляется достаточным рассматривать обязательства предотвращения так же, как и обязательства результата. Вопрос о том, нужно ли какое-то особое положение, касающееся продолжительности нарушений обязательств предотвращения, рассматривается ниже: см. пункты 132-134.

чтобы отразить свое собственное скептическое отношение, Специальный докладчик поместил эту статью в квадратные скобки.

g) Статьи 18(3)-(5) и 24-26: Завершенные и распространяющиеся во времени
противоправные деяния

93. Последние три статьи главы III касаются различных аспектов проблемы противоправных деяний, распространяющихся во времени (их именуют "Момент и продолжительность нарушения международного обязательства ..."). В них предусмотрено следующее:

"Статья 24

Момент и продолжительность нарушения международного обязательства,
возникающего в случае деяния государства, не распространяющегося
во времени

Нарушение международного обязательства деянием государства, не распространяющимся во времени, происходит в момент совершения этого деяния. Нарушение не распространяется за пределы указанного момента, даже если последствия этого деяния продолжают существовать.

Статья 25

Момент и продолжительность нарушения международного обязательства,
возникающего в случае деяния государства, распространяющегося
во времени

1. Нарушение международного обязательства деянием государства продолжительного характера происходит в момент начала этого деяния. Однако временем этого нарушения является весь период, в течение которого это деяние совершается и остается не соответствующим международному обязательству.

2. Нарушение международного обязательства деянием государства, образованным серией действий или бездействий применительно к различным случаям, происходит в момент совершения того действия или бездействия этой серии, которое определяет наличие составного деяния. Однако временем этого нарушения является весь период начиная с момента первого из противоречащих международному обязательству действий или бездействий, образующих составное деяние, и до тех пор, пока такие действия или бездействия имеют место.

3. Нарушение международного обязательства сложным деянием государства, образованным последовательностью действий или бездействий одних и тех же или различных государственных органов применительно к одному и тому же делу, происходит в момент совершения последнего образующего элемента указанного сложного деяния. Однако временем нарушения является весь период начиная с действия или бездействия, которое положило начало нарушению, и кончая действием или бездействием, которое завершило это нарушение.

Статья 26

Момент и продолжительность нарушения международного обязательства

/...

о предотвращении определенного события

Нарушение международного обязательства, предусматривающего предотвращение государством определенного события, происходит в момент начала наступления этого события. Однако временем нарушения является весь период, в течение которого это событие продолжается".

Как отмечается выше, полезно рассмотреть в том же контексте подробные положения статьи 18 (3)-(5), в которой проводятся те же различия между длящимся, составным и сложным противоправными деяниями¹⁸⁰.

94. В начале комментария к этим статьям отмечается, что временные аспекты включают "определение момента, в который устанавливается существование нарушения международного обязательства, а также определение продолжительности или длительности во времени данного нарушения"¹⁸¹. В нем отмечается, что в зависимости от того, каким образом осуществляется такое определение, могут возникнуть различные последствия, например в плане установления юрисдикции трибуналов, "национального характера иска" или применения доктрины погасительной давности, и в то же время подчеркивается, что определение должно происходить на основе не только фактов, но и правовых норм¹⁸². Что касается "мгновенных деяний" (например, сбития гражданского авиалайнера), то их последствия могут продолжаться длительное время и могут иметь значение при определении серьезности таких деяний. Однако продолжительный характер этих последствий "не имеет отношения к определению продолжительности деяния государства, вызвавшего эти последствия, и данное деяние в любом случае останется деянием, не распространяющимся во времени"¹⁸³. Например, в комментарии утверждается, что в решении Постоянной Палаты по делу о фосфатах в Марокко соответствующие решения Франции рассматривались как "мгновенные деяния", а не как связанные с длящимся противоправным деянием¹⁸⁴.

95. Что касается рассматриваемого в статье 25 понятия противоправного деяния, распространяющегося во времени, то в комментарии вводится различие между длящимися, составными и сложными деяниями. "Длящееся деяние" - это то, которое "остается неизменным в течение более или менее продолжительного периода времени: другими словами, это - деяние, которое, после того как оно совершилось, продолжает существовать как таковое, а не только в виде своего воздействия и последствий"¹⁸⁵. В комментарии отмечается, что понятие длящихся противоправных деяний (которое существует во многих национальных правовых системах) было

¹⁸⁰ Текст статьи 18 см. в пункте 35 выше.

¹⁸¹ Комментарий к статье 24, пункт (1).

¹⁸² Там же, пункт (5).

¹⁸³ Там же, пункт (7).

¹⁸⁴ Там же, пункт (10); см. также комментарий к статье 25, пункт (5). По указанным ниже причинам Специальный докладчик не согласен с таким толкованием этого решения: см. пункт 146.

¹⁸⁵ Комментарий к статье 25, пункт (2).

введено в международном праве Трипелем и нередко применялось судами, особенно Европейским судом¹⁸⁶.

96. "Составное деяние" определяется как деяние государства, которое "состоит из серии отдельных деяний государства, совершенных в отношении различных случаев"¹⁸⁷. В комментарии указывается, что они "включают в себя последовательность действий, которые, взятые сами по себе, могут быть законными или незаконными, но которые связаны между собой общей направленностью, содержанием и последствиями, хотя и относятся к различным конкретным случаям". В качестве примера можно привести, в частности, ряд административных решений, которые неблагоприятно сказываются на гражданах какого-либо государства и представляют собой тем самым систематическую дискриминацию, или отказ разрешить этим гражданам принимать участие в экономической деятельности вопреки международному обязательству принимающего государства. Взятые вместе, такие деяния могут быть противоправными независимо от того, являются ли таковыми отдельно принятые решения¹⁸⁸. Некоторые первичные нормы четко предусматривают, что подобные ситуации должны характеризоваться повторением поведения, например систематическим нарушением прав человека. В таких случаях первого деяния в такой серии недостаточно для установления факта совершения противоправного деяния, однако если за ним следуют другие аналогичные деяния, противоправное поведение, состоящее из серии деяний, будет рассматриваться как начавшееся с первого деяния¹⁸⁹.

97. И наконец, существует концепция "сложного" деяния, которое определяется как деяние государства, образованное "последовательностью действий или бездействий в отношении одного и того же дела"¹⁹⁰. Классическим примером является отказ в отправлении правосудия по отношению к иностранцу. Это деяние является сложным, поскольку оно состоит не только из одного решения администратора или суда низшей инстанции: "сложное международно-противоправное деяние есть совокупность всех действий или бездействий государственных органов на последовательных стадиях развития данного казуса, причем каждое из этих действий или бездействий могло бы обеспечить требуемый международным правом результат, однако не обеспечивает его"¹⁹¹. Это имеет также последствия в плане определения продолжительности противоправного деяния. В случае сложного деяния, следовательно, "время совершения нарушения следует отсчитывать с момента наступления первого деяния государства, которое создало положение, не соответствующее результату, требуемому в силу обязательства, и до такого момента в поведении, когда результат стал окончательно недостижимым"¹⁹². В таком случае факт

¹⁸⁶ Там же, пункты (4)-(7).

¹⁸⁷ Там же, пункт (1).

¹⁸⁸ Там же, пункты (10)-(11).

¹⁸⁹ Там же, пункт (12).

¹⁹⁰ Там же, пункт (1).

¹⁹¹ Там же, пункт (15).

¹⁹² Там же, пункт (17). Этот комментарий в значительной степени опирается на выдвинутый Италией довод по делу о фосфатах в Марокко (по поводу которого см. пункт 146 ниже): комментарий к статье 25, пункт (18).

нарушения устанавливается лишь после совершения последнего из серии деяний, однако нарушение имеет место с момента начала серии, и поэтому оно приобретает определенную ретроактивность.

98. Этот ряд статей завершается статьей 26, в которой рассматриваются момент и продолжительность нарушения обязательств о предотвращении. В комментарии подчеркивается параллельный характер статьи 26 и статьи 23. Поскольку в случае обязательств о предотвращении какого-либо события наступление данного события является необходимым условием нарушения, из этого следует, что наступление события "должно быть решающим фактором и для определения момента и продолжительности нарушения в том же самом случае"¹⁹³. Отвергается идея о том, что даже явное и необратимое непредотвращение государством наступления события может само по себе быть равносильно нарушению. Нарушение не может происходить до того, как наступает само событие: "поэтому логически нельзя допустить, что момент нарушения может включать любой момент, предшествовавший наступлению события"¹⁹⁴. Однако после наступления запрещенного события положение меняется. Если наступившее событие имеет длящийся характер, то "естественно полагать, что обязательство по предотвращению события влечет за собой... обязательство по обеспечению его прекращения"¹⁹⁵. Поэтому в случае длящихся событий обязательство по их предотвращению само является длящимся обязательством, и временем его нарушения является весь период, в течение которого это событие продолжается¹⁹⁶.

Комментарии правительства к статьям 18 (3)-(5) и 24-26

99. Мнения правительств, выступивших с комментариями в отношении этих статей, несколько разошлись. Франция высказывается за сохранение различных классификаций нарушений, упомянутых в статье 25, на том основании, что они представляют собой полезную "разбивку нарушений в зависимости от того, каким способом они были совершены", однако предлагает увязать их с соответствующими пунктами статьи 18¹⁹⁷. Соединенное Королевство, напротив:

"обеспокоено тем, что проекты статей заходят слишком далеко в смысле проведения тонких различий между разными категориями поведения. Оно надеется, что Комиссия проработает вопрос о том, насколько нужно и насколько полезно принимать статьи, в которых расписаны со значительной степенью аналитической точности различные категории противоправного деяния. Возможно, предпочтительнее было бы предусмотреть более простую концепцию противоправного поведения, а ее применение в конкретных ситуациях оставить на усмотрение государств"¹⁹⁸.

Соединенные Штаты аналогичным образом критикуют статью 18 и статьи 24-26 за то, что в них предусматривается:

¹⁹³ Комментарий к статье 26, пункт (1). Ход обсуждения статьи 23 см. в пунктах 85-87 выше.

¹⁹⁴ Там же, пункт (2).

¹⁹⁵ Там же, пункт (6).

¹⁹⁶ Там же, пункт (7).

¹⁹⁷ A/CN.4/488, стр. 83.

¹⁹⁸ Там же, стр. 51. См. также пункт 56 выше.

"комплексный ряд абстрактных норм, регулирующих квалификацию деяния государства как продолжительный, составной или сложный акт... Если читать эти проекты статей вместе, то они привносят гораздо больше сложности в проект, чем это необходимо, и создают возможные правовые лазейки, позволяющие государствам, совершающим противоправные деяния, уклоняться от выполнения своих обязательств. Эти положения могут скорее усложнить, чем сделать более ясным установление наличия ответственности"¹⁹⁹.

Германия выступает с идентичным комментарием в отношении статей 24-26²⁰⁰. Греция предлагает "сформулировать проще и точнее" эти положения²⁰¹.

Общий обзор затронутых вопросов

100. Определение момента начала совершения противоправного деяния и его продолжительности представляет собой проблему, которая нередко возникает на практике и которая многократно рассматривалась судами²⁰². В таких делах нередко обсуждается не вопрос об ответственности как таковой, а вопрос о том, обладают ли суды или другие органы соответствующей юрисдикцией или допустимо ли какое-либо данное заявление к рассмотрению²⁰³. Однако могут возникнуть последствия и в самой сфере ответственности; по сути дела, одно весьма важное последствие, связанное с прекращением противоправных деяний, рассматривается в статье 41 проекта статей. Возможно, существующие положения имеют сложный характер, но есть, по-видимому, необходимость, хотя бы в одном положении, в котором рассматривались бы эти вопросы.

¹⁹⁹ Там же, стр. 51-52, цитата из I. Brownlie, State Responsibility, pp. 197-198.

²⁰⁰ Там же, стр. 82.

²⁰¹ A/CN.4/492, стр. 11. См. также общие замечания правительств в отношении главы III, кратко изложенные в пункте 4 выше.

²⁰² См., например, Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 35; Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), P.C.I.J., Series A/B, No. 74, pp. 23-29; Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection), P.C.I.J., Series A/B, No. 77, pp. 80-82; Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), I.C.J. Reports 1960, pp. 33-36. Этот вопрос нередко затрагивался органами Европейской конвенции по правам человека (cf. J. Pauwelyn, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", BYIL, vol. 66, 1995, pp. 430-440): см., например, решение Комиссии по делу De Becker Case (Yearbook of the ECHR, 2 (1958-1959), p. 214, at pp. 234 and 244); решения Суда по делам Ireland v. United Kingdom Case, 18 January 1978, Series A, No. 25, p. 64; the Papamichalopoulos and Others v. Greece Case, 24 June 1993, Series A, No. 260-B, para. 40; the Agrotexim and Others v. Greece Case, 24 October 1995, Series A, No. 330-A, para. 58.

²⁰³ См., в частности, J. Pauwelyn, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", BYIL, vol. 66, 1995, 415-450; J. Salmon, "Le fait étatique complexe: une notion contestable", AFDI, vol. XXVIII, 1982, 709-738; E. Wyler, "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", RGDIP, vol. 95, 1991, pp. 881-914.

