



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
26 March 2014
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят шестая сессия

Женева, 5 мая–6 июня и 7 июля–8 августа 2014 года

Второй доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, подготовленный Специальным докладчиком Георгом Нольте*

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	3
II. Установление последующих соглашений и последующей практики	4
1. Поведение «при применении» и «относительно толкования» договора	4
2. Поведение, имеющее место не «при применении» договора или «относительно его толкования»	6
3. Определение того, идет ли речь о поведении «при применении» или поведении «относительно толкования» договора	7
4. Заключение	12
III. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования	12
1. Прецедентное право Международного Суда	13
2. Практика государств	16
3. Специфика практики	20

* Автор выражает признательность за поддержку со стороны Программы в области права и государственной политики Принстонского университета, стипендия которой дала возможность подготовить настоящий доклад.



IV.	Форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)	22
1.	Разнообразие возможных форм последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)	23
2.	Частотность применения и единообразие последующей практики	23
V.	Соглашение участников относительно толкования договора.	26
1.	Наличие и сфера соглашения	27
2.	«Соглашение» по смыслу статьи 31 (3) может быть неофициальным.	29
3.	Осведомленность участников о соглашении между ними	29
4.	Соглашение по смыслу статьи 31(3) не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу	30
5.	Молчание как возможный элемент соглашения по смыслу статьи 31(3).	32
6.	Последующая практика как показатель наличия соглашения о временном неприменении договора или просто о практической договоренности.	37
7.	Изменение или прекращение действия соглашения о толковании согласно статье 31(3)(a) или (b).	39
VI.	Решения, принятые в рамках конференций государств-участников.	40
1.	Формы конференций государств-участников	40
2.	Виды актов, принимаемых в рамках конференций государств-участников	42
3.	Последующие соглашения и последующая практика по смыслу статьи 31(3) могут определяться по итогам работы конференции государств-участников.	44
4.	Форма и процедура	49
5.	Решения, которые не принимались в присутствии всех сторон договора.	54
VII.	Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики	55
1.	Конкретные процедуры толкования и пункты (a) и (b) статьи 31(3)	56
2.	Отношения между толкованием и изменением	56
3.	Изменение договора в силу последующих соглашений или последующей практики	58
VIII.	Будущая программа работы	77
Приложение		
	Предлагаемые проекты выводов	78

I. Введение

1. В ходе своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад на тему «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» и предварительно приняла пять проектов выводов с комментариями¹. Эти проекты выводов:

- помещают рассматриваемый вопрос в общие рамки правил толкования договоров, отраженных в Венской конвенции о праве международных договоров (проект вывода 1);
- характеризуют последующие соглашения и последующую практику по смыслу статьи 31(3) в качестве аутентичного средства толкования (проект вывода 2);
- описывают взаимосвязь между последующими соглашениями, последующей практикой и условиями, в которых могут толковаться термины договора как меняющие свое значение с течением времени (проект вывода 3);
- содержат определения последующего соглашения и двух форм последующей практики (проект вывода 4);
- рассматривают вопрос о присвоении последующей практики (проект вывода 5).

2. В ходе обсуждений в Шестом комитете по докладу Комиссии о работе ее шестьдесят пятой сессии государства в целом положительно оценили работу Комиссии по данному вопросу². Конкретные вопросы и проблемы, затронутые в ходе обсуждения, будут рассмотрены в настоящем докладе, а также при рассмотрении Комиссией проектов выводов в соответствии со своими процедурами. К числу связанных с этим вопросом событий, имевших место после шестьдесят пятой сессии Комиссии, относятся решения Международного Суда по делам о *Морском споре (Перу против Чили)*³ и *Китобойном промысле в Антарктике (Австралия против Японии с участием Новой Зеландии)*⁴.

¹ Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии (A/68/10), глава IV, пункты 29–39.

² Заявления, представленные государствами в ходе обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи по вопросу «Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей и шестьдесят пятой сессий (пункт 81 повестки дня)», имеются на веб-сайте по адресу: <https://papersmart.unmeetings.org/ga/sixth/68th-session/agenda/81> (все приведенные в настоящем докладе источники в Интернете указаны по состоянию на 24 февраля 2014 года).

³ *I.C.J., Judgment of 27 January 2014*. Имеется на веб-сайте по адресу <http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf>.

⁴ *I.C.J., Judgment of 31 March 2014*. Имеется на веб-сайте по адресу www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf. См. также просьбу о толковании решения от 15 июня 1962 года по делу о храме Преа Вихеар (*Камбоджа против Таиланда*) (*Cambodia v. Thailand*), *I.C.J., Judgment of 11 November 2013*, имеется на веб-сайте по адресу <http://www.icj-cij.org/docket/files/151/17704.pdf>, para. 75.

Второй доклад охватывает следующие аспекты этой темы:

- установление последующих соглашений и последующей практики (II)⁵;
- возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования договоров (III);
- форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b) (IV)⁶;
- условия «соглашения» участников относительно толкования договора по смыслу статьи 31(3) (V)⁷;
- решения, принятые в рамках конференций государств-участников (VI); и
- возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики (VII).

II. Установление последующих соглашений и последующей практики

3. Последующие соглашения и последующая практика как средства толкования должны быть установлены как таковые.

1. Поведение «при применении» и «относительно толкования» договора

4. Последующая практика согласно статьям 31(3)(b) и 32 должна быть практикой «при применении договора», а последующие соглашения согласно статье 31(3)(a) должны быть «относительно толкования договора или применения его положений»⁸. Хотя могут быть аспекты «толкования», не связанные с «применением» договора⁹, любое применение договора предполагает его толкование, даже если конкретное правило на первый взгляд может казаться ясным¹⁰. По-

⁵ В статье 31(3)(a) содержится синонимичная формулировка о последующем соглашении «между сторонами».

⁶ Комиссия оставила этот вопрос открытым (см. A/68/10, стр. 42, пункт 20); в процессе рассмотрения принималось во внимание различие, проводимое Апелляционным органом Всемирной торговой организации (ВТО), который в деле *United States — Gambling* отметил, что «последующая практика» предполагает два элемента : «...i) должен быть общий, последовательный, различимый план действий или заявлений; и (ii) эти действия или заявления должны предполагать соглашение о толковании соответствующего положения». См. World Trade Organization, *European Communities and its Member States: Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, Reports of the Panel (16 August 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, para. 7.558.

⁷ Комиссия оставила этот вопрос открытым (см. A/68/10, пункт 16).

⁸ См. проект вывода 4, пункты 1–3, (A/68/10, стр. 14).

⁹ Согласно Г. Хараси, толкование «имеет целью разъяснение смысла текста», в то время как применение «предполагает указание вытекающих последствий для договаривающихся сторон» (см. G. Haraszti, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), p. 18); тем не менее он признает, что «правовая норма, в какой бы форме она ни проявлялась, не может быть применена, если ее содержание не было разъяснено» (ibid).

¹⁰ Доклад исследовательской группы о фрагментации международного права, (A/CN.4/L.682 и Corr. 1, пункт 423; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 27–29 and 213; M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 151, 1976), p. 47; U. Linderfalk, “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of

этому и поведение «относительно толкования» договора, и поведение «при применении» договора предполагает, что одно или несколько государств-участников занимают определенную позицию в отношении толкования договора или им приписывается эта позиция¹¹. В то время как в случае «последующего соглашения между участниками относительно толкования договора» согласно статье 31(3)(а) (первая альтернатива) занимается конкретная и целенаправленная позиция относительно толкования договора, это может быть не столь явно выражено в случае «последующего соглашения ... относительно ... применения его положений» согласно статье 31(3)(а) (вторая альтернатива)¹². Такая позиция относительно толкования «путем применения» предполагается в простых актах применения договора, то есть в «любых мерах, принятых на основе истолковываемого договора»¹³ согласно статьям 31(3)(b) и 32¹⁴.

5. Сложно представить себе поведение «при применении договора», которое не предполагает позиции, занимаемой действующим государством-участником «в отношении толкования» договора. По сути, поведение, не позволяющее сказать, что действующее государство занимает какую-либо позицию в отношении договора, также не может иметь место и «при» его «применении». Из этого следует, что поведение «при применении договора» является лишь одним из примеров, хотя и наиболее важным, всех актов «относительно толкования» договора. Слово «или» в статье 31(3)(а) означает не альтернативу, а скорее пример того же самого.

6. Следует отметить, что «применение» договора не обязательно отражает позицию государства-участника о том, что оно является единственным юридически возможным согласно договору и в конкретных обстоятельствах¹⁵. Кроме того, концепция «применения» не исключает практики негосударственных субъектов, которая в договоре признается в качестве формы его применения и которая приписывается одному или большому числу его участников¹⁶.

the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (2007), pp. 141–144 and p. 147; G. Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, p. 44; M. E. Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission” in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 111.

¹¹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), p. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Berlin, Springer, 1983), pp. 114 and 118; O. Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties — A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Springer, 2012), p. 556, paras. 80 and 82.

¹² Этот второй вариант был внесен по предложению Пакистана, однако его сфера действия и предназначение не рассматривались и не разъяснялись, см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records*, A/CONF.39/11, at p. 168, para. 53.

¹³ Linderfalk, *supra* note 11, pp. 164–165 and 167.

¹⁴ См. проект выводов 1(4) и 4(3), сноска 1 выше, стр. 14.

¹⁵ См. 3 ниже и III.2 b).

¹⁶ См. L. Boisson de Chazournes, “Subsequent Practice, Practices, and ‘Family Resemblance’: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu” in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 53, at pp. 54, 56 and 59–60.

2. Поведение, имеющее место не «при применении» договора или «относительно его толкования»

7. Последующее поведение, имеющее место независимо от договорного обязательства, не является поведением «при применении» договора или «относительно» его толкования. Например, в деле о *Некоторых расходах* ряд судей выразили сомнения в том, что продолжение выплаты государствами — членами Организации Объединенных Наций своих членских взносов означает принятие ими определенной практики этой Организации¹⁷. В этой связи судья Фитцморис сформулировал хорошо известное предупреждение, согласно которому «слишком активно выдвигаемый аргумент, взятый из практики, может быть спорным»¹⁸. Согласно Фитцморису, «едва ли можно на основе одного лишь факта, что государства-члены платят взносы, делать вывод о том, что они непременно во всех случаях признают позитивное юридическое обязательство делать это»¹⁹.

8. Аналогичным образом в деле о делимитации морской границы и территориальных вопросах между Катаром и Бахрейном Международный Суд постановил, что попытка участников Соглашения 1987 года (о представлении спора на рассмотрение Суда) заключить дополнительное специальное соглашение (в котором бы указывался предмет спора) не означает, что заключение такого дополнительного соглашения фактически рассматривалось сторонами как необходимое для установления юрисдикции Суда²⁰.

9. Еще один пример добровольной практики, которая не подразумевается как осуществляемая «при применении» и «относительно толкования» договора, касается «дополнительной защиты» в контексте беженского права. Лицам, которым отказано в статусе беженца согласно Конвенции о беженцах, тем не менее часто предоставляют «дополнительную защиту», равнозначную защите, обеспечиваемой согласно Конвенции. Однако государства, предоставляющие дополнительную защиту, не рассматривают себя как действующие «при применении» Конвенции²¹.

10. Иногда трудно провести различие между соответствующими последующими соглашениями или практикой относительно толкования или при применении договора согласно статьям 31(3)(а) и (b) и 32 и другим поведением или событиями в более широком контексте договора, в том числе «современными изменениями», касающимися договора. Такое различие, тем не менее, является важным, поскольку лишь поведение относительно толкования одним или более участниками обеспечивает их конкретные полномочия в процессе толкования. В этой связи достаточно сказать, что чем более конкретное отношение к договору имеет какое-либо соглашение или практика, тем более доказательную или

¹⁷ *Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 201–202 (*Separate Opinion of Judge Fitzmaurice*) and pp. 189–195 (*Separate Opinion of Judge Spender*).

¹⁸ *Ibid.*, p. 201.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 6, at p. 76, para. 28.

²¹ См. А. Skordas, “General provisions: article 5”, in *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, А. Zimmermann, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 682, para. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 21.

толковательную ценность они приобретают согласно статьям 31(3)(a) и (b) и 32²². Решение по делу о *морском споре (Перу против Чили)* является лишь самым последним свидетельством необходимости, но и, порой, сложности проведения различия²³.

3. Определение того, идет ли речь о поведении «при применении» или поведении «относительно толкования» договора

11. Отнесение последующего соглашения или последующей практики согласно статьям 31(3) и 32 к занимаемой позиции относительно толкования договора часто требует проведения тщательного фактологического и правового анализа. Это может быть проиллюстрировано примерами из судебной практики и практики государств.