101. Предлагается прежде всего рассмотреть вопрос о том, когда можно утверждать, что международно-противоправное деяние имело место. Даже если это деяние имеет длящийся характер, должен существовать такой момент во времени, когда противоправное деяние уже существует. Во-вторых, следует решить вопрос о проведении различия между завершенными деяниями (деяниями, не распространяющимися во времени) и длящимися деяниями. В-третьих, существует вопрос об учете в основных рамках, установленных этими различиями, дополнительных уточнений, которые привносятся понятиями составных и сложных противоправных деяний. В каждом контексте необходимо учитывать то, каким образом принцип интертемпорального права влияет на ответственность в случае длящихся, составных и сложных деяний. Поэтому в рамках такого обзора будет рассматриваться статья 18(3)-(5).

С какого момента начинается нарушение обязательства? Проведение различия между предвидимыми, неминуемыми или "досрочными" нарушениями, с одной стороны, и существующими нарушениями - с другой

102. Общий для всех трех статей изначальный вопрос заключается в том, когда имеет место нарушение международного права (в отличие от лишь предвидимого или неминуемого нарушения). Другими словами, когда все-таки "происходит" противоправное деяние? В принципе на этот вопрос можно ответить лишь сославшись на конкретную первичную норму. Некоторые нормы конкретно запрещают угрозу поведения²⁰⁴, подстрекательства или покушения²⁰⁵, и в этом случае угроза, подстрекательство или покушение сами по себе представляют собой противоправные деяния. Вопрос о том, существуют ли в международном праве общие вторичные нормы, относящиеся к таким "неосновным" противоправным деяниям, как подстрекательство, соучастие и подобные им деяния, будет рассматриваться дополнительно в контексте главы IV части первой проекта статей. Для настоящих целей вопрос заключается в определении того, когда можно утверждать, что противоправное деяние, квалифицируемое в качестве такового в соответствии с первичной нормой, было совершено.

²⁰⁴ В частности, в пункте 4 статьи 2 Устава Организации объединенных Наций запрещается угроза "силой или ее применения ... против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства". Информацию о том, что представляет собой угроза силой, см. в Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons I.C.J. Reports 1996, p. 222, at pp. 246-247 (paras. 47-48); cf. R Sadurska, "Threats of Force", AJIL, vol. 82, 1988, pp. 239-268.

²⁰⁵ Наиболее всеобъемлющим образом сформулирована статья III Конвенции о геноциде 1948 года, в которой, помимо фактического геноцида, запрещается заговор с целью совершения геноцида, прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида, покушение на совершение геноцида и соучастие в геноциде. Хотя основным объектом статьи III является, безусловно, индивидуальная уголовная ответственность, Международный Суд по делу "Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections)" ("Дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Югославии) (предварительные возражения)") отметил, что "содержащаяся в статье IX ссылка на ответственность того или другого государства за совершение геноцида или одного из других перечисленных в статье III деяний не исключает каких-либо форм ответственности государств": ICJ Reports 1996, p. 595, at p. 616 (para. 32). Это предполагает, что государства могут нести прямую ответственность за подстрекательство, заговор, соучастие и покушение.

103. Именно этот вопрос рассматривался в деле о проекте "Габчиково-Надьямарош"²⁰⁶. После отказа Венгрии продолжать осуществлять этот проект, как это было предусмотрено в двустороннем договоре 1977 года, Чехословакия приступила к активному планированию и последующему осуществлению в одностороннем порядке другого варианта плана строительства (так называемого "варианта С"), используя при этом объекты, совместно сооруженные для первоначального проекта, и некоторые дополнительные объекты, возведенные на чехословацкой территории. Вариант С был фактически осуществлен, когда в октябре 1992 года произошел отвод вод Дуная с помощью новых сооружений. Суд постановил, что вариант С был незаконным по различным причинам, несмотря на раннее нарушение Венгрией договора 1977 года. Однако вопрос заключался в том, в какой момент Чехословакия совершила нарушение. Это имело важное значение, в частности, потому, что в мае 1992 года Венгрия заявила о своем намерении прекратить договор, сославшись на то, что Чехословакия настаивала на осуществлении строительных работ в соответствии с вариантом С. Венгрия указала, что статья 60 Венской конвенции о праве международных договоров не запрещает стороне, которая сама нарушает договор, прекратить этот договор на основании его нарушения другой стороной, и она заявила, что по крайней мере к апрелю 1992 года выраженное Чехословакией твердое намерение приступить к незаконному отводу вод Дуная было равносильно существующему нарушению или, другими словами, отказу от договора, что дало Венгрии право прекратить его²⁰⁷.

104. Суд отверг этот довод, постановив (большинством голосов - девять против шести), что нарушение было совершено лишь после фактического отвода вод Дуная, которое произошло в октябре. Он отметил:

"что в период с ноября 1991 года по октябрь 1992 года Чехословакия ограничивалась проведением на своей собственной территории работ, которые были необходимы для осуществления варианта С, но которые могли быть прекращены, если бы между сторонами было достигнуто соглашение, и поэтому никак не предопределяла принятие окончательного решения. Пока Дунай не был в одностороннем порядке перегорожен, вариант С, фактически, не был осуществлен. Такая ситуация не является необычной для международного права, да и, кстати, для внутреннего права. Противоправному деянию или правонарушению нередко предшествуют подготовительные действия, которые не следует отождествлять с самим деянием или правонарушением. Необходимо также проводить

²⁰⁶ I.C.J. Reports 1977, p. 7.

²⁰⁷ В некоторых правовых системах понятие "досрочного нарушения" используется для описания окончательного отказа какой-либо стороны выполнять то или иное договорное обязательство до наступления момента времени, установленного для его осуществления. Столкнувшись с досрочным нарушением, соответствующая сторона правомочна прекратить договор и обратиться в суд с иском о возмещении ущерба. См. Frost v. Knight (1872) LR 7 Ex 111; White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor [1962] AC 413; K. Zweigert and H. Kötz, An Introduction to Comparative Law (2nd edn, trans. Weir, 1987) pp. 543-544. В других системах аналогичные результаты достигаются без использования этой концепции, например путем толкования отказа выполнить какое-либо обязательство еще до того момента, когда оно должно быть выполнено, в качестве "позитивного нарушения контракта": *ibid.*, p. 531 (German law). Хотя в международном праве не имеется, по-видимому, эквивалентных норм, в статье 60(3)(a) Венской конвенции о праве международных договоров существенное нарушение определяется, в частности, как такой отказ от договора, "который не допускается настоящей Конвенцией", и ясно, что такой отказ может иметь место до наступления времени, установленного для выполнения такого обязательства.

различие между фактическим совершением противоправного деяния (мгновенного или длящегося) и таким поведением до совершения этого деяния, которое имеет характер подготовки и "не квалифицируется как противоправное деяние" ..."²⁰⁸.

Соответственно, Суд постановил, что "Чехословакия была правомочна приступить в ноябре 1991 года к осуществлению варианта С в той мере, в какой она ограничивалась в этой связи проведением работ, которые не предопределяли принятие ею затем окончательного решения. С другой стороны, Чехословакия не имела права ввести этот вариант в действие начиная с октября 1992 года"²⁰⁹. Однако, поскольку Венгрия намеревалась прекратить договор в мае 1992 года - до того, как он был нарушен Чехословакией, и до того, как Венгрия понесла какие-либо убытки в результате поведения Чехословакии, - объявленное прекращение было "преждевременным" и недействительным²¹⁰.

105. В любом случае, по мнению Суда, Венгрия нанесла ущерб своему праву ссылаться на нарушение договора Чехословакией, поскольку она сама была ответственна за совершенное ранее и связанное с этой ситуацией нарушение того же договора²¹¹. Этот аспект дела связан с так называемым *exceptio inadimpleti contractus* и будет рассматриваться в контексте главы V части первой.

106. Таким образом, Суд провел различие между фактическим совершением противоправного деяния и поведением подготовительного характера. Такое поведение само по себе не составляет нарушения, если оно не "предопределяет принятия окончательного решения". Однако то, насколько это верно в том или ином конкретном случае, будет зависеть от обстоятельств дела и от содержания первичной нормы. При этом возникнут вопросы, касающиеся оценки и определения серьезности деяния, что невозможно будет сделать заранее, используя какую-либо конкретную формулу. Вместо слова "происходит", использованного в проектах статей 24-26, могло быть употреблено для этой цели, по всей видимости, любое другое слово.

Когда нарушение обязательства продолжается? Разница между длящимися и завершенными противоправными деяниями

107. Второй вопрос касается различия между противоправными деяниями, распространяющимися во времени, и теми деяниями, которые во времени не распространяются. Более тщательный анализ показывает, что могут быть проведены два отдельных различия: во-первых, различие между противоправными деяниями, которые происходят и завершаются в определенный момент во времени, и теми деяниями, которые продолжаются в течение некоторого периода времени, и, во-вторых, различие между противоправными деяниями, которые были завершены (даже если их последствия по-прежнему имеют место), и противоправными деяниями, имеющими длящийся характер. В проекте статей, особенно в статьях 24 и 25, обе эти идеи, как представляется, сливаются воедино.

²⁰⁸ I.C.J. Reports 1997, p. 7 at p. 54 (para. 79), цитируется комментарий к проекту статьи 41. По этому вопросу с особым мнением выступили шесть судей (Председатель Швебель; судьи Беджауи, Рандзева, Херцег, Флайшхауэр, Резек).

²⁰⁹ Ibid., p. 57 (para. 88).

²¹⁰ Ibid., pp. 66-67 (paras. 108-109).

²¹¹ Ibid., p. 67 (para. 110).

108. Противоправное деяние может быть, безусловно, совершено в одно мгновение, например в то мгновение, когда в силу закона производится конфискация имущества или когда вступает в силу то или иное законодательство. Для юриста это - *punctum temporis*, т.е. тот момент во времени, когда имущество переходит от одного лица к другому или когда совершается какое-либо иное "юридическое действие". Хотя с точки зрения права такие деяния могут считаться мгновенными, редко бывает так, чтобы деяния не продолжались по меньшей мере в течение какого-либо периода времени. Однако неясно, будет ли когда бы то ни было различие между деянием, происходящим в какое-либо мгновение времени, и деянием, которое (даже если оно продолжалось пять секунд, пять минут или пять часов) уже завершено, иметь значение для целей установления ответственности государств. Для практических целей более важное значение имеет, по-видимому, различие между завершенными и длящимися противоправными деяниями. Однако это различие относительно: длящееся противоправное деяние является деянием, которое не было завершено еще, т.е. в соответствующий момент времени.

109. Цель вышесказанного заключается не в том, чтобы принизить значимость различия между длящимися и завершенными противоправными деяниями, а скорее в том, чтобы взглянуть на это различие в его надлежащем контексте. О том, что это различие имеет важное значение и связано с юридическими последствиями, свидетельствует следующий не исчерпывающий по своему характеру обзор:

а) Арбитражное разбирательство по делу о судне "Рейнбоу уорриор" было связано с необеспечением Францией содержания под стражей двух агентов на французском тихоокеанском острове Хао в течение трехлетнего периода, как того требовало соглашение между Францией и Новой Зеландией об урегулировании инцидента с судном "Рейнбоу уорриор". Арбитражный трибунал одобрительно отметил статьи 24 и 25(1) проекта статей и различие, проводимое между мгновенными и длящимися противоправными деяниями²¹², и заявил:

"Если применить эту классификацию к настоящему делу, то станет очевидно, что нарушение, состоявшее в невозвращении на Хао двух агентов, представляло собой не только существенное, но и длящееся нарушение. И эта классификация не является чисто теоретической, а, наоборот, она имеет практические последствия, поскольку серьезность нарушения и его длительный характер не могли не оказать значительного воздействия на принятие решения о надлежащем возмещении за нарушение, характеризующееся этими двумя признаками"²¹³.

И действительно, Трибунал обрисовал затем дополнительные правовые последствия, вытекающие из этого различия, для срока действия обязательств Франции по этому соглашению:

"Характеристика нарушения как распространяющегося во времени или длящегося согласно статье 25 проекта статей об ответственности государств ... подтверждает сделанный ранее вывод о сроке действия соответствующих обязательств Франции по первому соглашению ... Франция совершала длящееся нарушение своих обязательств, никак не прерывая и не приостанавливая его, в течение всего периода, когда оба агента оставались в Париже в нарушение соглашения. Если нарушение имело длящийся характер ... это означает, что нарушенное обязательство также имело длящийся и непрерывный характер. "Время совершения нарушения" представляло собой непрерывный период, который не прерывался и

²¹² (1990) 20 UNRIAA 217, at p. 264 (para. 101).

²¹³ Ibid.