а) Международный Суд

12. Судебная практика Международного Суда содержит ряд примеров того, как то, что на первый взгляд представлялось релевантным, в конечном итоге не было признано надлежащим последующим соглашением или практикой и наоборот. Так, с одной стороны, Суд не счел уместным включение «Совместного коммюнике министров» в «конвенционную основу права свободного судоходства», поскольку «созданные ими механизмы сотрудничества, по всей видимости, будут пересмотрены, с тем чтобы отвечать требованиям участников»²⁴. Вместе с тем Суд признал, что отсутствие определенных утверждений относительно толкования договора или отсутствие определенных форм его применения представляет собой практику, которая указывает на правовую позицию участников, в соответствии с которой ядерное оружие не является запрещенным согласно различным договорам, касающимся отравляющего оружия²⁵. В любом случае точное значение коллективного выражения мнений сторон может быть выявлено лишь путем тщательного изучения вопроса о том, являются ли они мнениями «относительно толкования» договора и в какой степени. Таким образом, в деле о *Китобойном промысле в Антарктике* Суд определил, что «соответствующие одобренные консенсусом резолюции и руководящие принципы [Международной китобойной комиссии] содержат призыв к государствам-участникам учитывать, могут ли исследовательские цели в практическом и научном плане быть достигнуты с помощью несмертоносных методов исследо-

²² По вопросу о (доказательной или толковательной) «ценности» соглашения или практики как средства толкования см. главу IV ниже.

²³ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, paras. 103, 104–117 and 118–151 (см. сноску 3 выше).

²⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 234, para. 40; см. также *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1091, para. 68, в котором Суд указал, что одна из сторон не приняла во внимание, что отдельные формы практического сотрудничества имеют юридическое значение для цели рассматриваемого вопроса о границе и, таким образом, не согласился с противоположной позицией другой стороны.

²⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, paras. 55–56; см. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para.30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 232–235 (см. сноску 10 выше).

ваний, но они не содержат требования о том, чтобы смертоносные методы использовались только при отсутствии других методов»²⁶.

b) Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США

13. Когда Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США столкнулся с вопросом о том, обязывает ли Декларация об урегулировании претензий Соединенные Штаты возвращать военное имущество Ирану, Трибунал пришел к выводу, в частности сославшись на последующую практику участников, что данный договор содержит подразумеваемое обязательство выплаты компенсации в случае невозвращения²⁷:

66. [...] Хотя в пункте 9 общей декларации прямо не говорится об обязательстве выплатить компенсацию Ирану в случае невозвращения отдельных предметов в силу положений законодательства США, действовавшего до 14 ноября 1979 года, Трибунал считает, что такое обязательство подразумевается в данном пункте. (...)

68. Кроме того, Трибунал отмечает, что толкование, изложенное в пункте 66 выше, соответствует последующей практике участников в исполнение Алжирских соглашений и, в частности, поведению Соединенных Штатов. Такая практика также должна приниматься во внимание при толковании договора в соответствии со статьей 31(3)(b) Венской конвенции. В своем сообщении от 26 марта 1981 года, информирующем Иран о том, что экспорт военных изделий не будет одобрен, Соединенные Штаты прямо заявили, что «Ирану, насколько возможно, будут возмещены расходы на оборудование».

Эта позиция была подвергнута критике судьей Хольцман в его особом мнении:

Последующее поведение государства-участника является надлежащей основой для толкования договора лишь в том случае, если можно сделать вывод о том, что это поведение было мотивировано договором. В данном случае нет никаких свидетельств и даже доводов в подтверждение того, что готовность Соединенных Штатов платить Ирану за его имущество была в ответ на предполагаемое обязательство, налагаемое пунктом 9. Такое поведение в равной степени соответствует признанию договорного обязательства произвести платеж. В отсутствие каких-либо указаний на то, что поведение было мотивировано договором, некорректно использовать это поведение при толковании договора²⁸.

Вместе взятые, мнение большинства и особое мнение четко определяют соответствующие моменты.

²⁶ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf, para. 83.

²⁷ Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), pp. 294–295.

²⁸ Особое мнение судьи Хольцмана, частично совпадающее, частично несовпадающее с решением Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США, Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), p. 304.

с) Европейский и Межамериканский суды по правам человека

14. Факт наличия у государств-участников определенной позиции в отношении толкования договора иногда может также предполагаться исходя из характера договора или конкретного положения. Хотя последующая практика при применении договора часто включает в себя действия различных государственных органов (исполнительных, законодательных или судебных) в процессе сознательного применения договора на различных уровнях (национальном и международном), Европейский суд по правам человека, например, как правило конкретно не рассматривает вопрос о том, применяется ли та или иная практика «при применении» или «относительно толкования» Конвенции²⁹ или занимает ли тем самым государство правовую позицию. Таким образом, при описании внутренней правовой ситуации в государствах-членах Суд в основном не ставит вопрос о том, связана ли эта правовая ситуация с законодательным процессом, в ходе которого обсуждались возможные требования Конвенции. Суд тем не менее исходит из того, что государства-члены в процессе законодательной деятельности или принятия иных конкретных мер осознают свои обязательства по Конвенции и действуют таким образом, чтобы это отражало их добросовестное понимание их обязательств³⁰. Как и Международный Суд, Европейский суд по правам человека иногда даже высказывался на предмет того, что «отсутствие у участников каких-либо опасений» относительно определенного толкования Конвенции может указывать на занимаемую ими позицию относительно толкования договора³¹. Межамериканский суд по правам человека, в меньшей степени ссылаясь на законодательную практику государств и уделяя больше внимания более широким международным событиям, тем не менее в отдельных случаях использовал такую законодательную практику в качестве средства толкования³².

д) Морское право

15. Соглашение об осуществлении части XI³³ Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву является важным примером необходимости тщательного определения, во-первых, того, действительно ли акт или соглашение представляет собой последующее соглашение или последующую

²⁹ См., например, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Application No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Application No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, para. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, 12 November 2008, Application No. 34503/97, ECHR 2008, para. 48; однако в качестве противопоставления ср. с *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Application No. 46827/99, ECHR 2005-I, para. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 March 1991, Application No. 15576/89, ECHR Series A, No. 201, para. 100.

³⁰ См. сноску 29. См. далее *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Application No. 6833/74, ECHR Series A, No. 31, para. 41; *Jorgic v. Germany*, 12 July 2007, Application No. 74613/01, ECHR 2007-III, para. 69; *Mazurek v. France*, 1 February 2007, Application No. 34406/97, ECHR 2000-II, para. 52.

³¹ *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001.XII, para. 62.

³² См., например, *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago, Judgments (Merits, Reparations and Costs, Judgment)*, 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C No. 94, para. 12.

³³ Соглашение об осуществлении части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1836, No. 31364).

практику «относительно толкования» или «при применении» договора. Соглашением предусматривается, что оно рассматривается как «единый документ» с Конвенцией и что оно имеет преимущественную силу в случае коллизии³⁴. Тот факт, что лишь участники Конвенции могут стать участниками этого Соглашения об осуществлении³⁵, говорит о том, что, поскольку не все участники Конвенции являются участниками Соглашения, оно (также) направлено на оказание влияния на толкование Конвенции. Поэтому, несмотря на то, что Соглашение об осуществлении предусматривает «изъятие из применения» положений Конвенции³⁶ и создание новых институтов и, возможно, даже формулирование поправок к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, оно также является одной из форм последующей практики относительно толкования Конвенции благодаря определенной позиции в отношении ее толкования³⁷.

е) Международное гуманитарное право

16. Статья 118 третьей Женевской конвенции 1949 года предусматривает, что «военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Желание военнопленных не быть репатрированными преднамеренно не было объявлено государствами-участниками релевантным с целью недопущения злоупотребления государствами ссылкой на желание военнопленных, с тем чтобы отсрочить их репатриацию³⁸. Тем не менее в своей практике Международный комитет Красного Креста (МККК) в качестве условия своего участия всегда настаивал на соблюдении желания военнопленных не быть репатрированными³⁹. Однако такая практика не обязательно означает, что статья 118 должна толковаться как требующая, чтобы репатриация военно-

³⁴ Там же, статья 2; приложение, раздел 1, пункт 17, раздел 2, пункт 6, раздел 3, пункт 14 и раздел 7, пункт 2; в каждом из них предусматривается, что «соответствующие положения раздела 4 части XI Конвенции толкуются и применяются в соответствии с настоящим Соглашением».

³⁵ Там же, см. статью 4, пункт 2.

³⁶ Там же, см., например, приложение, раздел 2, пункт 3.

³⁷ С другой стороны, Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, касающейся сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2167, No. 37924), открыто для подписания государствами, которые не являются участниками Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 1, пункт 2, и предусматривает в статье 4, что «ничто в настоящем Соглашении не наносит ущерба правам, юрисдикции и обязанностям государств по Конвенции». Однако Соглашение по рыбным запасам также рассматривается как определяющее общие обязательства сотрудничать, которые изложены в пункте 2 статьи 63 и статьях 64 и 117 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. С. Warbrick, D. McGoldrick and D. H. Anderson, "The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, No. 2 (1996), p. 468.

³⁸ С. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Schulthess, 1977), pp. 145–156 and pp. 171–175; в целом по вопросу об обязанности репатриировать см. S. Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict", in *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed. D. Fleck, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 409–410.

³⁹ Таким образом, своим участием Международный комитет Красного Креста пытается одновременно отвечать интересам быстрой репатриации и учета желания военнопленных (см. Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict", pp. 409–410).

пленного не осуществлялась против его воли. В комментарии к правилу 128 А, представленном в исследовании МККК, посвященном обычному международному гуманитарному праву, четко указывается:

Согласно четвертой Женевской конвенции, покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями» (статья 45, пункт 4 четвертой Женевской конвенции). В то время как третья Женевская конвенция не содержит аналогичного положения, с 1949 года сложилась практика, в соответствии которой в ходе любой репатриации, в которой МККК играл роль нейтрального посредника, стороны в конфликте, будь то международного или немеждународного характера, соглашались с условиями участия МККК, в том числе с предоставлением МККК возможности убедиться до репатриации (или освобождения в случае немеждународного вооруженного конфликта), путем проведения конфиденциальных бесед с соответствующими лицами, в их желании быть репатрированными (или отпущенными)⁴⁰.

17. Эта формулировка предполагает, что практика учета желания военнопленных ограничивается случаями, в которых участвует МККК и в которых эта организация сформулировала такое условие. Государства сделали различные выводы из этой практики МККК⁴¹. В руководстве Соединенного Королевства за 2004 год указывается:

Более спорный вопрос заключается в том, *должны* ли военнопленные быть репатрированы даже против их воли. Недавняя практика государств свидетельствует о том, что не должны. Политика Соединенного Королевства как раз заключается в том, что военнопленных не следует репатрировать против их воли⁴².

18. Особое сочетание слов «должны» и «следует» указывает на то, что Соединенное Королевство, как и МККК, не твердо основывает свою политику на мнении о том, что последующая практика предполагает, что заявленное желание военнопленного всегда должно уважаться⁴³.

⁴⁰ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, *Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 455.

⁴¹ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), pp. 2893-2894, paras. 844-855 and online update for Australia, Israel, the Netherlands and Spain, available from www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond.

⁴² United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), pp. 205-206, para. 8.170 (курсив в оригинале).

⁴³ В руководстве США говорится лишь о желании больных или раненых военнопленных. См. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, pp. 2893-2894, paras. 844-855; однако практика США после второй войны в Заливе заключалась в том, чтобы Международный комитет Красного Креста устанавливал желание военнопленного с целью принятия соответствующих мер. (United States Government Printing Office, 1992), pp. 707-708, available from www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf).

4. Заключение

19. Примеры из прецедентного права и практики государств подтверждают необходимость тщательного установления и толкования последующих соглашений и последующей практики, в частности с целью определить, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями. Это особенно необходимо в случае так называемых меморандумов о взаимопонимании⁴⁴. В конечном итоге решающее значение имеет объявленная или четко выраженная цель любого соглашения участников⁴⁵. Вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода:

Проект вывода 6

Установление последующих соглашений и последующей практики

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно статье 31(3) и статье 32 требует тщательного рассмотрения, в частности, вопроса о том, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями.

III. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

20. Последующие соглашения и последующая практика, как и все средства толкования, могут иметь различные последствия для толкования договора в конкретном случае, то есть в ходе интерактивного процесса, который заключается в надлежащем акценте на различных средствах толкования в рамках «одной единой операции»⁴⁶. Таким образом, учет последующих соглашений и последующей практики согласно статьям 31(3) и 32 может способствовать прояснению смысла договора⁴⁷ в плане конкретизации (уточнения) различных возможных значений того или иного термина или положения или сферы применения договора в целом (1 и 2(a)) или прояснению в плане подтверждения более широкого толкования или определенной возможности осуществления усмотрения участниками (широкое понимание) (1 и 2(b)). Специфика последующей практики часто является важным фактором, определяющим ее ценность как средства толкования в конкретном случае в зависимости от договора (3).

⁴⁴ См. ниже в разделе V. 4.

⁴⁵ См. также L. Crema, "Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention", in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford University Press, 2013), pp. 25-26.

⁴⁶ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5 (A/68/10, глава IV.C.2, пункты 12-15).

⁴⁷ В отношении терминологии применяется руководящее положение 1.2 (Определение заявлений о толковании) Руководства Комиссии по практике в отношении оговорок к международным договорам: «Заявление о толковании» означает одностороннее заявление... посредством которого [государство или международная организация] желает уточнить или разъяснить смысл или сферу действия договора или определенных его положений), (см. A/66/10/Add.1, глава IV.F.2, руководящее положение 1.2); см. там же, комментарий к руководящему положению 1.2, пункт 18.

1. Прецедентное право Международного Суда

21. Международные суды и трибуналы, как правило, начинают подготовку своей аргументации по какому-либо делу с определения «обычного значения» терминов договора⁴⁸. Последующие соглашения и последующая практика в основном учитываются в их рассуждениях на более позднем этапе, когда суды задаются вопросом, подтверждает ли или изменяет такое поведение предварительный результат, полученный при первоначальном толковании текста (или использовании других средств толкования)⁴⁹. Если стороны хотят придать не обычное, а скорее специальное значение термину по смыслу статьи 31(4), последующие соглашения и последующая практика могут способствовать раскрытию этого специального значения. Представленные ниже примеры, главным образом из судебной практики Международного Суда⁵⁰, иллюстрируют, как последующие соглашения и последующая практика в качестве средств толкования могут способствовать, благодаря их взаимодействию с другими средствами в процессе толкования, прояснению смысла того или иного договора.

а) «Обычное значение» термина

22. Учет последующих соглашений и последующей практики может способствовать определению «обычного значения» конкретного термина в смысле подтверждения узкого толкования различных возможных оттенков значения этого термина. Так, например⁵¹, обстояло дело с *Консультативным заключением по ядерному оружию*, в котором Международный Суд определил, что выражения «боевые яды или отравляющие вещества»

«как они понимаются в практике государств в их «обычном значении» — это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удушении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию»⁵².

23. С другой стороны, имеются также случаи, когда изменение последующей практики способствовало предупреждению конкретизации значения общего

⁴⁸ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5, стр.21, пункт 14 (A/68/10, глава IV.2, пункт 14); *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 8.

⁴⁹ См., например, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 625, at p. 656, paras. 59-61 and p. 665, para. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 6, at p. 34, paras. 66-71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 290 (Declaration of Judge ad hoc Guillaume).

⁵⁰ Обзор судебной практики других международных судов приводит к тем же результатам и дает большее число примеров; см. “Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 210-306.

⁵¹ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, at p. 815, para. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 306, para. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 9.

⁵² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 248, para. 55.

термина исходя из того или иного возможного значения⁵³. Это было подтверждено, например, в деле *Права граждан Соединенных Штатов в Марокко*, в связи с которым Суд указал:

Общее впечатление в результате изучения соответствующих материалов заключается в том, что те, кто несет ответственность за управление таможней, ... использовали все имеющиеся в их распоряжении различные элементы оценки, хотя, возможно, не всегда последовательно. С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу. Она требует толкования, которое было бы более гибким, чем любое из толкований, соответственно оспариваемых сторонами этого дела⁵⁴.

24. Разумеется, возможны ситуации, когда различные формы практики способствуют как узкому, так и широкому толкованию различных терминов одного и того же договора или одной и той же судебной процедуры. Хорошо известным примером является толкование Международным Судом в деле *о Некоторых расходах* терминов «расходы» (широкое толкование) и «меры» (узкое толкование) в свете последующей практики организации⁵⁵.

b) «Термины в их контексте»

25. Договор должен толковаться в соответствии с обычным значением, которое следует придавать «терминам договора в их контексте» (статья 31(1)). Последующие соглашения и последующая практика могут также, во взаимодействии с этим конкретным средством толкования, способствовать определению более узкого или более широкого толкования термина договора⁵⁶. Например, в консультативном заключении по Межправительственной морской консультативной организации (ИМКО) Международный Суд должен был определить значение выражения «восемь ... стран, располагающих наиболее крупными флотами» по смыслу статьи 28(a) Конвенции о Международной морской организации (Конвенция ИМКО). Поскольку эта концепция «стран, располагающих наиболее крупными флотами» позволяла различные толкования (определение с учетом «регистрационного тоннажа» судов или судов, «находящихся в собственности граждан») и поскольку соответствующая практика организации или ее членов по смыслу самой статьи 28(a) отсутствует, Суд обратился к другим положениям Конвенции и постановил:

Использование критерия регистрационного тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [статья 28(a)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой либо иной

⁵³ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 25.

⁵⁴ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 211.

⁵⁵ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 158-161 (“expenses”) and pp. 164-165 (“action”).

⁵⁶ См., например, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 69, at p. 87, para. 40.

критерий, помимо регистрового тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами⁵⁷.

26. Совсем недавно Камера по спорам, касающимся морского дна, Международного трибунала по морскому праву аналогичным образом использовала понятие «передовой природоохранной практики» по смыслу «Правил по сульфидам» для целей толкования ранее принятых «Правил по конкрециям»⁵⁸.

с) «Объект и цели»

27. Наряду с текстом и контекстом в статье 31(1) определенное, но не перво-степенное, значение в плане толкования договора придается «объекту и целям» договора⁵⁹. Последующие соглашения и последующая практика также могут способствовать разъяснению объекта и целей самого договора⁶⁰ или увязыванию ссылок на «объект и цели» договора с другими средствами толкования.

28. Например, в делах о *Делимитации морской границы в районе между Гренландией и Ян-Майеном*⁶¹ и *нефтяных платформах*⁶² Международный Суд разъяснил объект и цели двусторонних договоров, сославшись на последующую практику сторон. В деле о *сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* Международный Суд постановил:

Из текстов договоров и практики, проанализированных в пунктах 64 и 65 выше, явствует, что Комиссия по освоению бассейна озера Чад — это международная организация, осуществляющая свои полномочия в пределах конкретного географического района; однако ее задача не заключается в урегулировании на региональном уровне вопросов, связанных с поддержанием международного мира и безопасности, и, таким образом, на нее не распространяется действие положений главы VIII Устава⁶³.

⁵⁷ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 150, at p. 169; see also pp. 167-169; obiter: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, p. 59, at p. 99, para. 141.

⁵⁸ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011*, paras. 136-137; см. также Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, p. 66 (см. сноски 16 выше).

⁵⁹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 190 and 198 (см. сноски 10 выше).

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 191-194; см. также *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 31, para. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 179, para. 109; R. Higgins, “Some observations on the inter-temporal rule in international law”, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarczyk, ed. (The Hague, Kluwer, 1996), p. 180; Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp. 52-54 (see footnote 10 above); Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, p. 21 (см. сноски 44 выше).

⁶¹ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at p. 51, para. 27.

⁶² *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, at p. 815, paras. 27 and 30.

⁶³ См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 306, para. 67.

29. Когда «объект и цели» договора, как представляется, не соответствуют конкретным целям отдельных его норм, последующая практика может способствовать смягчению возможных конфликтов⁶⁴. В деле *об острове Касикили/Седуду*, например, Суд подчеркнул, что участники договора 1890 года

«стремились как обеспечить для себя свободу судоходства по реке, так и как можно более точно определить свои соответствующие сферы влияния»⁶⁵

и тем самым устранил возможное несоответствие, приняв во внимание определенную последующую практику в качестве дополнительного средства толкования (по смыслу статьи 32).

2. Практика государств

30. Практика государств вне судебного или квазисудебного контекстов подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика могут способствовать прояснению смысла договора — либо путем сужения диапазона возможных толкований, либо путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет государствам возможность осуществления усмотрения.

а) Сужение диапазона возможных толкований

31. Хотя в соответствии со статьей 5 Чикагской конвенции 1944 года, как представляется, не требуется получения самолетом, совершающим чартерный рейс, разрешения на посадку во время движения по маршруту, сложившаяся практика государств, требующая получения такого разрешения, привела к общему признанию того, что это положение толкуется как требующее получения разрешения⁶⁶.

32. Содержащийся в статье 57 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям 1949 года (Протокол I) 1977 года термин «возможные меры предосторожности» был конкретизирован в статье 3(4) Протокола о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокол II) от 10 октября 1980 года, в которой говорится, что «возможные меры предосторожности означают такие меры предосторожности, какие являются практически применимыми или практически возможными с учетом всех существующих в данный момент обстоятельств, включая гуманитарные и военные соображения». Благодаря последующей практике это уточнение стало признаваться во многих

⁶⁴ См. World Trade Organization, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products — AB-1998-4*, report of the Appellate Body of 12 October 1998 (World Trade Organization, document WT/DS58/AB/R), para. 17 (« у большинства договоров нет единого и цельного объекта и цели, а скорее есть целый ряд различных и, возможно, противоречивых объектов и целей»); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 195 (см. сноску 10 выше).

⁶⁵ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1074, para. 45.

⁶⁶ S. D. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215.

военных руководствах в качестве общего определения «практической возможности» для целей статьи 57 Протокола I 1977 года⁶⁷.

33. Наконец, в статье 22(3) Венской конвенции о дипломатических сношениях предусматривается, что «средства передвижения представительства пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий». Хотя некоторые формы действий правоохранительных органов обычно вызывают протесты государств⁶⁸, отбуксировка дипломатических автомобилей была признана допустимой на практике⁶⁹. Эта практика говорит о том, что, хотя штрафные санкции в отношении дипломатических автотранспортных средств запрещены, автомобили могут быть остановлены или убраны, если они представляют непосредственную опасность или препятствие для дорожного движения и/или общественной безопасности⁷⁰. В этом смысле значение термина «исполнительные действия» и, соответственно, рамки защиты, предоставляемой транспортным средствам, конкретизируются последующей практикой участников.

34. Таким образом, последующие соглашения и последующая практика могут способствовать уточнению значения того или иного термина в смысле сужения диапазона возможных значений прав и обязательств по договору.

⁶⁷ Военные руководства Аргентины (1989 год), Канады (2001 год) и Соединенного Королевства (2004 год) см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, pp. 359-360, paras. 160-164 (см. сноску 40 выше) и обновленный вариант военного руководства Австралии (2006 год) на веб-сайте по адресу (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); см. также Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, International Committee of the Red Cross and Martinus Nijhoff, 1987), p. 683, para. 2202.

⁶⁸ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 160-161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Brussels, Bruylant, 1994), p. 208, para. 315; см. также протест британских властей, сделанный после того, как атташе ВВС Великобритании и атташе Вооруженных сил Канады были выведены из автомобиля, принадлежащего посольству Великобритании (см. G. Marston, "United Kingdom materials on international law 1981", *British Yearbook of International Law*, vol. 52, No. 1 (1981), p. 434).

⁶⁹ См., например, Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf); Iceland, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); United Kingdom, see the statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office (Lord Elton) in the House of Lords (HL Deb, 12 December 1983 vol. 446 cc3-4; United States, see *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, pp. 312-313.

⁷⁰ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 160 (see footnote 68 above); M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed. (Nomos, 2010), p. 70.

b) Расширение диапазона возможного толкования или поддержка определенной возможности осуществления усмотрения

35. Вместе с тем такие соглашения и практика могут также указывать на широкий диапазон приемлемых толкований или на определенную возможность осуществления усмотрения, которую договор предоставляет государствам⁷¹:

Статья 12 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям 1949 года (Протокол II) 1977 года предусматривает следующее:

Под контролем соответствующих компетентных властей предусматривается ношение или размещение на видном месте отличительной эмблемы Красного Креста, Красного Полумесяца или красного льва и солнца на белом фоне медицинским или духовным персоналом, медицинскими формированиями и санитарно-транспортными средствами. Она пользуется уважением при всех обстоятельствах. Эмблема не должна использоваться не по назначению.