не мог прерываться ... Поскольку этот период начался 22 июля 1986 года, он должен был закончиться 22 июля 1989 года - по истечении оговоренного трехлетнего срока. Таким образом, хотя Франция продолжает нести ответственность за нарушения, происшедшие до 22 июля 1989 года, сегодня нельзя утверждать, что Франция сейчас нарушает свои международные обязательства"²¹⁴.

b) Понятие длящегося противоправного деяния использовалось также Европейским судом по правам человека для установления его юрисдикции *ratione temporis* в ряде дел (как отмечается в комментарии). Этот вопрос возникает потому, что юрисдикция Суда может быть ограничена событиями, происшедшими после того, как государство-ответчик стало стороной Конвенции или соответствующего протокола и признало право отдельных лиц на подачу петиции. Так, в деле Папамихалопулос против Греции конфискация имущества, не связанная с официальной экспроприацией, произошла примерно за восемь лет до того, как Греция признала компетенцию Суда. Суд постановил, что имело место длящееся нарушение права на мирное пользование имуществом согласно статье 1 Протокола 1, и поэтому подтвердил свою юрисдикцию в отношении данного иска²¹⁵.

c) По делу Лойзиду против Турции Суд выступил с аналогичным доводом в отношении последствий вторжения Турции на Кипр в 1974 году, в результате которого заявителю было отказано в доступе к ее имуществу в Северном Кипре. Турция сослалась на тот факт, что данное имущество было экспроприировано в соответствии со статьей 159 Конституции Турецкой республики Северного Кипра 1985 года и что это произошло до признания Турцией юрисдикции Суда в 1990 году. Суд постановил, что в соответствии с нормами международного права и с учетом соответствующих резолюций Совета Безопасности он не может признать юридическую силу Конституции Турецкой республики Северного Кипра 1985 года, и, следовательно, экспроприация не была завершена в тот момент и имущество продолжало принадлежать заявителю. Поведение Турецкой республики Северного Кипра и турецких войск, отказывавшихся предоставить заявителю доступ к ее имуществу, продолжалось после признания Турцией юрисдикции Суда и представляло собой нарушение статьи 1 Протокола 1²¹⁶. Однако судья Бернард, выразивший особое мнение, которое совпало по существу с мнением ряда других членов Суда, занял иной подход к различию, проводимому между завершенным и длящимся нарушением. Он сказал:

"Органы Конвенции признали понятие "длящихся нарушений" ... Хотя я полностью согласен с этой концепцией, необходимо правильно оценивать сферу и ограниченность ее применения. Если какое-либо лицо содержится в тюрьме до и после критической даты ... основным фактом ... является фактическое поведение государственных органов, которое несовместимо с обязательствами по Европейской конвенции ... Фактическая и правовая ситуация является ... иной в тех случаях, когда определенные исторические события привели к возникновению такой ситуации, как закрытие границы, что автоматически имело последствия для большого числа дел. В настоящем деле решающие события произошли в 1974 году. После этого г-жа Лойзиду не имела возможности получить доступ к своему

²¹⁴ Ibid., at pp. 265-266 (курсив - в тексте оригинала). См., однако, особое мнение сэра Кеннета Кита, *ibid.*, pp. 279-284.

²¹⁵ ECHR, Series A, No.260B (1993).

²¹⁶ ECHR, judgement of 18 December 1996, paras. 41-47, 63-64 (1996). См. также Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) (1995), Series A, No. 310, at pp. 33-34 (paras. 102-105).

имуществу в Северном Кипре. Эта ситуация продолжала существовать до и после принятия Конституции так называемой "Турецкой республики Северного Кипра" ... Турция признала юрисдикцию Суда лишь "в отношении фактов ... которые имели место после даты сдачи на хранение заявления о признании"; закрытие границы в 1974 году является, по моему мнению, существенным фактом, и возникшая затем ситуация, которая продолжается и по настоящее время, не должна рассматриваться через призму понятия "длящегося нарушения"²¹⁷.

d) Комитет по правам человека также одобрил идею введения понятия длящихся противоправных деяний. Например, по делу Лавлейс против Канады, Комитет постановил, что он обладал юрисдикцией для рассмотрения длящихся для заявителя последствий утраты ее статуса как члена племени, хотя эта утрата произошла в момент ее вступления в брак в 1970 году, а Канада признала юрисдикцию Комитета лишь в 1976 году. Комитет отметил, что он:

"как правило, не компетентен рассматривать заявления, относящиеся к событиям, имевшим место до вступления в силу Пакта и Факультативного протокола ... Что касается дела Сандры Лавлейс, то отсюда следует, что Комитет не компетентен высказывать какое-либо мнение о первоначальной причине утраты ею статуса индианки ... в момент ее брака в 1970 году ... Однако Комитет признает, что положение вещей может быть иным, если предполагаемое нарушение, хотя бы и относящееся к событиям, имевшим место до 19 августа 1976 года, сохраняется после указанной даты или имеет последствия, которые сами по себе являются нарушениями"²¹⁸.

Он пришел к выводу, что длящихся последствий применения канадского законодательства, не дающего Лавлейс возможности осуществлять ее права как представителя меньшинства, было достаточно для того, чтобы имел место факт нарушения статьи 27 Пакта после вышеуказанной даты. В данном случае понятие длящегося нарушения использовалось не только для установления юрисдикции Комитета, но и для выбора статьи 27 как той статьи Пакта, которая самым непосредственным образом касалась заявителя.

e) Что касается дела о проекте "Габчиково-Надьямарош"²¹⁹, то как отказ Венгрии продолжать осуществлять проект, так и осуществление и введение в действие Чехословакией варианта С представляли собой длящиеся противоправные деяния, и это имело последствия в различных областях. Например, введение в действие варианта С произошло в контексте длящегося противоправного деяния со стороны Венгрии, и это имело различные последствия с точки зрения сохранения договора 1977 года²²⁰. Когда 1 января 1993 года образовалась Словакия, она столкнулась с длящимся противоправным поведением обеих сторон договора: ситуация, следовательно, отличалась от той, которая могла бы возникнуть, если бы Словакия как бы была

²¹⁷ ECHR, judgement of 18 December 1996, para. 2. Судьи Лопес-Роча, Ямбрек, Петтити, Бака и Гюлкюкюлю по существу согласились с этим мнением.

²¹⁸ Сообщение № R 6/24, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (A/36/40) (1981 год), стр. 207, пункты 10-11.

²¹⁹ I.C.J. Reports 1997, p. 7.

²²⁰ См. пункты 103-108 выше.

случайным преемником последствий или воздействия противоправных деяний, совершенных и завершенных ранее²²¹.

110. Как показывают эти дела, поведение, которое началось некоторое время назад и которое в тот период представляло собой (или, если бы соответствующая первичная норма действовала в отношении данного государства в тот момент, представляло бы собой) нарушение, может продолжаться и дать начало длящемуся противоправному деянию в настоящее время. Кроме того, этот длящийся характер может иметь юридическое значение для различных целей, в том числе для целей установления ответственности государств. Например, изложенное в статье 41 обязательство прекратить противоправное деяние относится лишь к длящимся противоправным деяниям. Этого достаточно для включения различия между завершенными и длящимися противоправными деяниями в качестве одного из элементов главы III.

111. Однако можно возразить, что понятие длящегося противоправного деяния невозможно определить или можно определить лишь в контексте соответствующей первичной нормы. В статье 25, в которой говорится лишь о "деянии государства продолжительного характера", не предпринимается, разумеется, никакой попытки дать такое определение. При принятии решения о том, имеет ли противоправное деяние длящийся характер, будут иметь значение как первичная норма, так и обстоятельства данного конкретного дела, и в этом случае также невозможно абстрактно сформулировать подробное определение. С другой стороны, в комментариях могут быть вынесены рекомендации, и трудность с проведением в отдельных случаях действительного различия не является основанием для отказа от проведения различия вообще.

112. С учетом этого Комиссии нет необходимости занимать какую-либо позицию по существенно важным вопросам, из-за которых разделились мнения по некоторым из вышеуказанных дел²²². Например, в деле о судне "Рейнбоу уорриор" Трибунал использовал статью 25(1) в качестве основы для принятия решения о том, что обязательство Франции содержать под стражей двух офицеров на острове Хао прекратилось в 1989 году. Обязательство совершить определенное

²²¹ См. пункт 104 выше.

²²² Комиссии нет также необходимости занимать категорическую позицию по вопросу, по которому разошлись во мнениях два предыдущих специальных докладчика, а именно по вопросу о том, представляет ли собой экспроприация завершенное или длящееся противоправное деяние. См. предварительный доклад Аранджо-Руиса, Ежегодник ... 1988 год, том II, Часть первая, стр. 18, со ссылками на более ранние работы КМП. В какой-то степени это также зависит от содержания первичной нормы, которая, как утверждается, была нарушена, и это, несомненно, зависит от фактов. По мнению нынешнего Специального докладчика, когда экспроприация осуществляется в установленном законом порядке и следствием этого является передача прав на соответствующее имущество на основании *lex loci* и когда имущество фактически принимается, сама экспроприация представляет собой в таком случае завершенное деяние. Однако ситуация, сопровождающаяся, фактически, "ползучей" или скрытой оккупацией, может вполне иметь иной характер: для сравнения см. дело Папамихалопулос против Греции, обсуждаемое в пункте 109 выше. В исключительных случаях (например по делу Лойзиду против Турции, обсуждаемому в пункте 109 выше) Трибунал может иметь основания для того, чтобы отказаться признать какой-либо закон или постановление вообще, и результатом является то, что вытекающее из этого отрицание статуса или прав на собственность или владение может дать начало длящемуся противоправному деянию. Данный пример свидетельствует о сложности отдельных дел и о том, что неразумно пытаться подробно определять в проекте статей такие вопросы, касающиеся толкования и применения.

действие в определенный срок считается, как правило, состоящим из двух отдельных обязательств - совершить определенное деяние и совершить его в определенный срок, - и при этом несовершение такого деяния к определенной дате (независимо от того, были ли основания для такого несовершения) не влечет за собой прекращения обязательства. Напротив, соответствующее государство считается, как правило, совершающим длящееся нарушение основного обязательства в период после даты, когда оно должно было быть совершено²²³. Верно то, что, как Франция заявила по этому делу, "нет такой международно-правовой нормы, в соответствии с которой обязательство распространялось бы по времени в силу его нарушения"²²⁴. Однако так сложилось потому, что в данном случае речь идет о толковании соответствующей первичной нормы. Никто не станет, естественно, рассматривать обязательство сохранять ситуацию в течение конкретного периода времени в качестве "завершенного", если оно нарушалось в течение всего этого периода. Однако, каким бы ни было более хорошее толкование первичной нормы, вторичные нормы ответственности государств не проливают света на этот вопрос²²⁵.

113. Короче говоря, Специальный докладчик считает, что важность концепции длящихся противоправных деяний явно оправдывает сохранение положений, сформулированных в статьях 24 и 25(1). С учетом того, что эти положения касаются одного и того же ключевого различия, их можно было бы, возможно, объединить в одну статью²²⁶.

Интертемпоральный принцип в контексте длящихся противоправных деяний:
связь статьи 18(3) со статьей 25(1)

114. Остается рассмотреть вопрос о том, каким образом интертемпоральный принцип применяется к деяниям длящегося характера. Согласно статье 18(3), деяние длящегося характера представляет собой нарушение лишь "в отношении периода, когда указанное деяние совершается в момент действительности этого обязательства для данного государства". Это явно относится и к последствиям длящегося деяния. Если обязательство прекращается, не может быть и речи о каком-либо новом или длящемся нарушении в последующий период²²⁷. Так, в арбитражном разбирательстве по делу о судне "Рейнбоу уорриор" мнения разошлись по вопросу о том,

²²³ Ситуация может быть иной в том случае, если требовавшееся поведение не имело никакого значения для лица, по отношению к которому было принято обязательство, после установленной даты: например обязательство сообщить другому государству о намерении совершить какое-либо деяние до его совершения.

²²⁴ (1990) 20 UNRIAA 217, at p. 266.

²²⁵ В деле о проекте "Габчиково-Надьямарош" (I.C.J. Reports 1997, p. 7) Венгрия не утверждала (и никак не могла утверждать), что ее обязательство соорудить объекты прекратилось по той причине, что прошли сроки для выполнения этого обязательства. Воздействие обстоятельств, исключающих противоправность, на период выполнения обязательства обсуждается в главе V.

²²⁶ Предлагаемый текст см. в пункте 156 ниже.

²²⁷ С другой стороны, все же может возникнуть вопрос о реституции, и не всегда бывает легко провести различие между прекращением деяния и реституцией. Данный вопрос рассматривается в контексте статьи 41.

прекратилось ли обязательство по истечении трехлетнего периода, а не по вопросу о правовых последствиях в том случае, если оно прекратилось²²⁸.

115. Также ясна ситуация в отношении периода до вступления в силу обязательства. В соответствии с принципом, изложенным в статье 18(1), поведение государства является международно-противоправным лишь в том случае, если соответствующая норма находилась в силе в отношении данного государства во время этого поведения²²⁹. В ряде обсуждавшихся выше дел либо такая норма не находилась в силе в отношении данного государства в момент начала противоправного поведения, либо суд не имел юрисдикции в отношении данного государства в тот момент и поэтому был не в состоянии принять решение о его ответственности в данный период. Однако в статье 25(1) не упоминаются подобные ситуации. В ней предусматривается, что длящиеся нарушение "происходит в момент начала этого деяния", что не соответствует истине в том случае, если данная норма не находилась в тот период в силе²³⁰. Статью 25(1) необходимо сформулировать соответствующим образом, и данный момент можно дополнительно разъяснить в комментарии. Если это будет сделано, то формулировка статьи 25(1) ("и остается не соответствующим международному обязательству") адекватна для рассмотрения проблемы интертемпоральности длящихся противоправных деяний, и в этом случае статью 18(3) можно исключить за ненужностью.

Проведение различия между составными и сложными деяниями:
статья 18(4) и (5); статья 25(2) и (3)

116. Другой вопрос состоит в том, есть ли необходимость сохранять в пунктах (2) и (3) статьи 25 дополнительное различие, проводимое между составными и сложными деяниями (и соответствующие положения статьи 18, пункты (4) и (5), в которых рассматриваются интертемпоральные вопросы). Как говорилось выше, составное деяние определяется как "деяние государства, состоящее из серии действий или бездействий применительно к различным казусам". Оно отличается от "сложного деяния", "состоящего из серии действий или бездействий одного и того же органа или различных органов государства применительно к одному и тому же казусу". В качестве примера составного акта можно привести проведение политики апартеида, которая представляет собой систематическое поведение правительства в отношении какой-либо расовой группы, осуществляющееся в целом ряде случаев. Такое поведение можно сравнить с актом расовой дискриминации в отношении отдельного лица. Это деяние вполне может быть сложным, поскольку имеет место сговор между различными органами или поведение в отношении данного лица в течение определенного периода времени, однако в этом случае речь все время должна идти об "одном и том же" казусе. Следует подчеркнуть, что некоторые из наиболее серьезных противоправных деяний в международном праве определяются с точки зрения их составного

²²⁸ (1990) 20 UNRIAA 217, at p. 266. Сравни с особым мнением сэра Кеннета Кита, at pp. 279-284.

²²⁹ См. пункты 38-44 выше.

²³⁰ Это, безусловно, редакционное упущение: данный момент четко разъясняется в комментарии к статье 25, пункт (3), примечание 4.

характера. Это касается не только геноцида и апартеида, но и преступлений против человечности в целом²³¹.

117. Этот анализ показывает, что можно провести различие между составными и сложными деяниями; он также показывает, что в целях проведения такого различия необходимо сосредоточить внимание на соответствующей первичной норме. Однако проблема заключается, безусловно, в том, что в проектах статей как таковых не ставится задача разработки первичных норм. Хотя различные классификации первичных норм могут иметь определенное значение, они должны учитываться в проектах статей лишь в той мере, в какой они имеют последствия для установления ответственности. Более того, различие между составными и сложными деяниями, в том виде, в каком оно сформулировано, представляет собой различие, не связанное с содержанием первичной нормы. Оно касается классификации деяний, нарушающих какие бы то ни было нормы. То же самое относилось к различию между длящимися и завершенными противоправными деяниями, однако, как мы уже заметили, это различие является полезным и признается теперь для целей установления ответственности. Так ли обстоит дело в случае составных или сложных деяний?

118. Перед тем как дать ответ на этот вопрос, необходимо провести различие между необходимыми элементами противоправного деяния и теми элементами, которые могут потребоваться в качестве свидетельств или доказательств того, что такое деяние произошло. Например, хотя отдельный акт расовой дискриминации является незаконным, потребуются, возможно, доказать, что государственными должностными лицами (одним и тем же лицом или другими лицами, занимающими аналогичное положение) была совершена серия таких деяний, и лишь после этого можно будет утверждать, что любое из этих деяний было совершено по дискриминационным мотивам, а не на законных основаниях. Другими словами, такая дискриминация по своей сути не представляет собой составного или даже хотя бы сложного деяния, однако для целей ее доказательства потребуются, возможно, предъявить свидетельства того, что осуществлявшаяся практика была равносильна подобному деянию. Таким образом, на практике трудно провести четкое и последовательное различие между сложными и составными деяниями, эту трудность усугубляет формулировка статьи 25(2), в которой говорится о совершении того действия или бездействия, "которое определяет наличие составного деяния"; слово "определяет" (во французском варианте: "établit") можно спутать со словом "доказывает", которое явно не имелось в виду в данном контексте.

Режим составных деяний в статьях 18(4) и 25(2)

119. В отношении "составных деяний" в проекте статей содержится три посылки:

а) согласно статье 25(2), составное деяние "происходит в момент совершения того действия или бездействия этой серии, которое определяет наличие составного деяния". По вышеизложенным причинам лучше бы было дать следующую формулировку: "когда имеет место то действие или бездействие этой серии, которое в совокупности с предшествующими действиями или бездействиями является достаточным для того, чтобы образовать составное деяние";

²³¹ Предпочтительнее мнение о том, что апартеид представляет собой особый вид преступления против человечности: для сравнения см. Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 года, A/CONF.183/9, статьи 7(1)(j) и (2)(h).

b) однако "временем этого нарушения является весь период начиная с момента первого из... действий или бездействий, образующих составное деяние... до тех пор, пока такие действия или бездействия имеют место" (там же);

c) согласно статье 18(4), в таком случае "нарушение этого обязательства налицо в том случае, если такое деяние может рассматриваться как образуемое действиями или бездействиями, совершенными в течение периода, когда указанное обязательство находится в силе в отношении данного государства".

120. Примиришь эти послышки не совсем просто. Если деяние "имеет место" только тогда, когда имеет место тот аспект этой "серии", который определяет наличие составного деяния, то должны ли мы непременно считать, что составное деяние началось в какой-то более ранний момент? (Позиция, бесспорно, была бы иной, если бы слово "определяет" означало бы "определяет в качестве доказательства", однако по уже изложенным причинам это внесло бы путаницу.) В частности, не зависит ли от формулировки и цели первичной нормы не только то, может ли составное деяние рассматриваться как образованное первым или пятым или энным деянием из серии (в проекте статей нет ответа на этот вопрос, что совершенно правильно), но и то, относится ли период нарушения к первому из таких составляющих действий или бездействий?

121. Эти вопросы целесообразно рассмотреть на ряде конкретных примеров. Сложность здесь заключается в том, что почти все обсуждение составных деяний проводилось на примерах первичных норм, которые определяют систематические правонарушения. Систематическая первичная норма - это такая норма, которая определяет деяния как противоправные с точки зрения их составного или систематического характера (запрещение геноцида, апартеида или преступлений против человечности, систематических актов расовой дискриминации и т.д.). Однако, как отмечалось выше, статья 25(2) не ограничивается нарушениями обязательств, создаваемых такими нормами. Поэтому для анализа концепции "составного противоправного деяния" необходимо в качестве примеров использовать как систематические, так и несистематические первичные нормы.

Хорошим примером "систематической" первичной нормы является запрещение геноцида, сформулированное в идентичных выражениях в Конвенции 1948 года и в позднейших документах²³², в том смысле, что оно предполагает, или даже фактически требует, чтобы несущий ответственность субъект (в том числе правительство) осуществлял систематическую политику или практику и чтобы отдельные акты убийств и т.д., которые вместе составляют геноцид, по отдельности не составляли или не могли составлять это преступление. Согласно статье II(а) Конвенции 1948 года, главным признаком "геноцида" является убийство членов [национальной, этнической, расовой или религиозной группы] с намерением уничтожить, полностью или частично, такую группу как таковую. Оба признака этого определения содержат систематические элементы. Убийство одного человека независимо от мотива не является геноцидом; убийства должны быть многочисленными²³³. И оно

²³² См. статью 4 устава Международного трибунала по бывшей Югославии (текст в резолюции 827 (1993) Совета Безопасности от 25 мая 1993 года); статью 2 устава Международного уголовного трибунала по Руанде (текст в резолюции 955 (1994) Совета Безопасности от 8 ноября 1994 года); Римский статут Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года, A/CONF.183/9, статья 6.

²³³ Как признал судья ad hoc Лаутерпахт в деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (допустимость встречных требований), I.C.J. (продолжение...)

должно быть осуществлено с соответствующим намерением, заключающимся в физическом уничтожении группы как таковой. В этом контексте идея составного противоправного деяния, разработанная в статьях 18(4) и 25(2), представляется абсолютно уместной. Геноцид совершается лишь тогда, когда налицо совокупность актов убийств, причинение ущерба и т.д., совершенных с соответствующим намерением, с тем чтобы это удовлетворяло определению статьи II. Однако когда этот порог перейден, правомерно считать, что время совершения простирается на весь период, в течение которого было совершено любое из этих деяний. Если исходить из того, что интертемпоральное право применяется к геноциду, то правомерно также отметить, что геноцид совершается в том случае, если акты, совершенные в период действия Конвенции, являются достаточными для того, чтобы составлять преступление геноцида²³⁴.

Вместе с тем возьмем простое обязательство из двустороннего соглашения о пограничных водах в отношении того, что каждая сторона должна производить в течение календарного года забор не более чем определенного объема воды из пограничной реки. Предположим, что одна из сторон разрешает различным пользователям производить ежемесячно забор такого объема воды, который (хотя сам по себе согласно соглашению не является неправомерным) в течение года может привести к тому, что общий объем забора превысит квоту. Поведение соответствующего государства равнозначно составному деянию, как оно определено в статье 25(2), но может ли вся серия актов рассматриваться как противоправная? Подход большинства судей в деле о проекте Габчиково-Надьямарош²³⁵ свидетельствует о том, что по крайней мере до тех пор, пока не совершено деяние, которое предопределяет окончательное решение превысить квоту, противоправного акта совершено не будет. Действительно, видимо, противоправное деяние не совершается до тех пор, пока квота не будет фактически исчерпана, сколь бы очевидным ни было то, что результат наступит. Предположим, что результат наступил, будем ли мы тогда считать, что совершение правонарушения началось с первым забором воды в январе? По всей видимости, если государство имело явное намерение нарушить договор и соответствующим образом выдавало месячные разрешения, можно сказать, что нарушение началось в январе. Однако

²³³ (...продолжение)

Reports 1997, p. 239, at p. 282, вовсе не означает, что лагерный охранник, который участвовал в актах геноцида, однако лично убил только одного члена группы, непременно должен быть признан невиновным: такое поведение, совершенное с необходимым намерением, однозначно будет квалифицироваться как соучастие в геноциде вопреки статье III(e) Конвенции.

²³⁴ Однако весьма сомнительно, что интертемпоральное право применяется к Конвенции о геноциде как таковой, поскольку, согласно статье I Конвенции, она носит декларативный характер и вследствие этого вполне вероятно, что обязательство привлекать к ответственности относится к геноциду, где бы он ни совершался. Международный Суд явно исходил из этого при рассмотрении дела о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (предварительные возражения), I.C.J. Reports 1996, p. 591, at p. 617 (para. 34). Отметим также, что даже в случае нового существенного обязательства поведение, имевшее место до вступления в силу этого обязательства, может иметь значение в фактическом отношении, т.е. для целей определения намерения. *A fortiori* это справедливо в том случае, когда возражения *ratione temporis* относятся только к юрисдикции суда или арбитража, а не к содержанию применимого права: см. e.g., Zana v. Turkey, ECHR, judgement of 25 November 1997. См. также сноску 87 выше.

²³⁵ См. пункт 106 выше.

определение составного деяния в статье 25(2) не требует наличия такого предварительного намерения; состав налицо в том случае, когда имеется "серия действий или бездействий применительно к различным случаям", и в приведенном примере нарушение могло бы произойти случайно, поскольку различные регулирующие водозабор региональные органы не координировали политику выдачи разрешений или в силу каких-то иных причин. Нарушение, бесспорно, налицо, когда годовая квота превышена, однако есть ли какие-либо основания для того, чтобы заранее определять во вторичных нормах об ответственности государств, что нарушение началось с первого акта из серии? Не зависит ли это от формулировки и цели первичной нормы?

122. Эти примеры свидетельствуют о том, что для урегулирования составных деяний необходимо провести разграничение между простыми и составными или систематическими обязательствами. Когда простое обязательство нарушено составным деянием, видимо, нет оснований для того, чтобы квалифицировать такое нарушение как отличное по своему характеру. Составные деяния, бесспорно, могут скорее привести к длящимся нарушениям, однако длящиеся нарушения могут быть также вызваны и простыми деяниями (например, задержание дипломата). Однако ситуация меняется в том случае, когда само обязательство (и, значит, лежащая в его основе первичная норма) предполагает, что конститутивным элементом противоправного деяния является кумулятивный характер поведения. Так, апартеид по существу отличается от отдельных актов расовой дискриминации, а геноцид по существу отличается от отдельных актов убийств, даже если они совершены на этнической почве.

123. Такое разграничение было проведено Европейским судом по правам человека при рассмотрении дела Ирландия против Соединенного Королевства. Ирландия жаловалась на практику противоправного обращения с задержанными в Северной Ирландии, которая, по ее мнению, равносильна пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, и на этом основании дело было признано приемлемым. Это повлекло за собой целый ряд последствий в плане процедуры и существа. В частности, не требовалось соблюдения правила об исчерпании внутренних средств защиты в отношении каждого инцидента, приведенного в рамках этой практики. Однако Суд не признал, что имели место самостоятельные противоправные деяния систематического характера. Ирландия могла жаловаться лишь на то, что имела место практика, состоящая из серии нарушений статьи 7 Конвенции, и требовать ее прекращения. В этой связи Суд заявил следующее:

"Практика, несовместимая с Конвенцией, заключается в совокупности идентичных или аналогичных нарушений, которые достаточно многочисленны и взаимосвязаны для того, чтобы составлять не просто самостоятельные инциденты или исключения, а определенную последовательность или систему; практика сама по себе не составляет нарушения, отличного от указанных нарушений ... Концепция практики имеет особое значение для действия нормы об исчерпании внутренних средств защиты. Эта норма, закрепленная в статье 26 Конвенции, применяется к заявлениям государств таким же образом, как она применяется к заявлениям отдельных лиц ... В то же время эта норма, в принципе, не применяется в том случае, когда государство-заявитель жалуется на практику как таковую с целью пресечь ее продолжение или возобновление, однако не просит Комиссию или Суд выносить решение по каждому случаю, представленному в качестве доказательства или иллюстрации такой практики"²³⁶.

²³⁶ ECHR Ser. A, No. 25 (1978), at p. 64 (para. 159); see also *ibid.*, at p. 63 (para. 157).

В отличие от этого в случае преступлений против человечности составное деяние является нарушением, отдельным от индивидуальных нарушений прав человека, из которых оно состоит.