36. Хотя употребление слова “shal” («должен») предполагает, что использование отличительной эмблемы для обозначения медицинского персонала и транспортных средств носит обязательный характер для государств, последующая практика свидетельствует о том, что государства располагают определенной свободой действий в этой связи⁷². Поскольку в последние годы вооруженные группы совершали целенаправленные нападения на медицинские автоколонны, которые были легко узнаваемы по причине защитной эмблемы, государства в определенных ситуациях воздерживались от обозначения таких автоколонн отличительной эмблемой. Правительство Германии в ответ на парламентский запрос о его практике в Афганистане указало:

Как и другие страны, предоставляющие контингенты для МССБ, Федеральные вооруженные силы сталкивались с ситуациями, когда объектами нападений становились обозначенные медицинские транспортные средства. В ряде случаев эти медицинские подразделения и транспортные сред-

⁷¹ Это означает не то, что могут существовать различные возможные толкования договора, а скорее то, что договор может предоставлять участникам возможность выбора из широкого спектра различных дозволенных актов. См. Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 30-31 and p. 111 (см. сноску 10 выше), который ссылается на рассмотрение в палате лордов дела *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: «Необходимо определить автономный смысл соответствующего положения договора... Из этого следует, что, как и в случае других многосторонних договоров, Конвенции о беженцах необходимо предоставить независимый смысл, вытекающий из источников, упомянутых в статьях 31 и 32 [Венской конвенции], и не копировать особенности правовой системы какого-либо из договаривающихся государств. В принципе может быть лишь одно подлинное толкование договора... На практике решение этого вопроса оставлено на усмотрение национальных судов, которые сталкиваются с существенным расхождением во мнениях по вопросу толкования. Но при этом национальные суды должны искать подлинно автономный международный смысл договора, не ограничиваясь в этом поиске понятиями своей национальной правовой культуры. И может быть лишь один подлинный смысл», pp. 515-17 (Lord Steyn).

⁷² Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 1440, paras. 4742-4744 (см. сноску 67 выше); Н. Spieker, “Medical transportation”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), paras. 7-12; см. также менее строгое будущее время во французском варианте “sera arboré”.

ства, четко обозначенные как таковые их защитной эмблемой, становились даже предпочтительной целью. В этой связи Федеральные вооруженные силы, наряду с силами Бельгии, Франции, Соединенного Королевства, Канады и Соединенных Штатов совместно с МССБ приняли решение закрывать защитную эмблему на медицинских автотранспортных средствах⁷³.

37. Такая практика государств подтверждает толкование, согласно которому статья 12 не содержит обязательства использовать защитную эмблему при любых обстоятельствах⁷⁴, и тем самым предоставляет участникам определенную возможность для осуществления усмотрения.

38. Положение договора, предоставляющее государствам возможность осуществления усмотрения, может поставить вопрос о том, ограничивается ли эта возможность целью нормы. В соответствии со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях государство пребывания может в любое время, не будучи обязано мотивировать свое решение, уведомить аккредитующее государство, что какой-либо из членов дипломатического персонала представительства является *persona non grata*. Государства как правило направляют такие уведомления в случаях, когда члены персонала миссии, согласно установленным фактам или подозрениям, занимались шпионской деятельностью или совершили другие серьезные нарушения законодательства государства пребывания или вызвали значительное политическое раздражение⁷⁵. Тем не менее многие государства также делают такие заявления в более повседневных ситуациях, например, для обеспечения соблюдения правил дорожного движения⁷⁶ или в тех случаях, когда посланники причинили серьезный ущерб третьей стороне⁷⁷ или совершали серьезные или неоднократные нарушения зако-

⁷³ Deutscher Bundestag, "Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan", 9 April 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (перевод Специального докладчика).

⁷⁴ Spieker, "Medical transportation", para. 12.

⁷⁵ См. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pp. 77-88 (см. сноску 68 выше) с дополнительными ссылками на заявления, касающиеся шпионажа; см. также Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p. 484 para. 630 (см. сноску 68 выше); and Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, p. 30 (см. сноску 70 выше).

⁷⁶ См. Canada, Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d); United States, Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 September 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, pp. 8-9.

⁷⁷ The Netherlands, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts, имеется на веб-сайте по адресу www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html.

на⁷⁸. Можно даже допустить, что заявления делаются без четких оснований по политическим мотивам. Другие государства, как представляется, не заявляли, что такая практика представляет собой злоупотребление полномочиями в связи с объявлением членом персонала представительства *personae non gratae* в целях, не связанных с политическими или иными более серьезными соображениями. Таким образом, такая практика свидетельствует о том, что статья 9 предоставляет весьма широкую возможность для осуществления усмотрения⁷⁹.

3. Специфика практики

39. Толковательная ценность последующей практики по отношению к другим средствам толкования в том или ином конкретном случае часто зависит от ее специфики применительно к соответствующему договору⁸⁰. Это подтверждается, например, решениями Международного Суда, арбитражными решениями и докладами группы и апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО)⁸¹. Поучительным в данном случае является решение трибунала Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦИУС) в деле *Плата против Болгарии*:

Верно то, что договоры между одной из Договаривающихся Сторон и третьими государствами могут приниматься во внимание для цели уточнения смысла текста договора на момент его подписания. Заявитель представил весьма четкое и содержательное изложение практики Болгарии в отношении заключения инвестиционных договоров после заключения двустороннего инвестиционного договора между Болгарией и Кипром в 1987 году. В 1990-е годы после падения коммунистического режима в Болгарии страна начала заключать двусторонние инвестиционные соглашения с гораздо более либеральными положениями об урегулировании споров, включая возможность их передачи на рассмотрение МЦИУС. Однако эта практика не имеет особого отношения к данному случаю, поскольку последующие переговоры между Болгарией и Кипром указывают на то, что

⁷⁸ France, Ministère des affaires étrangères et du développement, Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities — Respect for local laws and regulations (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turkey, Ministry of Foreign Affairs, Traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 April 2005) (http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reprinted in G. Marston, “United Kingdom materials on international law 1985”, *British Yearbook of International Law*, vol. 56, No. 1 (1985), p. 437.

⁷⁹ См. G. Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 112 касательно еще более показательного дела в связи со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях.

⁸⁰ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 91 (см. сноску 66 выше).

⁸¹ См., например, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment*, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 55, para. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 259, para. 74; WTO, Panel Report, *US — Continued Zeroing*, WT/DS350/R, 1 October 2008 WTO, Appellate Body Report, *US — Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, 3 March 2005, para. 625.

эти Договаривающиеся Стороны не имели намерения, чтобы положение о НБН имело значение, которое в противном случае могло бы вытекать из последующей договорной практики Болгарии. Болгария и Кипр вели переговоры о пересмотре своего двустороннего инвестиционного договора в 1998 году. Эти переговоры потерпели неудачу, но на них конкретно рассматривался вопрос о пересмотре положений, касающихся урегулирования споров (...). Из этих переговоров можно сделать вывод о том, что сами Договаривающиеся Стороны двустороннего инвестиционного договора не считали, что действие положения о НБН распространяется на положения об урегулировании споров других двусторонних инвестиционных договоров⁸².

40. В то время как Международный Суд и арбитражные трибуналы, как правило, придают более существенное толковательное значение скорее конкретной последующей практике государств, Европейский суд по правам человека в основном ограничивается широкими и иногда приблизительными сравнительными оценками внутреннего законодательства или международной позиции, занимаемой государствами⁸³. В этой связи следует помнить о том, что права, изложенные в договорах по правам человека, обычно не предполагают авторитетного толкования и применения государственными органами, а должны скорее обеспечивать правильное воплощение (при определенной свободе усмотрения) договорных обязательств в законодательство, административную практику и международные договоренности их соответствующего государства. В этой связи достаточно существенные совпадения в национальном законодательстве значительного числа государств-членов уже могут иметь значение для определения сферы применения конкретного права человека или необходимости его ограничения. Кроме того, характер некоторых прав иногда говорит в пользу принятия во внимание менее конкретной практики. Например, в деле *Ранцев против Кипра* Суд указал следующее:

Из положений этих двух международных соглашений ясно, что Договаривающиеся Государства ... пришли к мнению, что эффективным в борьбе с торговлей людьми может быть лишь такое сочетание мер, которое затрагивает все три этих аспекта (...). Соответственно, обязанность наказывать торговцев людьми и привлекать их к ответственности — это лишь один из аспектов общего обязательства государств-членов по борьбе с торговлей людьми. Объем позитивных обязательств государства, вытекающих из

⁸² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Cyprus/Bulgaria BIT), Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (ECT) (8 February 2005), *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), p. 262, at pp. 323-324, para. 195.

⁸³ См., например, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Application No. 10843/84, ECHR Series A, No. 184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Application No. 5856/72, ECHR Series A, No. 26, para. 31; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Application No. 10581/83, ECHR Series A, No. 142, para. 46. This has been criticized by commentators: see, for example, P. G. Carozza, "Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, vol. 73, No. 5 (1998), pp. 1223-1224; L. R. Helfer, "Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, p. 140.

статьи 4 Конвенции (запрещение принудительного труда), надо рассматривать в этом более широком контексте⁸⁴.

41. Аналогичным образом, в деле *Чепмен против Соединенного Королевства* Суд отметил, «что среди государств-членов Совета Европы появляется тенденция признания специальных потребностей меньшинств и обязательств по защите их безопасности, самобытности и образа жизни (...)»⁸⁵, но в конечном итоге заявил, что «не убежден, что это согласие является настолько однозначным, чтобы представлять собой своеобразное руководство, касающееся модели поведения или стандарта, которые государства-члены рассматривают желательными в любой конкретной ситуации»⁸⁶.

Вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода:

Проект вывода 7

Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно статьям 31(3) и 32 могут способствовать прояснению смысла договора, в частности путем сужения или расширения диапазона возможных толкований или путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.

2. Ценность последующего соглашения или последующей практики в качестве средства толкования может, в частности, зависеть от их специфики.

IV. Форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)

42. Комиссия признала, что последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) заключается в любом «поведении» при осуществлении договора, которое может способствовать установлению соглашения относительно толкования договора⁸⁷. В зависимости от конкретного договора это включает не только внешне ориентированное поведение, такое как официальные акты, заявления и голосование на международном уровне, но и также внутренние законодательные, исполнительные и судебные акты, а также практику негосударственных субъектов, которая подпадает под сферу того, что в договоре определяется как формы его применения⁸⁸. Индивидуальное поведение, которое может способствовать

⁸⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 January 2010, Application No. 25965/04, ECHR 2010, paras. 273-274 and 285.

⁸⁵ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], 18 January 2001, Application No. 27238/95, ECHR 2001-I, para. 93.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 94.

⁸⁷ Комментарий к проекту вывода 4, пункты 16-19 (A/68/10, глава IV, раздел C.2).

⁸⁸ См., например, проект вывода 5 (A/68/10, глава IV, разделы C.1 и C.2); *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., *Judgment of 27 January 2014*, pp. 39-42, paras. 103-111 and pp. 45-46, paras. 119-122, p. 47, para. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp.228-230 (см. сноски 10 выше); Dörr, "Article 31. General rule of interpretation", pp. 555-556, para. 78 (см. сноску 11 выше); Boisson de Chazournes, "Subsequent practice, practices and 'family resemblance'":

осуществлению последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b), не должно отвечать каким-либо конкретным формальным критериям⁸⁹. Однако это не дает ответа на вопрос о том, требует ли коллективная «последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников» какой-либо конкретной формы по смыслу статьи 31(3)(b).

1. Разнообразие возможных форм последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)

43. Ясно, что последующая практика всех участников может устанавливать их соглашение относительно толкования договора. Такая практика не обязательно должна являться совместным поведением⁹⁰. Достаточно просто параллельного поведения. Это может, например, наблюдаться в тех случаях, когда два государства предоставляют нефтяные концессии независимо друг от друга таким образом, что это предполагает, что тем самым они имплицитно признают определенную линию границы в морской зоне. Так, в связи с делом о *Сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* Международный суд заявил, что «нефтяные концессии ... могут приниматься во внимание», если они основываются на явно выраженном или подразумеваемом соглашении между сторонами⁹¹. Является ли фактически параллельная деятельность такого рода достаточным общим пониманием (соглашением) относительно толкования договора в конкретном случае, то это — отдельный вопрос (см. главу V. ниже)⁹².

2. Частотность применения и единообразие последующей практики

44. Комиссия указала, что «если проводится различие... между концепцией последующей практики... и возможным соглашением между участниками, то частотность не является необходимым элементом определения концепции «последующей практики» ... по смыслу статьи 32»⁹³. Это не дает ответа на вопрос, требуется ли по смыслу «последующей практики» согласно статье 31(3)(b)⁹⁴ не разовое, а многократное применение договора в качестве возможной основы для соглашения между участниками относительно его толкования. Апелляционный орган ВТО установил довольно жесткий стандарт в этом отношении, за-

towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pp. 54, 56 and 59–60 (см. сноску 16 выше).