124. По этим причинам Специальный докладчик временно выступает за сохранение понятия составных противоправных деяний, закрепленного в статьях 18(4) и 25(2), предусмотрев, однако, что оно распространяется только на так называемые "систематические обязательства". К ним относятся обязательства, возникающие на основании первичных норм, которые определяют противоправное поведение как носящее составной или систематический характер (как в случае геноцида или преступлений против человечности). Такие систематические обязательства имеют достаточно важное значение в международном праве для обоснования особого подхода как в плане сроков их совершения, так и в плане применения интертемпорального права. Что касается обязательств, возникающих в силу других первичных норм, то эти вопросы могут быть надлежащим образом рассмотрены путем толкования и применения конкретной нормы.

Режим сложных деяний в статьях 18(5) и 25(3)²³⁷

125. Сложные деяния определяются в статьях 18(5) и 25(3) как деяния, "состоящие из действий или бездействий одного и того же органа или различных органов государства применительно к одному и тому же казусу". В режиме сложных деяний в статьях 18(5) и 25(3) в значительной мере отражен подход Специального докладчика Аго к вопросу об исчерпании внутренних средств защиты (статья 22), который обсуждается ниже. Согласно этому подходу неэффективность какого-либо внутреннего средства защиты сама по себе является составной частью сложного деяния государства, а следствием этого является то, что в случаях, когда применяется норма об исчерпании внутренних средств защиты, противоправность наступает тогда, когда налицо неэффективность внутреннего средства защиты, а до этого момента она лишь предполагается²³⁸.

126. Между тем понятие сложного деяния в плане его действительности не зависит от принятия этой точки зрения на норму о внутренних средствах защиты, и можно приветствовать такие примеры сложных деяний по смыслу статьи 25(3), которые не связаны с исчерпанием внутренних средств защиты. Например, гарантия от дискриминации, согласно статье XIII(1) ГАТТ легко может быть нарушена сложным деянием государства-импортера. Точно так же в случае отказа в правосудии, когда первоначальное противоправное деяние в отношении соответствующего индивидуума само по себе не присваивается государству²³⁹, отказу в правосудии могли быть равнозначны последовательная неэффективность полиции, нижестоящих судов и любых имеющихся апелляционных инстанций вместе взятых в плане удовлетворения жалоб этого лица. Такое "сложное деяние" государства, если оно не отвечает соответствующему международному стандарту, будет связано с нарушением международного права.

²³⁷ См., в особенности, J.J.A. Salmon, "Le fait étatique complexe: une notion contestable", Annuaire français de droit international, 28 (1982), pp. 709-738; E Wyler, L'Illicite et la condition des personnes privées (Paris, Pedone, 1995), pp. 74-81.

²³⁸ См. пункты 138 и 139 ниже.

²³⁹ В числе многочисленных примеров см., в частности, the Janes Claim, 4 UNRIAA 82 (US-Mexican General Claims Commission, 1926), когда первоначальное убийство Джейнса было сугубо самостоятельным деянием.

127. Согласно статье 25(3) в таких случаях нарушение происходит лишь в "момент совершения последнего образующего элемента указанного сложного деяния". Однако "временем нарушения является весь период" сложного деяния, и согласно статье 18(5) принцип интертемпорального права соблюден, если первое деяние из серии происходит тогда, когда обязательство находилось в силе для этого государства, даже если впоследствии оно утратило силу.

128. Эти посылки можно проверить на примере фактов по делу Габчиково-Надьмарош. Поведение Чехословакии при осуществлении варианта С явно представляло собой сложное деяние. Оно заключалось в серии действий разных органов государства и частной компании, выполнявшей функции строителя и оператора проекта. Суд постановил, что противоправное деяние было совершено лишь после того, как в октябре 1992 года²⁴⁰ воды Дуная были фактически отведены. При этом, как очевидно, он применял закон, действовавший в тот момент, а не ранее. Если бы аргумент Венгрии, основанный на факте прекращения в мае 1992 года (т.е. на коренном изменении обстоятельств), возобладали, то закон, действовавший в октябре, был бы иным²⁴¹. Таким образом, вместо того, чтобы рассматривать весь период с октября 1991 года и далее как время совершения правонарушения, Суд установил момент, в который правонарушение было по существу завершено, несмотря на предшествующие приготовления, и применил закон, действовавший в момент нарушения.

129. Еще один гипотетический пример позволяет сделать то же заключение. Предположим, что государство А соглашается в двустороннем инвестиционном договоре на то, что в течение трех лет оно не будет экспроприировать конкретное имущество и что после этого оно уплатит определенную компенсацию за любую экспроприацию. Предположим далее, что через два с половиной года оно начинает вводить ограничения на использование этого имущества и что после первых трех лет действие ряда ограничений приводит к тому, что имущество теряет свою ценность, а через несколько месяцев конфисковывается. Этот процесс экспроприации однозначно представляет собой "сложное деяние", между тем из трех содержащихся в проекте статей посылок по крайней мере две к нему не применимы. Во-первых, нет оснований утверждать, что последний акт из серии деяний представляет собой момент нарушения; с учетом этих фактов вполне может быть и так, что экспроприацию можно будет считать завершенной в более раннюю дату. Во-вторых, если ограничения, установленные в течение трехлетнего периода, сами по себе не равнозначны экспроприации²⁴², то не будет оснований для применения закона, действовавшего в течение этих трех лет, к более позднему поведению этого государства, и средством защиты в связи с экспроприацией будет уплата оговоренной суммы.

130. Предусматриваемый в проекте режим статей "сложных деяний" уязвим также и в других отношениях. Например, проведено четкое разграничение между составными и сложными деяниями. В случае составных деяний отыскивается первое деяние из серии, которое в совокупности с предшествующими деяниями является достаточным для того, чтобы констатировать нарушение (его можно называть "кульминационным деянием"). В случае сложных деяний

²⁴⁰ См. пункт 104 выше.

²⁴¹ Тогда бы этот вопрос регулировался Конвенцией о пограничных водах 1976 года, за исключением *lex specialis* - договора 1977 года.

²⁴² Cf. Foremost Tehran Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran (1986), 10 Iran-US CTR 228, когда арбитраж по рассмотрению требований Ирана и Соединенных Штатов постановил, что указанные деяния не представляют собой экспроприации к дате прекращения действия юрисдикции Трибунала.

отыскивается последнее деяние из серии. Зачем нужна такая дифференциация - не поясняется. В момент, когда совершается кульминационное деяние, может быть неясно, что за ним последуют другие деяния и что серия не завершена. Однако если до этого момента потерпевшее государство с полным основанием может утверждать, что противоправное деяние было совершено, тогда почему оно не может действовать, исходя из этого, в данный момент? Аналогичное возражение можно сформулировать, сославшись на интертемпоральную норму, предусмотренную в статье 18(5). Пока серия не завершена, невозможно точно знать, каким образом характеризовать противоправное деяние: например, о чем идет речь в деле Foremost-Mckesson - о случае дискриминации в отношении иностранного акционера или о фактической экспроприации²⁴³. Между тем применение закона, который действует в момент совершения первого деяния из серии, может зависеть от того, каким образом характеризуется серия в целом. В этой связи вопрос об интертемпоральном праве приобретает неопределенный и в некоторой степени субъективный характер. Это усугубляется тем, что разграничение между составными и сложными деяниями зависит от того, какой "казус" определяется как соответствующий, но и это может быть сделано по-разному. Например, в деле Ирландия против Соединенного Королевства заявитель может сделать упор на "практику", отдельные инциденты из которой просто являются примерами. Превращается ли тогда практика в "казус" или же это отдельные инциденты, которые приводятся как частные случаи для доказывания наличия этой практики²⁴⁴? Разграничение между сложными и составными деяниями зависит от неопределенного понятия "казуса", между тем важные последствия в плане интертемпорального права заставляют использовать это разграничение. Вопросы такой важности не должны зависеть от того, каким образом потерпевшее государство решит сформулировать свой иск. В любом случае далеко не ясно то, почему в принципе закон, действующий в момент совершения первого акта из серии, должен применяться ко всей серии. Либо отдельные акты должны оцениваться отдельно, и в этом случае должен применяться закон, действующий в момент совершения каждого из них, либо они должны оцениваться как серия, и в этом случае в равной степени уместным представляется использование нормы, применимой к составным деяниям. Ни в том, ни в другом случае нет оснований для того, чтобы "замораживать" применимое право на тот момент, каким оно было в дату начала сложного деяния²⁴⁵.

131. По этим причинам рекомендуется исключить пункты 18(5) и 25(3), а вместе с ними и понятие "сложного деяния"²⁴⁶. Насколько можно судить, у международных судебных и

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ См. также встречный иск Соединенных Штатов по делу о нефтяных платформах, I.C.J. Reports 1998 (Order of 10 March 1998), в котором также основной упор сделан на общую ситуацию, а не отдельные эпизоды.

²⁴⁵ Одна из неназванных причин для наличия ретроспективного элемента в статье 18(5) заключалась в том, что это необходимо для защиты статьи 22. Согласно этой статье исчерпание внутренних средств защиты является частью нарушения, а не только условием приемлемости дипломатического требования, и составляет сложное деяние. Однако в таких случаях совершенно ясно, что значение имеет закон, действовавший в момент причинения увечья, а не закон, действующий в момент исчерпания внутренних средств защиты. См. пункты 143 и 144 ниже.

²⁴⁶ Помимо комментариев правительств (рассмотренных в пункте 99 выше), этот вывод получил решительную поддержку в литературе. Так, Салмон, loc. cit. at p. 738, называет понятие сложных деяний "запутанным ..., опасным ... [и] бесполезным". Повелин, (продолжение...)

арбитражных органов не возникало проблем при рассмотрении таких деяний как с точки зрения времени их совершения, так и с точки зрения интертемпорального права, и в проекте статей, по всей видимости, никаких особых положений для них не требуется.

Временная классификация обязательств предотвращения: статья 26

132. Статья 26 тесно связана со статьей 23, и комментарии, которые уже были сделаны в отношении статьи 23, в равной степени относятся к статье 26. Действительно, существуют "чистые" обязательства предотвращения, как они описаны в комментарии. Они являются подлинными обязательствами предотвращения в том смысле, что до тех пор, пока не произойдет предполагаемое событие, нарушение не имеет места. В то же время государство не гарантирует, что событие не произойдет; оно взяло на себя обязательство предпринять максимальные усилия для его предотвращения, причем содержание и строгость этого обязательства зависят от первичной нормы. Однако, как отмечалось выше, не все обязательства, направленные на предотвращение какого-либо события, являются обязательствами этого рода, и функция проекта статей не заключается в том, чтобы свести все такие обязательства к единой форме.

133. Еще одна сложность с формулировкой статьи 26 заключается в том, что она предполагает, что наступление события, имеющего длящийся характер, будет связано с длящимся нарушением со стороны государства, которое виновно в том, что не предотвратило его. Это вполне может иметь место, например, с обязательством предотвращать трансграничный ущерб путем загрязнения воздуха, что было установлено в арбитражном разбирательстве по делу Trail Smelter²⁴⁷, или обязательством предотвращать вторжение в дипломатические помещения²⁴⁸. Но и в этом случае возможны такие обстоятельства, когда дело будет выглядеть иначе, например в случае, когда событие, после того как оно случилось, становится необратимым или его продолжение не причиняет более ущерба потерпевшему государству. В качестве примера можно взять обязательство государства А не допускать опубликования определенных сведений. Нарушение такого обязательства не будет непременно носить длящийся характер, поскольку, после того как сведения опубликованы, это обязательство полностью оказывается нарушенным по своей сути. В этой связи необходимо включить в статью 26 условия, добавив такую же фразу, которая содержится в статье 25(1) ("и остается не соответствующим международному обязательству").

134. При условии включения такого положения статья 26 превращается в полезное дополнительное условие к предлагаемой статье, касающейся завершенных и длящихся противоправных деяний. Целесообразно подчеркнуть, что в случае обязательств предотвращения с наступлением события обычно будет возникать длящееся противоправное деяние (т.е. если только само событие не прекратится или обязательство не будет больше к нему применяться). Действительно, в таких случаях противоправное деяние может постепенно усугубляться тем обстоятельством, что оно не будет остановлено. В силу этого было бы разумно, как представляется, включить это положение

²⁴⁶ (...продолжение)

loc. cit., at p. 428, называет статью 25(3) "весьма спорной". См. также Karl, loc. cit., p. 102; Wyler, *L'Illicite et la condition des personnes privées* (Paris, Pedone, 1995), p. 89; Brownlie, *State Responsibility*, p. 197 ("ценность которой сомнительна").

²⁴⁷ (1938, 1941) 3 UNRIAA 1905.

²⁴⁸ См. Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at pp. 35-36.

как новый пункт к предлагаемой статье, касающейся разграничения между завершёнными и длящимися противоправными деяниями.

Выводы по статьям 18(3)-(5) и 24-26

135. По этим причинам рекомендуется заменить статьи 18(3)-(5) и 24-26 двумя статьями: одной, касающейся разграничения между завершёнными и длящимися противоправными деяниями, другой - о нарушении определенных обязательств систематического или составного характера²⁴⁹.

h) Статья 22: Исчерпание внутренних средств правовой защиты

136. Статья 22 предусматривает следующее:

"Если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным обязательством о соответствующем обращении с иностранными физическими или юридическими лицами, но из указанного обязательства следует, что данный или эквивалентный результат может тем не менее быть обеспечен последующим поведением государства, нарушение этого обязательства налицо лишь в том случае, если данные физические или юридические лица безуспешно исчерпали доступные им эффективные внутренние средства правовой защиты в целях достижения предусмотренного этим обязательством соответствующего обращения или, если это было недостижимо, эквивалентного обращения".

137. Судя по заголовку, статья 22 касается хорошо известного принципа исчерпания внутренних средств правовой защиты ("обращение с иностранными физическими или юридическими лицами"). Это анализируется в рамках "сложных" обязательств результата, отраженных в статье 21(2).

138. В подробном комментарии к статье 22 упор сделан именно на этом моменте. В случае обязательств в области дипломатической защиты:

"Если [потерпевшие иностранцы] не предпринимают никакого действия, положение, создавшееся вследствие первоначального поведения государства, противоречащего результату, предусматриваемому международным обязательством, не может быть исправлено последующим действием государства, способным заменить это положение другим, соответствующим результату, предусматриваемому обязательством... В этом случае налицо совершенно иное положение, чем в случае, когда, несмотря на действительно предпринятые заинтересованными частными лицами шаги с целью соответствующего исправления, положение, созданное первоначальным поведением, подтверждается новым поведением государства, также несовместимым с результатом, предусматриваемым международным обязательством"²⁵⁰.

Между тем это предполагает, что отказ в предоставлении внутреннего средства правовой защиты сам по себе будет международно-противоправным. Это может произойти, когда местный суд допускает дискриминацию в отношении иностранца или принимает произвольные решения, противоречащие применимым стандартам обращения. В других случаях исчерпание внутренних средств правовой защиты не будет влечь за собой какого-либо нового или длящегося

²⁴⁹ См. предлагаемый текст в пункте 156 ниже.

²⁵⁰ Комментарий к пункту (3) статьи 22.

противоправного поведения. Оно лишь подтвердит, что в соответствии с внутренними законами и процедурами государства-ответчика других внутренних средств защиты больше нет²⁵¹. В таких случаях внутренние средства защиты представляют собой неэффективный способ лечения, а не часть самой болезни.

139. В комментарии далее говорится:

"Если до тех пор, пока условия исчерпания внутренних возможностей не выполнены, ущемленное в правах государство не имеет возможности требовать исправления международно-противоправного деяния, которое было совершено ему в ущерб по отношению к личности или имуществу его гражданина, то это означает, что его новое право на возмещение ущерба, понесенного им, еще не возникло. Иными словами, нарушение обязательства, налагаемого договором, пока не имело место или, по крайней мере, не появилось окончательно"²⁵².

Между тем то обстоятельство, что третье государство не может поддерживать иск о возмещении за ущерб его гражданам до тех пор, пока не исчерпаны внутренние средства правовой защиты, не означает, что это государство не имеет правового интереса в обеспечении защиты на более раннем этапе²⁵³. Например, оно может быть весьма заинтересовано в прекращении противоправного деяния.

Комментарии правительств по статье 22

140. Франция предлагает четко указать, что исчерпание внутренних средств правовой защиты "ограничивается дипломатической защитой"²⁵⁴. Германия высказывает сомнения как по поводу места, так и по поводу целесообразности статьи 22 и отмечает, что она не должна применяться "в случаях серьезных нарушений правовых норм обращения с иностранцами, которые одновременно представляют собой нарушения [их] прав человека"²⁵⁵. Соединенное Королевство идет далее, всячески отстаивая "процессуальный" взгляд на норму об исчерпании внутренних средств защиты²⁵⁶. В то же время оно предлагает, чтобы эта норма применялась к ущербу, причиненному за пределами территории государства-ответчика, за исключением, пожалуй, случаев серьезных нарушений²⁵⁷.

²⁵¹ См. рассмотрение местных средств правовой защиты в деле ЭЛСИ: Case concerning Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI), I.C.J. Reports 1989, p. 15.

²⁵² Комментарий к пункту (15) статьи 22.

²⁵³ Cf. Phoshates in Morocco (Preliminary Objections), P.C.I.J., Ser A/B, No. 74 (1938), at p. 28. См., однако, комментарий к пункту (59) статьи 22.

²⁵⁴ A/CN.4/488, стр. 77.

²⁵⁵ Там же, стр. 78.

²⁵⁶ Там же, стр. 78-80. Та же точка зрения высказана Германией в ее комментарии 1981 года: Ежегодник Комиссии международного права, 1981 года, том II, часть первая, стр. 75 и 76 англ. текста.

²⁵⁷ A/CN.4/488, стр. 79.

Сфера применения нормы об исчерпании внутренних средств защиты

141. Норма об исчерпании внутренних средств защиты была названа камерой Суда при рассмотрении дела ЭЛСИ "важной нормой международного права"²⁵⁸. В контексте иска, предъявленного от имени лица (в том числе корпорации) государства-истца, камера кратко охарактеризовала эту норму следующим образом:

"чтобы международный иск [от имени отдельных физических лиц или корпораций] был приемлемым, достаточно, чтобы иск по существу был предъявлен в компетентные суды и рассмотрен, насколько это позволяют местные законы и процедуры, причем безрезультатно"²⁵⁹.

Таким образом, камера использовала эту норму как относящуюся к допустимости исков в рамках дипломатической защиты. Исчерпание внутренних средств правовой защиты она рассматривала как в принципе отдельное от "существа дела"²⁶⁰. Таково традиционное понимание этой нормы.

142. В отличие от этого в статье 22 предлагается исчерпание внутренних средств защиты в рамках статьи 21(2) в следующей формулировке: "если поведение государства создало ситуацию, не соответствующую результату, предусмотренному международным обязательством о соответствующем обращении с иностранными ... лицами ... но из указанного обязательства следует, что данный или эквивалентный результат может, тем не менее, быть обеспечен последующим поведением государства". В таких случаях согласно статье 22 нарушение обязательства происходит лишь в том случае и тогда, когда эффективные внутренние средства защиты исчерпаны. В этой связи необходимо отметить несколько моментов.

143. Между тем, большинство ситуаций, охватываемых нормой об исчерпании внутренних средств защиты, не носит такого характера²⁶¹. Например, существует общее международное обязательство для всех государств не допускать произвольной дискриминации в отношении иностранцев. Точное содержание этого обязательства в данном случае нас не должно беспокоить. Проблема заключается в том, что, как очевидно: а) норма об исчерпании внутренних средств защиты применяется к искам, связанным с нарушением этого обязательства, и б) что этого, однако, не происходит в том случае, когда государство имеет возможность допускать дискриминацию в отношении иностранцев при условии, что оно уплачивает им компенсацию²⁶². В первую очередь оно обязано не допускать дискриминации. В таких случаях нарушение международного права происходит в тот момент, когда такое обращение имеет место. Нарушение не переносится на более позднюю дату, когда исчерпаны внутренние средства защиты или когда предложено какое-то эквивалентное возмещение. В таких случаях, когда нарушение

²⁵⁸ Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J. Reports 1989, p. 15, at p. 42 (para. 50). See also Interhandel Case, I.C.J. Reports 1959, p. 6, at p. 27.

²⁵⁹ I.C.J. Reports 1989, p. 15, at p. 46 (para. 59).

²⁶⁰ Ibid., p. 48 (para. 63).

²⁶¹ См. пункт 74 выше.

²⁶² См. пункты 62 и 63 выше.

международного права уже произошло, исчерпание внутренних средств защиты является стандартным процессуальным условием допустимости иска²⁶³.

144. Действительно, есть случаи, когда "обязательство допускает, чтобы этот эквивалентный результат, тем не менее, был достигнут с помощью последующего поведения государства". В качестве примера можно использовать содержащееся во многих двусторонних договорах о защите инвестиций общее положение о том, что инвестиции не могут быть экспроприированы, "иначе как для общественного блага, без дискриминации, с соблюдением законности и с выплатой компенсации"²⁶⁴. В случае, когда происходит недискриминационная экспроприация без выплаты компенсации, суть нарушения заключается в невыплате компенсации, и можно считать, что такая невыплата имела место в момент, следующий за экспроприацией. Вместе с тем невыплата теоретически по-прежнему отличается от исчерпания внутренних средств судебной защиты, и нарушение в таком случае будет иметь место в момент окончательной невыплаты компенсации независимо от того, как произошла эта невыплата²⁶⁵.

145. Могут быть также случаи, когда непредоставление адекватных внутренних средств защиты само по себе является значимым международно-противоправным деянием. Это происходит, например, когда ущерб иностранцу причиняется поведением, не присваиваемым государству²⁶⁶,

²⁶³ В этой связи норма об исчерпании внутренних средств защиты может не применяться, как отметила камера при рассмотрении дела ЭЛСИ: I.C.J. Reports 1989, p. 15, at p. 42 (para. 50). См. также резолюцию по норме об исчерпании внутренних средств защиты, принятую Институтом международного права в 1956 году; согласно этой резолюции "данная норма не применяется ... в случаях, когда ее применение было исключено соглашением соответствующих государств" (Annuaire ..., vol. 46, 1956, p. 358). Однако если нарушения нет, то прежде всего не будет международного иска. То же самое можно отметить и в отношении тех случаев, когда было признано, что государство лишено возможности ссылаться на исчерпание внутренних средств защиты ввиду того, что оно не сделало этого на предварительной стадии: например ECHR, Aydin v. Turkey, judgement of 25 September 1997. See also Ireland v. United Kingdom Case, ECHR, Series A, vol. 25 (1978), cited above, para. 123.

²⁶⁴ См., например, соглашение между Китайской Народной Республикой и Францией о взаимном поощрении и защите инвестиций, Париж, 30 мая 1984 года, статья 4(2): (1985) 24 ILM 550.

²⁶⁵ Например, принятие закона, допускающего экспроприацию имущества и прямо исключающего любую компенсацию, будет представлять собой нарушение такого договорного положения, однако норма об исчерпании внутренних средств защиты будет предварительным условием допустимости международного иска от имени любого лица, подвергшегося такой экспроприации. Так, например, потерпевшему собственнику может потребоваться оспорить конституционность этого закона, если это юридически возможно. См., например, решение Европейского суда по правам человека по делу Lithgow and Others, ECHR, vol. 102 (1986), at p. 74 (para. 206); и решение Европейской комиссии по правам человека No. 27/55 от 31 мая 1956 года в European Commission of Human Rights, Documents and Decisions, 1955-1956-1957, p. 139.

²⁶⁶ См. решения Комиссии по общим претензиям между Мексикой и Соединенными Штатами Америки по делу Неера (1926) 4 UNRIAA pp. 60-66, и Джеймса (1926), *ibid.*, pp. 82-98.

или когда нарушение связано с нарушением установленных процессуальных стандартов, закрепленных в договоре или общем международном праве, и оно происходит в момент, когда предпринимается попытка получить удовлетворение²⁶⁷. Однако это явно не та ситуация, которая предусматривается в статье 22, поскольку в таких случаях основанием иска, предъявленного в государственном суде, не является сама по себе "ситуация, не соответствующая результату, предусмотренному международным обязательством [применительно к государству]". Эта ситуация, скорее, наступает позднее, когда уже собственные действия суда противоречат обязательству государства.

В какой момент совершается нарушение международного права, связанное с обращением с иностранцами?

146. Формулировка статьи 22 весьма напоминает довод Италии в деле о фосфатах в Марокко (предварительные возражения)²⁶⁸. В этом случае Франция признала только юрисдикцию суда в отношении "ситуаций или фактов, имевших место после" 1931 года. Частично иск Италии был связан с лишением нескольких итальянских граждан имущества в результате решения управления шахт Марокко, принятого в 1925 году. Было отмечено, что решение 1925 года "стало окончательным только в результате определенных действий, имевших место после критической даты и окончательного отказа устранить каким-либо образом ситуацию, созданную в 1925 году", и что этот отказ имел место только после 1931 года²⁶⁹. Суд отклонил этот довод (11 голосами против 1). По его мнению, решение 1925 года было незаконным и последующий отказ изменить это решение просто обозначил "один из этапов в обсуждении, которое началось" после решения 1925 года, и не представлял собой самостоятельного источника для жалобы:

"именно в этом решении мы должны усмотреть нарушение международного права - окончательное деяние, которое само по себе могло непосредственно повлечь международную ответственность. Поскольку это деяние присваивается государству и квалифицируется как противоречащее договорному праву другого государства, международная ответственность в отношениях между двумя государствами возникает немедленно. В этих обстоятельствах предполагаемый отказ в правосудии ... просто приводит к тому, что незаконное деяние продолжает существовать"²⁷⁰.

Как предполагает эта формулировка, Суд не затрагивал вопрос о том, было ли связано предполагаемое незаконное поведение Франции от имени Марокко с делящимся противоправным

²⁶⁷ См. например, статью 6 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, статью 2(3) Международного пакта о гражданских и политических правах, статью 13 Европейской конвенции о правах человека и статью 25 Американской конвенции о правах человека.

²⁶⁸ P.C.I.J., Series A/B, No. 74 (1938). Обсуждение этого дела см. в комментарии к статье 22, пункты 25-28.

²⁶⁹ *Ibid.*, at p. 27.

²⁷⁰ *Ibid.*, at p. 28.

деянием; по сути, Суд дал понять, что такое деяние имело место²⁷¹. Вопрос заключался в том, возникла ли предполагаемая противоправность до 1931 года для целей применения факультативной оговорки Франции, и Суд дал на это утвердительный ответ. Такое определение (хотя оно и касается юрисдикции Суда, а не ответственности государств по существу) прямо противоречит формулировке статьи 22²⁷².