⁸⁹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 226-227; Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, p. 53.

⁹⁰ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 33; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1213, para. 17 (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren).

⁹¹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at p. 447, para. 304.

⁹² *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 659, at p. 737, para. 258; при этом см. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 84, para. 117, в связи с этим делом Суд признал концессии, предоставленные сторонами в споре, в качестве доказательства их молчаливого согласия; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile), I.C.J., Judgment of 27 January 2014*.

⁹³ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 35 (A/68/10, глава IV.C.2).

⁹⁴ Проект вывода 4, пункт 2 (A/68/10, глава IV.C.1).

явив в своем принятом ранее решении по делу *Japan — Alcoholic Beverages II* следующее:

Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве «согласованного, общего и последовательного» ряда актов или заявлений, что достаточно для выявления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения между участниками относительно его толкования⁹⁵.

45. Это определение предполагает, что последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) требует не только «акта или заявления» в отношении толкования договора, но и действий такой частотности и единообразия, которые служили бы основанием для вывода о том, что стороны неоднократно подтвердили достигнутое соглашение относительно толкования договора. Это является довольно высоким пределом, подразумевающим, что последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) не просто означает последующую практику как средство выявления соглашения, но и требует особо широкой, установившейся и законной формы коллективной практики для установления наличия соглашения между участниками относительно толкования договора.

46. Международный Суд, с другой стороны, не сформулировал такого абстрактного определения последующей практики в качестве коллективной деятельности по смыслу статьи 31(3)(b). Суд скорее применял это положение на гибкой основе, не устанавливая каких-либо дополнительных условий. Это относится, в частности, к его устанавливающему прецедент решению по делу *Остров Касикили/Седуду*, в котором Суд подтвердил свое предыдущее соответствующее решение⁹⁶. Другие международные суды в большинстве случаев исходили из гибкого понимания Международным Судом предела для применения статьи 31(3)(b). Это относится к Трибуналу Ирана-Соединенных Штатов Америки по рассмотрению претензий⁹⁷ и Европейскому суду по правам человека⁹⁸, в то время как Международный трибунал по морскому праву⁹⁹ и Европейский суд¹⁰⁰ по меньшей мере не придерживались стандарта, сформулированного Апелляционным органом ВТО по делу *Japan — Alcoholic Beverages II*. Трибу-

⁹⁵ WTO, Appellate Body Report, *Japan — Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, sect. E, pp. 12-13.

⁹⁶ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1075-1076, paras. 47-50 and p. 1087, para. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 6, at pp. 34-37, paras. 66-71.

⁹⁷ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), p. 77, at pp. 116-126, paras. 109-133.

⁹⁸ *Soering*, para. 103 (см.сноску 28 выше); *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, 23 March 1995, Application No. 15318/89, ECHR, Series A, No. 310, paras. 73 and 79-82; *Bankovic*, paras. 56 and 62 (см.сноску 30 выше).

⁹⁹ *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 262, at paras. 155-156.

¹⁰⁰ *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others*, Judgment, 5 July 1994, Case C-432/92, ECR I-3087, paras. 43, 46 and 50-54; *Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli*, Judgment, 30 November 1977, Case C-52/77, ECR 2261, para. 18.

налы Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств выносили различные решения¹⁰¹.

47. При более пристальном рассмотрении различие между стандартом, сформулированным Апелляционным органом ВТО, и отдельными решениями трибуналов Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, с одной стороны, и подходом Международного Суда и других международных трибуналов — с другой, является более видимым, чем реальным. Как представляется, Апелляционный орган ВТО придерживается «согласованной, общей и последовательной» формулы из публикации сэра Иана Синклэра¹⁰², который сам взял за основу аналогичную формулировку на французском языке Мустафы Камиля Ясина, бывшего члена Комиссии¹⁰³. Синклэр, однако, не делал никаких категоричных заявлений о том, что для удовлетворения требований статьи 31(3)(b) последующая практика должна быть «согласованной, общей и последовательной», а скорее указывал на то, что «ценность [курсив добавлен] последующей практики будет, естественно, зависеть от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной»¹⁰⁴. Это говорит о том, что формула, предусматривающая определения «согласованный, общий и последовательный», первоначально не служила основой для установления формального предела для применения статьи 31(3)(b), а скорее указывала на те обстоятельства, в которых последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) имела бы ту или иную ценность в качестве средства толкования в рамках процесса толкования¹⁰⁵. И по сути дела Апелля-

¹⁰¹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (United States/Argentina BIT), Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, ICSID Case No. ARB/01/3, 7 October 2008, p. 43, para. 70, имеется на http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caselD=C3; *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), Award and Concurring Opinion, ICSID Case No. ARB/00/2, 15 March 2002, *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, No. 1 (2002), p. 142, at p. 151 para. 33; *National Grid plc v. The Argentine Republic* (UK/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)), 20 June 2006, p. 25-26, paras. 84-85, имеется на <http://italaw.com/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>; O.K. Fauchald, "The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), p. 345; см. также A. Roberts, "Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States", *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 207-215.

¹⁰² I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), p. 137.

¹⁰³ Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", pp. 48-49, см. сноску 10 выше); определение «общий» взято из публикации Комиссии международного права, а определения «последовательный» и «согласованный» являются условиями, выработанными Ясином в результате дополнительного анализа; см. *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), pp. 98-99, paras. 17-18 and p. 221, para. 15.

¹⁰⁴ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137; Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), p. 77, at p. 118, para. 114.

¹⁰⁵ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; J.-P. Cot, "La conduite subséquente des parties à un traité", *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, pp. 644-647 ("valeur probatoire"); Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", p. 46 (see footnote 10 above); Dörr, "Article 31.

ционный орган ВТО однажды в аналогичной ситуации использовал эту уточненную формулировку, когда он вынес следующее определение:

Цель толкования договора заключается в установлении *общего* [выделено в подлинном тексте] намерения участников договора. Для установления этого намерения релевантной может быть предыдущая практика только одного из участников, но она безусловно имеет более ограниченную ценность по сравнению с практикой всех участников¹⁰⁶.

48. В связи с этим предлагается, чтобы формула «согласованной, общей и последовательной» практики не устанавливала минимального предела для применимости статьи 31(3)(b). Скорее именно то, насколько последующая практика является «согласованной, общей и последовательной», может позволить выявить ту «усматриваемую тенденцию», подразумевающую наличие соглашения участников, которое затем «должно быть закреплено в договоре»¹⁰⁷. Поэтому Комиссия сочла, что «ценность последующей практики варьируется в зависимости от того, насколько она демонстрирует общее понимание участниками смысла терминов»¹⁰⁸. Причина, по которой Апелляционный орган ВТО временно выносил более жесткое определение, может быть обусловлена особым характером и действием соглашений ВТО, а не тщательно взвешенным подходом к требованиям статьи 31(3)(b) применительно к широкому кругу других договоров. Вышеизложенные соображения подразумевают следующий вывод:

Проект вывода 8

Формы и ценность последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)

Последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участниками толкования договора. Ее ценность в качестве средства толкования зависит от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной.

V. Соглашение участников относительно толкования договора

49. Элементом, разграничивающим последующие соглашения и последующую практику в качестве аутентичного средства толкования согласно статье 31(3)(a) и (b) и другую последующую практику в качестве дополнительного

General rule of interpretation”, p. 556, para. 79 (see footnote 11 above); see also the oral argument before the International Court of Justice in *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, pp. 32-36, paras. 7-19 (Wood), available from www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, pp. 13-18, paras. 6-21 (Wordsworth), available from www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

¹⁰⁶ WTO, Appellate Body Report, *EC — Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 93.

¹⁰⁷ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 221, para. 14; подтверждено в связи с делом *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1076, para. 49; см. также В. Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 218 and 239-241 (см. сноски 10 выше).

¹⁰⁸ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 222, para. 15; Cot, “La conduite subséquente des parties a un traité”, p. 652.

средства толкования согласно статье 32¹⁰⁹, является «соглашение» участников относительно толкования соответствующего договора. Именно соглашение участников придает средствам толкования согласно статье 31(3)¹¹⁰ их конкретную функцию и ценность для интерактивного процесса толкования в соответствии с общим правилом толкования статьи 31¹¹¹.

1. Наличие и сфера соглашения

50. Противоположные позиции, излагаемые различными участниками договора, исключают наличие соглашения. Это было подтверждено, в частности, Арбитражным трибуналом в связи с делом *Внешние долги Германии*, который постановил, что сообщения различных управляющих учреждений не позволяют говорить о наличии «подразумеваемого последующего понимания», поскольку одно из учреждений — Английский банк — изложило иную позицию¹¹².

51. Вместе с тем, отсутствие соглашения проявляется только в течение периода сохранения различных точек зрения. Необходимо четко прояснять сферу и возможности достижения любого соглашения (см. главу II выше)¹¹³. Факт, что государства осуществляют договор по-разному, сам по себе не позволяет сделать вывод о правовой релевантности этих различий. Такие различия могут отражать разногласия в отношении (одного) правильного толкования, но и также общее понимание того, что договор обеспечивает определенные возможности для его осуществления по своему усмотрению¹¹⁴. Договоры, в которых находят свое отражение соображения человечности или другие общечеловеческие интересы, как, например, договоры в области прав человека или Конвенция о статусе беженцев, предположительно направлены на единообразное толкование, поскольку в них устанавливаются минимальные обязательства, а для

¹⁰⁹ См. проект вывода 2 и проект вывода 4, пункт 3 (A/68/10, глава IV.C.1).

¹¹⁰ См. J. Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 30: "Нет оснований полагать, что слово «соглашение» в пункте (b) имеет смысл, отличающийся от его смысла в пункте (a)".

¹¹¹ См. комментарий к проекту вывода 1, пункты 12–15 (A/68/10, глава IV.C.2) ; статью 31 следует «воспринимать в целом», и в ней процесс толкования определяется как «одна единая операция, «не создающая правовую иерархию норм для толкования договоров», *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 219, para. 8, and p. 220, para. 9.

¹¹² *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award of 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 67, pp. 103-104, para. 31; см. также WTO, Appellate Body Report, *EC — Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Decision of 14 February 1985, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part IV, p. 149, at p. 175, para. 66; *Case C-432/92, The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others*, [1994] ECR I-3087, paras. 50-51.

¹¹³ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., Judgment of 27 January 2014, at p. 36, para. 99.

¹¹⁴ См. главу III выше.

государств не предусматривается возможности их осуществления по своему усмотрению.

52. Хотя двусмысленное поведение одного или нескольких участников, как правило, не позволяет установить наличие соглашения¹¹⁵, международные суды в некоторых случаях признавали факт достижения соглашения относительно толкования по смыслу статьи 31(3), несмотря на наличие определенных признаков, свидетельствующих об обратном. Так, не все элементы поведения государства, не вписывающиеся в общую картину, придают поведению этого государства такую двусмысленность, которая не позволяет установить наличие соглашения. Например, в деле о *Канале Бигль* Арбитражный суд определил, что тот факт, что участники провели переговоры и что впоследствии между ними выявились разногласия в отношении толкования договора, не всегда является достаточным основанием для вынесения определения о том, что такое отсутствие соглашения имеет необратимый характер:

... Также, переговоры, проводимые для достижения урегулирования и заканчивающиеся неудачей, вряд ли могут иметь необратимый эффект. В лучшем случае, это может временно предотвращать пробные шаги участников в поддержку их вариантов толкования договора, поскольку такие шаги предпринимались в ходе переговоров. Рассмотрение вопроса не может быть вынесено на более высокий уровень¹¹⁶.

В связи с тем же делом Арбитражный суд вынес следующее определение:

Собственно опубликование нескольких карт сомнительного содержания и ценности (как это уже продемонстрировал Суд) не может, даже если это отражает официальную позицию Аргентины, помешать или воспрепятствовать Чили совершить действия, которые, в свою очередь, продемонстрируют ее позицию в отношении ее прав по договору 1881 года; факт такой публикации не может также убедить Аргентину в том, то ей не следует больше реагировать на эти действия, если она считает их противоречащими договору»¹¹⁷.

53. Также, в связи с делом *Лоуизиду* против *Турции* Европейский суд по правам человека вынес определение, согласно которому сфера ограничений, которые участники могут устанавливать в отношении признания компетенции Комиссии и Суда, «была подтверждена последующей практикой Договаривающихся сторон», т.е. «существованием практики, свидетельствующей о практически общем согласии среди Договаривающихся сторон в отношении того, что статьи 25 и 46 ... Конвенции не позволяют устанавливать территориальные или существенные ограничения»¹¹⁸. Суд пояснил, что «такая государственная практика» имеет «единообразный и последовательный характер», несмотря на то, что он одновременно признал, что оба государства, возможно, являются ис-

¹¹⁵ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, p. 231, at para. 258, para. 70; R. Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, p. 16.