Выводы по статье 22

147. По этим причинам (в дополнение к тем, которые были изложены в связи со статьями 21 и 25(3) статья 22 неуместна. Вопрос заключается в том, следует ли ее просто исключить или заменить каким-то другим положением, касающимся исчерпания внутренних средств защиты. Есть доводы в пользу простого исключения, поскольку в целом в сферу проектов статей не входят вопросы допустимости международных исков. Кроме того, удовлетворительная формулировка нормы о внутренних средствах защиты потребовала бы более чем одной статьи. К числу вопросов, которые необходимо обсудить, относятся определение "внутренних средств защиты" и их исчерпания²⁷³, разграничение между "прямыми" исками государства к государству (к которым эта норма не применяется) и "косвенными" исками в рамках дипломатической защиты (к которым она применяется)²⁷⁴, применение нормы о внутренних средствах защиты к другим делам, например затрагивающим нарушения прав человека независимо от гражданства²⁷⁵,

²⁷¹ С этим судья ван Эйсинга согласился. Он не согласился с толкованием заявления Франции: at pp. 34-35. Судья Чен подчеркнул, что "монополия, хотя она и была учреждена законодательством 1920 года, сегодня по-прежнему существует. Если это противоправно, то это противоправно не только с точки зрения ее создания, но и продолжения" (at p. 36). Эта посылка, бесспорно, была правильной, однако она не дает ответа на поднятый вопрос. Оговорка Франции была сформулирована следующим образом: "... в отношении всех споров, которые возникнут после ратификации настоящей декларации по поводу ситуаций или фактов, имевших место после этой ратификации" (подчеркнуто автором). Суд, принимая ограничительное толкование французской оговорки, заявил, что спор и был связан, и возник из ситуаций или фактов, имевших место до критической даты: at pp. 24, 26-27. Для Суда было неважно, что эти ситуации или факты послужили основанием для возникновения длящегося противоправного деяния, происходящего во времени и после критической даты. После этой даты никакого нового спора не возникло, а имело место лишь продолжение существующего спора.

²⁷² См. также the Finnish Ships Arbitration, UNRIAA, vol. III (1934), at p. 1484, и the Panevezys-Saldutiskis Railway Co. case, P.C.I.J., Ser. A/B, No. 76 (1939).

²⁷³ Кратко рассматривается в комментарии к статье 22, пункты 47-51.

²⁷⁴ Смежный вопрос заключается в том, распространяется ли норма об исчерпании внутренних средств защиты на ущерб, причиненный государственным органам, агентам или корпорациям: см. комментарий к статье 22, пункты 43-45.

²⁷⁵ Комиссия решила, что было бы преждевременно высказывать мнение по этому вопросу, отметив, что договоры о правах человека содержат четкое положение на эту тему: комментарий к статье 22, пункт 46. По поводу нормы об исчерпании внутренних средств защиты в связи с нарушениями обязательств в области прав человека см., среди прочего, C.F. Amerasinghe, "The Rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of International Systems" (продолжение...)

применение этой нормы к ущербу, возникшему за пределами территории государства ответчика²⁷⁶, вопрос о том, должно ли быть предусмотрено исключение к этой норме для случаев тяжких нарушений или массовых нарушений²⁷⁷ и вопрос об отказе от применения этой нормы²⁷⁸. Эти вопросы будут рассмотрены далее Комиссией в рамках ее работы по теме дипломатической защиты²⁷⁹. Вместе с тем иски от имени иностранцев исторически всегда были главным основанием для ответственности государств, и норма об исчерпании внутренних средств защиты препятствует предъявлению исков в связи с нарушением международного обязательства, что обсуждается в главе III. Удовлетворительного баланса можно бы было достичь путем изменения формулировки статьи 22, сделав ее клаузулой "без ущерба для" и предоставив возможность Комиссии обсудить детали ее применения в рамках работы по дипломатической защите²⁸⁰.

148. Что касается места предлагаемой статьи, то, как представляется, ее следует включить во вторую часть проекта статей, поскольку она касается, скорее, реализации ответственности, чем ее происхождения. Пока же, однако, эта статья может оставаться в главе III. Вопрос о месте можно будет вновь рассмотреть после того, как будет определено содержание второй части.

3. Прочие вопросы, связанные с нарушением международного обязательства

²⁷⁵ (...продолжение)
for the Protection of Human Rights", Z.a.ö.R.V., vol. 28, 1968, p. 257; A.A. Cançado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights, Cambridge University Press, Cambridge, 1983; J. Guinand, "La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", Revue belge de droit international, vol. 4, 1968, p. 471; D. Sulliger, L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des Droits de l'homme (Imprimerie des Arts et Métiers, Lausanne, 1979); Wyler, L'Illicite et la condition des personnes privées (Paris, Pedone, 1995), pp. 65-89.

²⁷⁶ Это подробно обсуждается в комментарии к статье 22, пункты 38-42.

²⁷⁷ См. Ireland v. United Kingdom, ECHR, Series A, vol. 25 (1978).

²⁷⁸ По поводу нормы об исчерпании внутренних средств защиты в целом см. далее C.F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law, Grotius, Cambridge, 1990; A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, vol. 65, 1978, 157; J. Chappez, La règle de l'épuisement des voies de recours internes (Paris, Pedone, 1972); K. Doebring, "Local Remedies, Exhaustion of", in R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, vol. 1, 1981, pp. 136-140; G. Perrin, "La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la C.D.I.", Festschrift für R. Bindschedler, Stämpfli, Bern, 1980, pp. 271-291.

²⁷⁹ См. М. Беннуна, Предварительный доклад по дипломатической защите, A/CN.4/484 (1998 год), особенно пункты 18 и 55.

²⁸⁰ Текст предлагаемого положения см. в пункте 156 ниже.

/...

149. В рамках главы III необходимо рассмотреть еще два вопроса.

а) Действие международных обязательств в пространстве и вопросы, связанные с нарушением

150. Первый вопрос касается потенциальной релевантности соображений *ratione loci* в связи с нарушением международного обязательства. В статьях 12 и 13 (принятых в первом чтении) рассматривается поведение одного государства или организации на территории другого государства. В них предусматривается, что место такого поведения как таковое не является основанием для присвоения его принимающему государству. Однако в части третьей отсутствует статья, в которой рассматривается "пространственный аспект противоправности"²⁸¹. Это немного парадоксально. Трудно представить себе, что место является решающим фактором для присвоения (будь то поведение государства или нет)²⁸², в то время как не вызывает никаких сомнений, что место совершения деяния (на территории государства или, по крайней мере, на территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем) может иметь самое непосредственное отношение к вопросу о том, было ли нарушено обязательство. Связь между этими двумя аспектами получила свое классическое отражение в высказывании арбитра Губера в деле "Spanish Zone of Morocco Claims" о том, что "как представляется, ответственность одного государства, наступающая при определенных обстоятельствах перед другим государством по отношению к гражданам последнего, всегда рассматривается как ограниченная событиями, происшедшими на территории ответственного государства. Ответственность и территориальный суверенитет оказывают друг на друга взаимное воздействие"²⁸³. Более недавней формулировкой является формулировка Международного Суда в заключении по делу о Намибии, в которой говорится, что "физический контроль над территорией, а не суверенитет или законность титула является основой ответственности государства за действия, затрагивающие другие государства"²⁸⁴. Многие первичные нормы сформулированы со ссылкой на территориальную привязку поведения: например, норма, на которую сослался Суд в

²⁸¹ По описанию Вайлера - как один из нескольких подходов к решению проблемы: E. Wyler, L'Illicite et la condition des personnes privées (Paris, Pedone, 1995), pp. 92-119.

²⁸² Отчасти по этой причине исключение статей 12 и 13 было рекомендовано и утверждено в предварительном порядке Комиссией в 1998 году: первый доклад A/CN.4/490/Add.5, пункты 252-262.

²⁸³ (1924) 2 UNRIAA, p. 630, at p. 636. Рассматривался вопрос об ответственности Испании за поведение ее граждан в международной зоне Танжера. Впоследствии, рассматривая претензию 28, арбитр постановил следующее:

"Если ущерб нанесен в международной зоне, то ответственность властей испанской зоны может наступать лишь в двух случаях, а именно: если они не препятствовали организации на подведомственной им территории групп бандитов, которые проникли в международную зону; если они не выполнили свои обязанности, связанные с судебным преследованием за преступления, совершенные лицами, находящимися в зоне, за управление которой эти власти отвечают".

Ibid., at pp. 699-700. См. далее *ibid.*, at pp. 707-710.

²⁸⁴ I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 54, а также см. материалы обсуждений в первом докладе, A/CN.4/490/Add.5, пункты 253-254.

деле об инциденте в проливе Корфу, заключается в том, что на каждом государстве лежит обязательство "не разрешать осознанно использовать свою территорию для совершения деяний, нарушающих права других государств"²⁸⁵.

151. В поддержку включения положения по этому вопросу можно привести статью 29 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой идет речь о территориальной сфере действия договоров. Она предусматривает следующее:

"Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то договор обязателен для каждого участника в отношении всей его территории".

Статья 29 может быть истолкована как подразумевающая *a contrario*, что договоры *prima facie* не имеют обязательной силы для их участников в отношении поведения, имеющего место за пределами их территории. Однако это, разумеется, не так. Охватывает ли договор поведение государства-участника за рубежом, зависит от толкования договора, и, как представляется, в данном случае какие-либо презумпции отсутствуют. В некоторых случаях (например, договоры о единообразных законах или нормы, касающиеся режима иностранных инвестиций) из договора или его объекта и цели будет явствовать, что речь идет только о предполагаемом поведении государства на его собственной территории. Однако во многих других случаях государство будет брать на себя ответственность в отношении своего поведения независимо от того, где оно имеет место. Например, обязательства государств не совершать геноцид или не применять пытки применяются по отношению к их поведению в любой части мира²⁸⁶. Вместе с тем справедливо, что сфера действия некоторых обязательств может отличаться применительно к территории государства и его поведению за рубежом; например, существует более широкий круг ситуаций, в которых государство может применять вооруженную силу на своей собственной территории по сравнению с применением силы на территории иностранного государства или в открытом море.

152. Таким образом, вместо решения общего вопроса о сфере охвата договорных обязательств с точки зрения *ratione loci* (как это может показаться), статья 29 Венской конвенции в действительности касается вопроса о том, связано ли государство договором в отношении всех входящих в его состав территорий (включая составные части федеративного государства, заморские территории и т.д.). Этот вопрос в ясно выраженной форме решается во многих договорах, однако если он не решен, то договор применяется ко всей территории каждого государства-участника. Так, государство не может заявлять о том, что оно не обязано выполнять договор применительно к поведению, имеющему место, например, во входящей в его состав колонии или провинции. В статье 29 не рассматривается вопрос о том, действует ли договорное обязательство лишь в отношении конкретной территории или же оно действует в отношении поведения государства, независимо от того, где оно имеет место²⁸⁷.

²⁸⁵ I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 22.

²⁸⁶ Как постановил Суд в деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Югославии) (Предварительные возражения), I.C.J. Reports 1996, p. 595, at p. 616 (para. 31).

²⁸⁷ В своем комментарии к этому положению (статья 25 проекта 1966 года), которое гласит следующее: "Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то сфера применения договора распространяется на всю территорию каждого участника", Комиссия упомянула предложения правительств включить в эту статью вопрос об

(продолжение...)

153. Статья 29, как и конкретные положения о территориальном применении в договорах, касается сферы охвата обязательства, а не вопросов, связанных с его нарушением. В проектах статей используются первичные нормы международного права в их существующем виде как источник обязательств. Они не касаются вопросов территориальной сферы охвата первичных норм в большей степени, чем каких-либо других вопросов, связанных с их содержанием или толкованием. Верно, что события за прошедшие 15 лет, например дело Соринга²⁸⁸, дело Лоизиду²⁸⁹ и дело о геноциде в Боснии²⁹⁰, свидетельствуют о наличии потенциальной сферы охвата *ratione loci* многих первичных норм, которые могли бы быть задуманы для применения исключительно по отношению к территории самого государства. Вместе с тем в каждом деле возникал вопрос о содержании или толковании соответствующей первичной нормы, о которой шла речь, а не вопрос о какой-либо вторичной норме в области ответственности. Видимо, было бы целесообразным упомянуть эти события в комментарии к статье 16, однако, как представляется, отсутствуют какие-либо основания формулировать статью (подобную статье 29 Венской конвенции), в которой рассматривался бы вопрос об ответственности *ratione loci* за нарушение какого-либо обязательства.

b) Возможные различия между нарушениями с учетом степени их тяжести

154. Во-вторых, во многих правовых системах проводится различие в разных целях между более и менее серьезными нарушениями обязательства, и в этом отношении международное право не является исключением. Поэтому лишь "существенное нарушение" создает право прекратить действие двустороннего договора²⁹¹, и согласно Части второй проектов статей серьезность нарушения является релевантной для разных целей, включая размер и форму возмещения и соразмерность возможных контрмер. Если говорить о делах, связанных с ответственностью

²⁸⁷ (...продолжение)

экстерриториальном применении договоров. Однако она добавила, что "цель этой статьи заключается в ... рассмотрении лишь ограниченной темы применения договора по отношению к территории соответствующих сторон ... По ее мнению, правовые нормы, касающиеся экстерриториального применения договоров, не могут излагаться лишь с точки зрения намерения сторон или презумпции в отношении их намерения; и она сочла, что попытки рассмотреть все деликатные проблемы, связанные с экстерриториальной компетенцией, в настоящей статье были бы неуместными и нежелательными": Yearbook ... 1966, vol. II, pp. 213-214 (para. 5).

²⁸⁸ ECHR, Ser. A, No. 161 (1989) at pp. 35-36 (para. 91).

²⁸⁹ ECHR, Preliminary Objections, Ser. A, No. 310 (1995), para. 62, and Merits, judgement of 18 December 1996, para. 52.

²⁹⁰ I.C.J. Reports 1996, p. 595.

²⁹¹ Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, статья 60(1). Существенное нарушение определяется как незаконный отказ от договора или нарушение положения, "имеющего существенное значение для осуществления объекта и целей договора". Акцент делается на значимости положения, а не нарушения, что представляется несколько странным. В большинстве национальных правовых систем существенность нарушения требует учета обоих факторов. Однако см. комментарий к этому положению (статья 57 в проекте КМП 1966 года), в котором говорится, что "право на прекращение договора или приостановление его действия должно быть ограничено случаями, когда нарушение носит серьезный характер" (Yearbook ... 1966, vol. II, p. 255, para. 9).

государств, в более общем плане, то суды и трибуналы порой пользовались возможностью для того, чтобы квалифицировать нарушение в качестве особо серьезного²⁹² или, что менее часто, указывать возможные смягчающие вину факторы²⁹³. Они довольно отличаются от дел, в которых первичная норма определена с точки зрения определенной степени серьезности²⁹⁴ или в которых более серьезные нарушения обособляются для целей установления дополнительных последствий²⁹⁵.

155. Вместе с тем, как представляется, отсутствуют какие-либо основания для проведения различия между разными степенями нарушения, по меньшей мере для целей главы III. Практика трибуналов по рассмотрению претензий, Трибунала по урегулированию претензий между Ираном и Соединенными Штатами и судов и комитетов по правам человека дает основания сделать предположение об отсутствии проводимого на систематической основе различия между более и менее серьезными нарушениями с точки зрения наличия (в отличие от последствий) нарушения. В Части второй проектов статей проводятся разные различия между степенями серьезности нарушений для разных целей²⁹⁶, и могут потребоваться дополнительные различия. Однако, как представляется, необходимость в проводимом на систематической основе различии между более и менее серьезными нарушениями в самой главе III отсутствует.

4. Резюме предложений, касающихся главы III

156. По вышеизложенным причинам Специальный докладчик предлагает включить в главу III следующие статьи. В примечаниях, следующих за каждой статьей, очень кратко разъясняются предлагаемые изменения.

²⁹² См., например, дело о дипломатическом и консульском персонале Соединенных Штатов в Тегеране, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 42 (para. 91), в котором Суд отмечает, что "прежде всего следует подчеркнуть масштаб и серьезность коллизии между поведением Государства Иран и его обязательствами, вытекающими из всей совокупности международных норм в области дипломатического и консульского права".

²⁹³ В деле о проекте Габчиково-Надьмарош Суд начал рассматривать вопрос об ответственности Словакии, указав на "серьезные проблемы, с которыми столкнулась Чехословакия в результате решения Венгрии прекратить большую часть работ по строительству системы шлюзов, за которые она отвечала согласно Договору 1977 года" (I.C.J. Report 1997, p. 3 at p. 52). Однако Суд пришел к выводу о том, что, тем не менее, ответственность Словакии наступает в силу ее поведения после того, как Венгрия приостановила свое участие в договоре и вышла из него.

²⁹⁴ См., например, статью 7 ("Обязательство не наносить значительный ущерб") Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков, 21 мая 1997 года, резолюция 51/229 Генеральной Ассамблеи, приложение.

²⁹⁵ См., например, понятие "серьезные нарушения", использованное в четырех Женевских конвенциях 1949 года (Конвенция I, статья 50; Конвенция II, статья 51, Конвенция III, статья 130; Конвенция IV, статья 147).

²⁹⁶ См. статью 45(2) (с) и статью 49.

ГЛАВА III

НАРУШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Статья 16

Наличие нарушения международного обязательства

Нарушение государством международного обязательства налицо в том случае, когда деяние этого государства не согласуется с тем, что требует от него в соответствии с международным правом указанное обязательство, независимо от источника (будь то обычного, договорного или иного) или содержания обязательства.

Примечания

1. В статье 16 отражена суть и большая часть формулировки статьи 16, принятой в первом чтении, и добавлены элементы из статей 17 и 19(1). См. пункты 5-34 выше.

2. Выражение "не согласуется с тем" является более предпочтительным, чем выражение "не соответствует тому", поскольку оно является более широким по сфере охвата и более пригодным для охвата нарушений как обязательств конкретного поведения, так и обязательств результата. По предложению одного правительства было добавлено выражение "в соответствии с международным правом" для указания того, что содержание обязательств является систематическим вопросом согласно международному праву, а не только результатом конкретной первичной нормы, взятой в отдельности. Видимо, следует продолжить рассмотрение вопроса о том, соответствуют ли формулировки статьи 16 положениям Части пятой, в которых идет речь об обстоятельствах, исключающих противоправность.

Статья 17

~~Несущественность происхождения нарушенного международного обязательства~~

Примечание

Статья 17, принятая в первом чтении, является не отдельной нормой, а разъяснением статьи 16. Ее суть отражена в статье 16. См. пункты 16-26 выше.

Статья 18

Условия действительности международного обязательства для государства

Никакое деяние государства не рассматривается в качестве международно-противоправного, если только оно не было осуществлено или не продолжало осуществляться во время, когда рассматриваемое обязательство находилось в силе для этого государства.

Примечания

1. Статья 18 является переформулированным вариантом статьи 18(1), принятой в первом чтении. В ней излагается основной принцип интертемпорального права, как он

/...

применяется в отношении ответственности государства. Она касается не таких вторичных вопросов, как компетенция определять наличие нарушения, а только основного вопроса о том, находилось ли обязательство в силе в соответствующий момент времени. См. пункты 38-44 выше.

2. В статье 18(2) рассматривается вопрос о влиянии императивных норм на ответственность государства. Эти вопросы будут рассмотрены в других частях, особенно в связи с главой V Части первой и Частью второй. См. пункты 45-51 выше.

3. Статья 18(3)-(5) касается интертемпоральных вопросов, связанных с деяниями, составными и сложными деяниями, и соответствующие формулировки, в необходимых случаях, были перенесены в статьи, в которых рассматриваются эти концепции. См. статьи 24 и 25 ниже.

Статья 19

Международные преступления и международные правонарушения

Примечание

Суть статьи 19(1), принятой в первом чтении, отражена в статье 16. Пункты (2) и (3) статьи 19, касающиеся различия между международными преступлениями и международными правонарушениями, были отложены до дальнейшего разъяснения. См. пункты 27-33 выше.

[Статья 20]

Обязательства поведения и обязательства результата

1. Международное обязательство, предусматривающее определенно установленное поведение государства, нарушается, если это государство не ведет себя соответствующим образом.

2. Международное обязательство, предусматривающее обеспечение государством свободно избранным им средством определенного результата, нарушается, если государство избранным средством не обеспечивает или предотвращает этот результат.]

Примечания

1. Эта статья заменяет собой бывшие статьи 20 и 21, касающиеся различия между обязательствами поведения и результата. См. пункты 52-91 выше. В пункте 2 обязательства предотвращения рассматриваются так же, как и обязательства результата, что позволило исключить бывшую статью 23.

2. То, является ли обязательство обязательством поведения или результата, зависит от толкования соответствующей первичной нормы. Установление различия между такими обязательствами не исключает возможности того, что та или иная конкретная первичная норма может стать источником обязательств как поведения, так и результата.

3. Статья 20 заключена в квадратные скобки на данном этапе, поскольку можно предположить, что она связана с классификацией первичных норм, и поскольку пока не

совсем ясно, какие дополнительные последствия повлечет за собой это различие в рамках проектов статей. См. пункт 92 выше.

Статья 21

~~Нарушение международного обязательства, предусматривающего
обеспечение определенного результата~~

Примечание

Суть статьи 21(1) отражена в статье 20(2). Бывшая статья 21(2) была исключена по причинам, изложенным в докладе. См. пункты 69-76 выше.

Статья 22

~~Исчерпание внутренних средств правовой защиты~~

Примечание

Формулировка и место статьи 22 были изменены, и она приведена в качестве статьи 26 бис ниже.

Статья 23

~~Нарушение международного обязательства, предусматривающего
предотвращение определенного события~~

Примечание

Вопрос о нарушении обязательств о предотвращении, которому посвящена бывшая статья 23, в настоящее время рассматривается в статье 20(2) по причине того, что обязательства предотвращения представляют собой одну из форм обязательства результата. См. пункты 81-87 выше. Интертемпоральный аспект обязательства предотвращения рассматривается в статье 24(3).

Статья 24

Завершенные и длящиеся противоправные деяния

1. Нарушение международного обязательства деянием государства недлящегося характера происходит, когда это деяние совершено, даже если последствия этого деяния продолжают существовать.

2. С учетом статьи 18 нарушение международного обязательства деянием государства длящегося характера начинается тогда, когда это деяние впервые совершено, и продолжается в течение всего периода, когда деяние продолжается и остается не соответствующим международному обязательству.

3. Нарушение международного обязательства, предусматривающего предотвращение государством определенного события, происходит, когда событие наступает, и временем

нарушения является весь период, когда это событие продолжается и его продолжение остается не соответствующим международному обязательству.

Примечание

1. Статья 24 сочетает в себе основные элементы бывших статей 24, 25(1) и 26, а также статьи 18(3). См. пункты 93-115 выше.

2. В предлагаемых статьях не используется слово "момент". Так называемые "мгновенные" деяния редко являются моментальными, и редко будет возникать необходимость определять точный момент их совершения. Основное различие состоит между длящимися противоправными деяниями и деяниями, последствия которых могут продолжать существовать, но которые были завершены в конкретный момент в прошлом или к конкретному моменту в прошлом.

3. В соответствии с пунктом (3), соответствующим бывшей статье 26, нарушение обязательства предотвращения обычно будет длящимся противоправным деянием, если только рассматриваемое обязательство не касается только предотвращения наступления события в первую очередь (в отличие от его продолжения) или если только рассматриваемое обязательство не прекратило свое действие. Предполагается, что обе эти оговорки будут охвачены выражением "и его продолжение остается не соответствующим международному обязательству".

Статья 25

Нарушения, сопряженные с составными деяниями государства

1. Нарушение международного обязательства составным деянием государства (т.е. серией действий или бездействий, квалифицируемых в совокупности как противоправные применительно к соответствующему обязательству) происходит, когда совершается действие или бездействие этой серии, которого в совокупности с предшествующими действиями или бездействиями достаточно для определения наличия составного деяния.

2. С учетом статьи 18 временем совершения нарушения является весь период начиная с первых действий или бездействий, образующих составное деяние, и до тех пор, пока такие действия или бездействия повторяются и остаются не соответствующими международному обязательству.

Примечания

1. Статья 25 отражает суть бывших статей 25(2) и 18(4), касающихся "составных деяний". Однако по причинам, изложенным в докладе, понятие составных деяний ограничено составными деяниями, определенными в качестве таковых в соответствующей первичной норме. См. пункты 116-124 выше.

2. Цель выражения "С учетом статьи 18" состоит в том, чтобы охватить случай, когда соответствующее обязательство не находилось в силе в момент начала соответствующего поведения в рамках составных деяний, но вступило в силу после этого. В таком случае "первые" действия или бездействия в рамках серии для целей ответственности государства являются первыми действиями или бездействиями, имеющими место после вступления обязательства в силу. Но это не должно лишать суд возможности учитывать предыдущие

действия или бездействия для других целей (например, с тем чтобы установить фактологическую основу последующих нарушений). См. пункт 121 выше.

3. Как представляется, необходимость в понятии "сложные деяния", о котором идет речь в статьях 18(5) и 25(3), отсутствует, и, соответственно, эти положения были исключены. См. пункты 125-131 выше.

Статья 26

~~Момент и продолжительность нарушения международного обязательства о предотвращении определенного события~~

Примечание

Бывшая статья 26 была включена в статью 24(3).

Статья 26 бис

Исчерпание внутренних средств правовой защиты

Настоящие статьи не наносят ущерба требованию о том, что, когда речь идет о международном обязательстве, касающемся режима, который должно установить государство в отношении иностранных граждан или корпораций, эти граждане или корпорации должны исчерпать все эффективные внутренние средства правовой защиты, доступные им в этом государстве.

Примечания

1. Статья 22, принятая в первом чтении, касается исчерпания внутренних средств правовой защиты в рамках концепции "сложных деяний". Во всех случаях применения положения об исчерпании внутренних средств правовой защиты противоправное деяние рассматривалось как охватывающее безуспешное обращение к внутренним средствам правовой защиты. Хотя могут иметь место случаи, когда противоправное деяние образуется безуспешным обращением к внутренним средствам правовой защиты, существуют другие случаи (например, пытки), когда дело обстоит иным образом, и по этой и иным причинам понятие "сложное деяние" было исключено. См. пункты 136-148 выше.

2. Тем не менее желательно четко указать в главе III, что факт нарушения обязательства не наносит ущерба какому-либо требованию об исчерпании внутренних средств правовой защиты, которое может существовать в общем международном праве. Более точным формулированием нормы о внутренних средствах правовой защиты могла бы заняться Комиссия при рассмотрении ею темы о дипломатической защите.

3. Может возникнуть необходимость вернуться к рассмотрению вопроса о месте статьи 26 бис в свете дальнейшей работы над темой об имплементации норм в области международной ответственности в главе III Части второй.

/...