¹¹⁶ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 57, at p. 188, para. 171.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Loizidou*, paras. 79 and 81 (см. сноску 98 выше).

ключениями¹¹⁹. Это решение заслуживает особого упоминания, поскольку Суд, вопреки своей принятой практике изложения доводов, явно выраженным образом упомянул и применил статью 31(3)(b)¹²⁰. Это решение предполагает некоторую гибкость при толковании того, было ли между участниками достигнуто соглашение в отношении определенного толкования¹²¹.

2. «Соглашение» по смыслу статьи 31 (3) может быть неофициальным

54. Термин «соглашение» в Венской конвенции¹²² и его использование в обычном международном праве договоров не подразумевают какой-либо особой степени формальности¹²³. Поэтому в Венской конвенции также не установлено каких-либо требований к форме «соглашения» согласно статье 31(3)(a) и (b)¹²⁴. При этом Комиссия отметила, что для проведения различия между последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(a) и последующей практикой, которая «устанавливает соглашение» участников относительно его толкования по смыслу статьи 31(3)(b), первое предполагает наличие «одного общего действия» сторон¹²⁵. Помимо этой минимальной степени формальности в отношении конкретных средств толкования согласно статье 31(3)(a) любое соглашение между участниками, которое можно установить, является достаточным. Никаких требований о публикации или регистрации такого соглашения в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций не установлено¹²⁶.

¹¹⁹ Ibid., paras. 80 and 82.

¹²⁰ Это дело касалось не толкования конкретного права человека, а скорее вопроса о том, обязано ли государство вообще соблюдать Конвенцию.

¹²¹ Более ограничительная судебная практика Органа по урегулированию споров ВТО свидетельствует о том, что различные стороны могут толковать вопросы по-разному, см. WTO Appellate Body Report, *US — Continued Zeroing*, WT/DS350/AB/R, 4 February 2009, para. 7.218: «[...] даже если окончательно установлено, что все 76 членов, упомянутых Европейскими сообществами, применяли [определенную] практику [...], это лишь означает, что значительное число членов ВТО придерживались подхода, который отличался от подхода Соединенных Штатов. [...] Мы отмечаем, что одна треть участников данного разбирательства представила доводы, оспаривающие точку зрения Европейских сообществ».

¹²² См. статьи 2 (1)(a), 3, 24 (2), 39–41, 58 и 60.

¹²³ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5 (A/68/10, глава IV.C.2); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 45 (см. сноску 10 выше); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 47 (см. сноску 10 выше).

¹²⁴ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5 (A/68/10, глава IV.C.2); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 208–209 and 216–220 (см. сноску 10 выше); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 (см. сноску 66 выше); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 554, para. 75 (см. сноску 11 выше).

¹²⁵ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (A/68/10, глава IV.C.2); «одно общее действие» может также заключаться в обмене письмами, см. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 June 1990, *ILR*, vol. 105, p. 1, at pp. 54–56; H. Fox, “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island Case*”, in *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties — 30 Years On*, M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds. (Martinus Nijhoff, 2010), p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 220–221.

¹²⁶ A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (1986), pp. 789–790.

3. Осведомленность участников о соглашении между ними

55. Для установления соглашения согласно статье 31(3) недостаточно, чтобы позиции участников относительно толкования или применения договора совпадали; необходимо, чтобы участники также осознавали, что эти позиции имеют общий характер. Так, в связи с делом об *Острове Касикили/Седуду* Международный Суд в отношении практики, требуемой в соответствии со статьей 31(3)(b), вынес определение о том, что «власти полностью осознавали и признавали это в качестве подтверждения границ по Договору»¹²⁷. Действительно, только знание позиции других участников в отношении толкования договора служит основанием для квалификации соглашения по смыслу статьи 31(3) в качестве «аутентичного» средства толкования¹²⁸. При этом, однако, возможно, что знание позиции другого участника или участников имеет конструктивный характер, особенно в случае договоров, которые осуществляются на национальном уровне при отсутствии общего надзорного механизма.

4. Соглашение по смыслу статьи 31(3) не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу

56. Соглашение по смыслу статьи 31(3)(a) необязательно должно иметь обязательную юридическую силу¹²⁹. То же самое относится, а fortiori, к последующей практике согласно статье 31(3)(b). Это подтверждается тем, что Комиссия в своих заключительных статьях о праве договоров использовала выражение «любая последующая практика, устанавливающая понимание [курсив добавлен] участников»¹³⁰. На Венской конференции выражение «понимание» было заменено выражением «соглашение» не по причинам существа, а по причинам сугубо «редакционного характера» с тем, чтобы подчеркнуть, что понимание участников означает их «общее» понимание¹³¹. Выражение «понимание» предполагает, что термин «соглашение» в статье 31 (3)¹³² не требует, чтобы

¹²⁷ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1094, para. 74 («оккупация острова племенем масубия») and p. 1077, para. 55 («доклад Исона», который, «как представляется, так и не был доведен до сведения Германии»); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 560, para. 88 (см. сноску 11 выше).

¹²⁸ В этом отношении установление последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b) может быть более жестким требованием по сравнению с тем, что требуется в соответствии с обычным международным правом, однако см. при этом Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pp. 53–55 (см. сноску 16 выше).

¹²⁹ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 6 (A/68/10, глава IV.C.2); это означает, что последующее соглашение согласно статье 31(3)(a) необязательно имеет такой же правовой эффект, что и договор, к которому оно относится; в связи с делом *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1091, para. 68, Суд дал понять, что, по мнению одной из сторон, некоторые формы практического сотрудничества не имеют правового отношения к цели рассматриваемого вопроса о границе, и поэтому она не согласна с противоположной позицией другой стороны.

¹³⁰ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 222, para. 15.

¹³¹ *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров*, стр. 169 англ. текста, пункт 60; (см. сноску 12 выше); P. Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet, ed. (Bruylant, 2007).

¹³² Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 30 (см. сноску 110 выше): «Нет оснований полагать, что слово

участники тем самым принимали на себя или создавали какое-либо правовое обязательство, существующее в дополнение к договору или независимо от него¹³³. Достаточно, чтобы участники, посредством последующего соглашения или последующей практики согласно статье 31(3), придали определенное значение договору¹³⁴ или, другими словами, приняли его «некоторое» понимание¹³⁵. Последующие соглашения и последующая практика согласно статье 31(3)(a) и (b), даже если они сами по себе не имеют обязательной юридической силы, могут тем не менее в качестве средств толкования приводить к возникновению правовых последствий в рамках процесса толкования согласно статье 31¹³⁶.

57. Это понимание термина «соглашение» в статье 31(3) было подтверждено судебной практикой международных судов и трибуналов. Международные суды и трибуналы не требовали, чтобы «соглашение» по смыслу статьи 31(3) отражало намерение участников создать новые или отдельные обязательства, имеющие обязательную юридическую силу (например, «поведение, подразумевающее наличие между участниками соглашения относительно его толкования»¹³⁷, или что «поведение ... должно подразумевать наличие соглашения относительно толкования соответствующего положения»¹³⁸ или «практику, отражающую соглашение относительно толкования»¹³⁹ или что «государственная

«соглашение» в пункте (b) имеет смысл, отличающийся от его смысла в пункте (a)»; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 169–171 (см. сноску 11 выше).

- ¹³³ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, ILR vol. 59 (1980), pp. 541-542, para. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 190-195 (см. сноску 11 выше); Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, pp. 25-26 (см. сноску 115 выше); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 169-171 (см. сноску 11 выше).
- ¹³⁴ Эта терминология соответствует положениям комментария к руководящему принципу 1.2 (Определение заявлений о толковании), содержащегося в подготовленном Комиссией Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам (см. A/66/10/Add.1, стр. 69 англ. текста, пункты 18 и 19).
- ¹³⁵ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), pp. 221-222, paras. 15 and 16 (термин «понимание» используется в контексте как статьи 31 (3)(a), так и измененной статьи 31(3)(b)).
- ¹³⁶ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, p. 3, at p. 131, para. 6.7; Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, pp. 787 and 807 (см. сноску 126 выше); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 173 (см. сноску 11 выше); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment” (см. сноску 79 выше); Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, p. 434 (см. сноску 131 выше).
- ¹³⁷ WTO, Appellate Body Report, *Japan — Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, section E, p. 13.
- ¹³⁸ WTO, Panel Report, *EC — IT Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 August 2010, para. 7.558.
- ¹³⁹ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), p. 77, at p. 119, para. 116.

практика» «свидетельствовала об отсутствии каких-либо подозрений у Договаривающихся сторон»¹⁴⁰. Также меморандумы о взаимопонимании иногда признавались в качестве «потенциально важного подспорья для толкования», но не «источника независимых юридических прав и обязанностей»¹⁴¹. Действительно, если стороны заключают юридически обязательное соглашение о толковании договора, возникает вопрос о том, чем является данное соглашение — лишь средством для толкования, среди прочего¹⁴², или же документом, имеющим преимущественную силу над договором, как, например, поправки к договорам согласно статье 39 (см. главу VII.3.В ниже).

5. Молчание как возможный элемент соглашения по смыслу статьи 31(3)

58. Хотя «соглашение» по смыслу статьи 31(3) может быть неофициальным и не обязательно иметь обязательную юридическую силу, оно должно тем не менее быть идентифицируемым для «установления». Это требование сформулировано явно выраженным образом только в отношении последующей практики согласно статье 31(3)(b), но и также является подразумеваемым условием для «последующего соглашения» согласно статье 31(3)(a), которое должно быть отражено в «одном общем действии»¹⁴³. Поэтому простое молчание участников не может означать «последующего соглашения» по смыслу статьи 31(3)(a).

59. С другой стороны, Комиссия признала, что «соглашение», являющееся результатом последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b), может отчасти являться следствием молчания или бездействия. Когда Комиссия разъясняла причины, по которым она использовала выражение «понимание участников» в проекте статьи 27(3)(b) (которое впоследствии стало «соглашением» в статье 31(3)(b)), а не выражение «понимание всех участников», Комиссия заявила следующее:

Она сочла, что выражение «понимание участников» обязательно означает «участников в целом». Она опустила слово «всех» просто для того, чтобы избежать любого возможного неправильного понимания, согласно которому каждый участник должен в индивидуальном порядке осуществлять практику, тогда как то, что оно приняло эту практику, является достаточным¹⁴⁴.

60. Таким образом, Комиссия предположила, что не все участники должны были осуществлять конкретную практику, но что такая практика могла, в случае ее «принятия» теми участниками, которые не осуществляли такую практику, позволить сформировать достаточное согласие относительно толкования

¹⁴⁰ *Bankovic*, para. 62, (см. сноску 30 выше).

¹⁴¹ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, p. 2, at p. 131, para. 6.7; see also *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decision of 24 May 2005, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, part II, p. 35, at p. 98, para. 157.

¹⁴² Crawford, "A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", pp. 31-33 (см. сноску 110 выше); см., например, *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, p. 2, at p. 131, para. 6.8.

¹⁴³ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (A/68/10, глава IV.C.2).

¹⁴⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 222, para. 15.

договора¹⁴⁵. Решения международных судов и трибуналов, принятые до и после работы Комиссии, подтверждают, что такое принятие может быть обеспечено вследствие молчания или бездействия.

а) Судебная практика международных судов и трибуналов

61. Международный Суд признал возможность выражения согласия относительно толкования посредством умолчания или бездействия, заявив в связи с делом *Temple of Preah Vihear* о том, что «когда ясно, что сложившиеся обстоятельства требовали принятия определенных мер реагирования в течение разумного периода времени», то следует считать, что государство, столкнувшееся с некоторым последующим поведением другого участника, «молчаливо согласилось с ним»¹⁴⁶.

62. Дело *Temple* касалось практики, которая, возможно, подразумевала не только простое толкование договора, но и, вероятно, даже изменение договора о границе. Однако, невзирая на то, что договор может быть изменен вследствие последующей практики участников (см. главу VII ниже), общее предложение Суда относительно роли умолчания в целях установления соглашения относительно толкования договора в силу последующей практики было подтверждено последующими решениями¹⁴⁷, а также в целом юристами-теоретиками¹⁴⁸. «Обстоятельства», которые «потребуется принятия определенных мер реагирования», включают особые условия, в которых государства-участники взаимодействуют друг с другом в связи с договором¹⁴⁹.

63. Возможное значение молчания для установления соглашения относительно толкования было разъяснено Арбитражным судом в связи с делом *Beagle*

¹⁴⁵ WTO, Appellate Body Report, *EC — Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 259.

¹⁴⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 23.

¹⁴⁷ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, p. 815, para. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, at p. 410, para. 39; *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, ICTY-95-17/1, para. 179; *Rantsev*, para. 285 (см. сноски 84 выше); проявляя осмотрительность: WTO, Appellate Body Report, *EC — Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272; см. также, в ограниченном смысле, *Iran-United States Claims Tribunal, Award No. 30-16-3, RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation, Iran-USCTR*, vol. 2 (1983), p. 141, at p. 144; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 67; ILR, vol. 59 (1980), p. 541, para. 31.

¹⁴⁸ М. Камто, “La volonté de l’État en droit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), pp. 134-141; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 49 (см. сноски 10 выше); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 236 (см. сноски 10 выше); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431, para. 22 (см. сноски 49 выше); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pp. 557 and 559, paras. 83 and 86 (см. сноски 11 выше).

¹⁴⁹ Например, при работе в рамках международной организации см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011*, p. 644, at pp. 675-676, paras. 99-101; Камто, “La volonté de l’État en droit international”, p. 136.

*Channel*¹⁵⁰. В этом деле Суд рассматривал утверждение Аргентины о том, что юрисдикционные акты Чили в отношении некоторых островов не могут считаться релевантным последующим поведением, поскольку Аргентина не отреагировала на эти акты. Вместе с тем Суд вынес следующее определение:

В положениях Венской конвенции не указываются возможные способы проявления соглашения. В контексте настоящего дела юрисдикционные акты не были направлены на установление источника права собственности независимо от условий договора; к тому же нельзя считать, что они противоречат этим положениям в том виде, как их понимает Чили. Имеющиеся данные подтверждают точку зрения о том, что они имели публичный характер и были хорошо известны Аргентине и что они могли основываться только на положениях Договора. При таких обстоятельствах молчание Аргентины позволяет сделать вывод о том, что эти акты имели своей целью подтвердить толкование смысла Договора независимо от самих юрисдикционных актов¹⁵¹.

64. Смысл молчания также зависит от правовой ситуации, к которой относится последующая практика другого участника, и соответствующего выраженного требования. Так, в деле *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* Суд вынес следующее определение:

Некоторые из этих видов деятельности — организация здравоохранения и образования, правоохранительная деятельность и отправление правосудия — можно, как правило, рассматривать в качестве суверенных актов. При этом Суд отмечает, что поскольку у Камеруна ранее имелось право собственности в этой области, то соответствующая правовая задача заключается в определении того, можно ли в данном случае говорить о доказанном молчаливом согласии Камеруна на передачу своего права собственности Нигерии¹⁵².

65. Это постановление предполагает, что в случаях, касающихся договоров об установлении делимитированной границы, сложившиеся условия требуют принятия мер реагирования только в весьма исключительных обстоятельствах. В таких ситуациях, как представляется, существует обоснованная презумпция в отношении того, что молчание не означает признания практики¹⁵³. Фактиче-

¹⁵⁰ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53.

¹⁵¹ *Ibid.*, at p. 187, para. 169(a).

¹⁵² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at p 352, para. 67.

¹⁵³ *Ibid.*, at p. 51, para. 64: «Суд, однако, отмечает, что теперь, когда он вынес свои определения о том, что граница в озере Чад была делимитирована... это означает, что любые действия Нигерии по сути должны квалифицироваться с точки зрения их правовых последствий как действия *contra legem*»; *Frontier Dispute, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 586, para. 63: «однако, сразу же следует в общем смысле описать ту правовую связь, которая существует между такими актами и правами собственности, на которых основывается применение принципа *uti possidetis*. Для этой цели следует провести следующее различие: в тех случаях, когда акт не соответствует закону, то есть территория, являющаяся объектом спора, фактически находится под управлением государства, иного, чем государство, обладающее правом собственности, предпочтение должно отдаваться обладателю этого права. Если деятельность не соответствует любому праву собственности, то это всегда следует принимать во внимание. И наконец, имеются случаи, когда в праве собственности не оговорено территориальное пространство, на которое оно

ски был задан вопрос о том, является ли релевантным определение Международного Суда по делу *Temple of Preah Vihear*, согласно которому конкретные обстоятельства этого дела не требуют мер реагирования со стороны Таиланда¹⁵⁴. Однако этот аспект не ставит под сомнение общий стандарт, установленный Судом в отношении релевантности молчания.

b) Соображения общего характера

66. Хотя правильное применение общего правового стандарта о релевантности молчания для установления соглашения относительно толкования зависит в значительной степени от обстоятельств конкретного дела, некоторые общие критерии можно вывести из решений международных судов и трибуналов. Они показывают, что признание в результате молчания или бездействия, создающее необходимое общее понимание, обеспечивается не просто, даже за пределами сферы договоров об установлении границы.

67. Последующая практика одного участника, которая по-прежнему не известна другому участнику, не может служить основой для общего понимания вследствие молчания этого другого участника (см. 3 выше). Вопрос, однако, заключается в том, при каких обстоятельствах можно ожидать, что другое государство примет во внимание и отреагирует на поведение, о котором оно не было уведомлено, но о котором ему тем не менее каким-то образом известно, в частности потому что оно действует в общественной сфере. Например, внутренние парламентские документы и протоколы являются, как правило, открытыми, однако в большинстве случаев они не препровождаются другим участникам договора. Международные суды и трибуналы неохотно соглашались

распространяется. При этом деятельность может играть существенно важную роль в демонстрации того, каким образом право собственности толкуется на практике»; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, part II (Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui), p. 119, at p. 181, para. 70: «При этом я не могу согласиться с особым мнением судьи Аго по делу *Continental Shelf case between Tunisia and Libya* 1982 года, который счел, что постановления, принятые правительством Италии 16 апреля 1919 года в Триполитании и Киренаике, делимитировали морскую границу между Тунисом и Ливией просто потому, что Тунис не высказал возражений. В тех случаях, когда вопрос касается границы (морской или сухопутной) и границы, которая официально признана в качестве таковой, требования обязательно должны быть более жесткими в силу политического значения процесса. Во всяком случае, установление границы должно быть результатом соглашения и не основываться на хрупком элементе отсутствия возражений со стороны одного из участников».

¹⁵⁴ См. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Dissenting opinion of Judge Spender*, p. 101, at p. 128: «При определении того, какие выводы можно или следует сделать из молчания Таиланда или отсутствия протестов в стране, необходимо, по моему мнению, обратиться к тому периоду времени, когда произошли соответствующие события, району мира, в котором они имели место, общим условиям, существовавшим в Азии в этот период, политической и прочей деятельности западных стран в Азии в то время и тому факту, что из двух соответствующих государств одно было азиатским, а другое — европейским. По моему мнению, было бы несправедливо применять по отношению к поведению Таиланда в этот период объективные стандарты, сопоставимые со стандартами, которые в разумном плане можно было бы применять сегодня или в то время по отношению к высоко развитым европейским государствам»; см. также P.C.W. Chan, “Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear revisited*”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, 2004, p. 439; G. M. Kelly, “The *Temple Case* in historical perspective”, *British Yearbook of International Law*, vol. 39 (1963), p. 471.

признавать в качестве последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b) парламентские протоколы или судебные решения, на которые другие участники договора должны реагировать, даже если такие протоколы или судебные решения были доведены до их сведения по другим каналам, в том числе через их собственную дипломатическую службу¹⁵⁵.

68. Даже в тех случаях, когда участник своим поведением выражает определенную позицию по отношению к другому участнику (или участникам) относительно толкования договора, это не всегда требует принятия мер реагирования со стороны другого участника или участников. В связи с делом *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд постановил, что государство, не отреагировавшее на выводы совместной комиссии экспертов, которой участники поручили определить конкретную фактическую ситуацию в отношении оспариваемого вопроса, не обеспечило таким образом основание для вывода о том, что в отношении спора было достигнуто соглашение¹⁵⁶. Это объясняется тем, что стороны в этом конкретном деле рассматривали работу экспертов как просто подготовительный шаг к отдельному решению, которое должно было быть выработано впоследствии на политическом уровне. На более общем уровне Апелляционный орган ВТО вынес определение о том, что

в конкретных ситуациях «отсутствие реакции» со стороны какого-либо участника договора или его молчание могут, с учетом сопутствующих обстоятельств, восприниматься как признание практики другими участниками договора. Такие ситуации могут наблюдаться тогда, когда участник, который не осуществлял практику, узнает или информируется о практике других участников (например, посредством уведомления или в связи с участием в форуме, на котором она обсуждается), но не реагирует на нее¹⁵⁷.

69. Этот стандарт с его акцентом на «уведомление или ... участие в форуме» полезен в качестве общего руководящего принципа. Однако условия для релевантности молчания могут варьироваться в зависимости от различных договоров¹⁵⁸. Европейский суд по правам человека, в частности, часто использует последующую практику при вынесении определений, касающихся «консенсуса», «широкого большинства», «значительного большинства», «общепризнанных правил» или «особой тенденции»¹⁵⁹, и не стремится поставить такую практику под условие наличия соглашения по смыслу статьи 31(3)(b). Это может пояснить причины, по которым Европейский суд по правам человека, в отличие от

¹⁵⁵ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 625, at p. 650, para. 48; WTO Appellate Body Report, *EC — Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 334 («... простой доступ к опубликованному решению не может быть равнозначен признанию ...»).

¹⁵⁶ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1089–1091, paras. 65–68.

¹⁵⁷ WTO, Appellate Body Report, *EC — Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272 (сноска опущена).

¹⁵⁸ Договоры о создании международных организаций будут рассматриваться более конкретно на более позднем этапе работы над этой темой.

¹⁵⁹ *Rantsev*, para. 285 (см. сноску 84 выше); *Jorgic*, para. 69 (см. сноску 29 выше); *Demir and Baykara*, para. 52 (см. сноску 28 выше); *Sigurdur A Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, Application No. 16130/90, ECHR Series A, No. 264, para. 35; *A. v. the United Kingdom*, 17 December 2002, Application No. 35373/97, ECHR 2002-X, para. 83; *Mazurek*, para. 52 (см. сноску 29 выше).

Международного Суда, практически никогда открыто не рассматривал роль молчания или молчаливого согласия некоторых государств-участников в целях определения релевантности определенной практики для вопроса о толковании.

70. Возможное правовое значение молчания в связи с последующей практикой какого-либо участника договора не ограничивается содействием возможному достижению основополагающего общего соглашения, но может также играть определенную роль для применения правил, не основывающихся на согласии, таких как препятствие или исковая давность¹⁶⁰.

6. Последующая практика как показатель наличия соглашения о временном неприменении договора или просто о практической договоренности

71. Общая последующая практика не обязательно указывает на наличие между участниками соглашения о толковании договора, но может также означать наличие между ними соглашения о временном неприменении договора или о какой-либо практической механизме (*modus vivendi*). Эту точку зрения подтверждают следующие примеры:

В статье 7 Женевской конвенции 1864 года предусматривается, что «[а] для госпиталей и походных лазаретов ... будет принят особый, для всех одинаковый, флаг. ... он будет белый с изображением красного креста»¹⁶¹. Во время русско-турецкой войны 1876–1878 годов Османская империя заявила, что в будущем она будет использовать красный полумесяц на белом поле для обозначения своих походных лазаретов, уважая по-прежнему знак красного креста, обеспечивающий защиту госпиталей противника, и что отличительный знак Конвенции «до сих пор не позволял Турции пользоваться своими правами, гарантированными Конвенцией, поскольку оскорблял чувства солдат-мусульман»¹⁶². Такое заявление послужило причиной для переписки между Османской империей, Швейцарией (в качестве депозитария) и другими государствами-участниками, в результате которой знак красного полумесяца был принят только временно до конца уже имевшего место конфликта¹⁶³. На Гаагских конференциях мира 1899 и 1907 годов и в ходе Женевской Конференции по пересмотру Конвенции 1906 года Османская империя, Персия и Сиам безуспешно добивались включения в Конвенцию красного полумесяца, красного льва, солнца и красного пламени¹⁶⁴. Вместе с тем Османская империя и Персия по крайней мере добились признания оговорок, которые были ими сфор-

¹⁶⁰ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, pp. 130-131 (Dissenting Opinion of Judge Spender).

¹⁶¹ Женевская Конвенция об улучшении участи раненых в действующих армиях (принята в Женеве 22 августа 1864 года; вступила в силу 22 июня 1865 года).

¹⁶² “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, No. 29, January 1877, pp. 35–37, цитируется в публикации F. Bugnion, , *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal* (Geneva, International Committee of the Red Cross, 2007) или в статье F. Bugnion, “The emblem of the Red Cross: a brief history”, *International Review of the Red Cross*, vol. 17, No. 195 (1977), pp. 283–298.

¹⁶³ “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, No. 31, July 1877, p. 89, цитируется в публикации Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, p. 18.

¹⁶⁴ Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, pp. 19–31.

мулированы с этой целью в 1906 году¹⁶⁵. И только в связи с пересмотром Женевских конвенций в 1929 году после того, как Турция, Персия и Египет заявили, что использование других эмблем стало свершившимся фактом и что эти эмблемы использовались на практике, не вызывая никаких возражений¹⁶⁶, красный полумесяц, красный лев и солнце были наконец признаны в качестве особого знака в статье 19(2) Женевской Конвенции об улучшении участи раненых в действующих армиях¹⁶⁷. Однако это признание — сначала в результате признания оговорок Османской империи и Персии в 1906 году и затем в статье 19(2) Женевской конвенции 1929 года — не означает, что участники согласились с тем, что Женевская конвенция 1864 года была изменена до 1906 года вследствие последующей практики, которая не вызывала возражений. До 1906 года, скорее, считалось, что практика, применявшаяся Османской империей и Персией, не охватывается Конвенцией 1864 года, но она признавалась в качестве временной и исключительной меры, в связи с чем общее обязательство по договору осталось неизменным.

72. Участники могут также впоследствии договориться, явно выраженным образом или в рамках своего поведения, о том, чтобы оставить вопрос о правильном толковании договора открытым и создать практический механизм (*modus vivendi*), в отношении которого могут высказать возражения судебные или квазисудебные инстанции или другие государства-участники¹⁶⁸. Одним из примеров такого практического механизма является меморандум о договоренности между министерством транспорта Соединенных Штатов Америки и министерством связи и транспорта Мексиканских Соединенных Штатов о международных трансграничных перевозках от 6 июля 2011 года¹⁶⁹. В меморандуме не говорится о третьем участнике НАФТА — Канаде — и указывается, что «он не наносит ущерба правам и обязанностям Соединенных Штатов Америки и Мексики по НАФТА». Эти обстоятельства подразумевают, что меморандум представляет собой не соглашение о толковании НАФТА по смыслу статьи 31(3)(a) или (b), а, скорее, практическую договоренность, в отношении которой могут высказать возражения другие участники или судебные или квазисудебные инстанции.

¹⁶⁵ В их число вошел Египет в результате присоединения к Конвенции в 1923 году (см. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, pp. 23–26).

¹⁶⁶ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929, 1930*, pp. 248–49, цитируется в публикации F. Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 4th ed. (International Committee of the Red Cross, 2006), p. 13.

¹⁶⁷ Женевская Конвенция об улучшении участи раненых в действующих армиях, подписана в Женеве 27 июля в году (League of Nations, *Treaty Series*, vol. 118, No. 2733).

¹⁶⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 213, at pp. 234–235, para. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 65–66, paras. 138–140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 32 (см. сноску 110 выше).

¹⁶⁹ J. R. Crook, “Contemporary Practice of the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 809–812; см. также: Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (7 July 2011) *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América*.

7. Изменение или прекращение действия соглашения о толковании согласно статье 31(3)(а) или (b)

73. После заключения соглашения между участниками согласно статье 31(3)(а) и (b) его действие в конечном итоге может завершиться. Одна возможность заключается в том, что участники заменяют его другим соглашением о толковании договора с иной сферой действия и содержанием. В этом случае новое соглашение заменяет собой предыдущее соглашение в качестве аутентичного средства толкования начиная с даты его вступления в силу по крайней мере на определенный период времени в будущем¹⁷⁰.

74. Также возможны случаи, когда между участниками возникают разногласия относительно толкования договора после достижения ими последующего соглашения относительно такого толкования. Однако такие разногласия, как правило, не приводят к замене первоначального последующего соглашения, поскольку принцип добросовестности не позволяет участнику просто дезавуировать законные ожидания, возникшие в связи с общим толкованием¹⁷¹. С другой стороны, четко выраженное дезавуирование одним участником ранее согласованной последующей практики «значительно снижает значимость практики после этой даты», не умаляя при этом значения предыдущей общей практики¹⁷². Фактическое соглашение участников во время толкования договора, естественно, имеет самое большое значение по смыслу статьи 31(3)¹⁷³.

75. Излагаемые выше соображения позволяют сделать следующий вывод:

Проект вывода 9

Соглашение участников относительно толкования договора

1. Соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) и (b) не обязательно заключать в какой-либо конкретной форме, и оно не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу.

2. Для заключения соглашения по смыслу статьи 31(3)(b) необходимо общее понимание в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые могут активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу статьи 31(3)(b), может быть различным. Молчание одного или нескольких участников в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции, означает принятие последующей практики.

3. Общее последующее соглашение или практика необязательно свидетельствуют о наличии соглашения между участниками относительно толкования договора, но могут, с другой стороны, указывать на наличие соглашения о временном неприменении договора или создании практического механизма (*modus vivendi*).

¹⁷⁰ Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 118 (см. сноску 79 выше); это, по мнению Ясина (“L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 47 (см. сноску 10 выше)), означает, что действие толковательной силы соглашения согласно статье 31 (3) не обязательно начинается с даты вступления договора в силу.

¹⁷¹ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 151 (см. сноску 11 выше).

¹⁷² *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., *Judgment of 27 January 2014*, p. 52, para. 142.

¹⁷³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 152-153 (см. сноску 11 выше).

VI. Решения, принятые в рамках конференций государств-участников

76. Государства используют конференции государств-участников¹⁷⁴ в качестве одной из форм деятельности для постоянного процесса обзора и осуществления многосторонних договоров¹⁷⁵.

1. Формы конференций государств-участников

77. Вопрос о правовом характере конференций государств-участников является предметом определенных дебатов. По мнению некоторых, конференция государств-участников «по сути дела является не более чем дипломатической конференцией государств»¹⁷⁶. По мнению других обозревателей, они являются автономными, институциональными механизмами¹⁷⁷. Во всяком случае, можно сказать, что конференции государств-участников отражают различные степени институционализации. На одной стороне спектра находятся конференции, являющиеся органами международных организаций (например, Организации по запрещению химического оружия, ВТО и Международной организации гражданской авиации), в которых государства-участники действуют в своем качестве членов этих органов¹⁷⁸. Такие конференции государств-участников не относятся к сфере настоящего доклада, который не затрагивает последующую практику международных организаций¹⁷⁹. На другом конце спектра находятся конференции государств-участников, созываемые в соответствии с договорами, которыми предусматривается более или менее периодическое проведение со-

¹⁷⁴ К другим обозначениям относятся совещания участников или ассамблеи государств-участников.

¹⁷⁵ См. V. Röben, “Conference (Meeting) of States Parties”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, R. Wolfrum, ed. (Oxford University Press, 2012), p. 605; R. R. Churchill and G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, No. 4 (2009), p. 623; J. Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), p. 1; A. Wiersema, “The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2009, p. 231; L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), p. 293.

¹⁷⁶ A. E. Boyle, “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, No. 2 (1993), p. 235.

¹⁷⁷ Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 623; P. Sands and P. Klein, *Bowett’s Law of International Institutions*, 5th ed. (Sweet and Maxwell, 2001), p. 115. Термин «институциональный механизм» используется в Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2302, No. 41032) (см. часть VIII: Организационные меры и финансовые ресурсы), принятой в 2003 году.

¹⁷⁸ Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, No. 33757), открыта для подписания в 1993 году; Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO Agreement) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, No. 31874), заключено в Марракеше в 1994 году; Конвенция о международной гражданской авиации (Чикагская конвенция) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102), подписана в Чикаго в 1944 году.

¹⁷⁹ Вопрос о международных организациях будет рассматриваться в другом докладе.

вещаний государств-участников для рассмотрения их действия. Такие конференции по рассмотрению действия служат основой для сотрудничества между государствами-участниками и последующего поведения в отношении договора. Они могут также иметь конкретные задачи в том, что касается внесения поправок и/или адаптации договоров. К примерам этого относятся механизм конференций по рассмотрению действия Конвенции по биологическому оружию 1972 года¹⁸⁰, Конференция по рассмотрению действия, проводимая в соответствии со статьей VIII(3) Договора о нераспространении 1968 года¹⁸¹, и конференции государств-участников, созываемые в соответствии с международными договорами в области охраны окружающей среды¹⁸². Хотя для последних характерна более высокая степень институционализации по сравнению с периодическими конференциями по рассмотрению действия, проводимыми в соответствии с Конвенцией по биологическому оружию и Договором о нераспространении, они не являются ни международными организациями, ни их органами.

78. В целях настоящего доклада нет необходимости рассматривать доктринальные вопросы, касающиеся классификации конференций государств-участников. В последующем изложении конференция государств-участников означает совещание государств-участников, проводимое в соответствии с договором для рассмотрения действия или осуществления договора. Это не включает совещания, на которых государства-участники выступают в качестве членов органа международной организации. Вместе с тем будет упомянуто недавнее решение Международного Суда по делу *Китобойный промысел в Антарктике*¹⁸³, касающееся пограничного случая — Международной китобойной ко-

¹⁸⁰ Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (Конвенция о биологическом оружии), 1972 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, No. 14860), статья XI. В соответствии с этим механизмом конференция государств-участников Конвенции созывается «для рассмотрения того, как действует Конвенция, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Конвенции осуществляются. При таком рассмотрении должны быть приняты во внимание все новые научно-технические достижения, имеющие отношение к Конвенции» (статья XII).

¹⁸¹ Договор о нераспространении ядерного оружия, 1968 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 729, No. 10485); в пункте 3 статьи VIII предусматривается, что через пять лет после его вступления в силу или, если будет принято соответствующее решение, через каждые последующие пять лет «созывается конференция для рассмотрения того, как действует настоящий Договор, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Договора осуществляются». С помощью таких решений государства-участники постатейно рассматривают действие Договора о нераспространении ядерного оружия и выработывают выводы и рекомендации относительно последующих действий.

¹⁸² К примерам относятся Конференция участников Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, 1992 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, No. 30822), Конференция сторон, действующая в качестве Совещания сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киотский протокол), 1997 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, No. 30822) и Конференция договаривающихся сторон Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц (Рамсарская конвенция), 1971 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 996, No. 14583).

¹⁸³ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., *Judgment of 31 March 2014*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

миссии, учрежденной на основании Международной конвенции по регулированию китобойного промысла¹⁸⁴.

2. Виды актов, принимаемых в рамках конференций государств-участников

79. На конференциях государств-участников принимаются различные акты, правовой характер и последствия которых зависят прежде всего от соответствующего договора. В целях настоящего доклада наиболее важное различие касается мер, которые конференция государств-участников может принимать «для рассмотрения осуществления договора» и применения процедур внесения поправок¹⁸⁵.

80. Полномочия конференции государств-участников по рассмотрению действия могут быть оговорены в общих или специальных положениях. Статья 7(2) Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата является типичным положением общего характера:

Конференция Сторон, являющаяся высшим органом настоящей Конвенции, регулярно рассматривает вопрос об осуществлении Конвенции и любых связанных с ней правовых документов, которые могут быть приняты Конференцией Сторон, и выносит, в пределах своих полномочий, решения, необходимые для содействия эффективному осуществлению Конвенции.

81. Такое общее полномочие на рассмотрение действия побудило, например, механизм конференций по рассмотрению действия Конвенции по биологическому оружию принять «дополнительные соглашения», касающиеся толкования положений Конвенции. Эти соглашения были одобрены государствами-участниками в рамках конференций по рассмотрению действия на основе консенсуса, и они «затронули все статьи договора для решения конкретных вопросов по мере их возникновения»¹⁸⁶. Группа имплементационной поддержки

¹⁸⁴ Конвенция зачастую квалифицируется как документ об учреждении международной организации, однако это не совсем так, и она наделяет Комиссию чертами, соответствующими настоящему определению конференции государств-участников.

¹⁸⁵ Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц: пункт 1 статьи 6 (функции по рассмотрению действия) и статья 10 bis (поправки); Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата: пункт 2 статьи 7 (полномочия в отношении рассмотрения действия) и статья 15 (поправки); Киотский протокол: пункт 4 статьи 13 (полномочия Конференции Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола, в отношении рассмотрения действия) и статья 20 (процедуры внесения поправок); Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, 1973 год (United Nations, Treaty Series, vol. 993, No. 14537): статья XI (конференция участников по рассмотрению действия) и статья XVII (процедуры внесения поправок); Договор о нераспространении ядерного оружия; Рамочная конвенция Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака: пункт 5 статьи 23 (полномочия в отношении рассмотрения действия), статья 28 (поправки) и статья 33 (протоколы).

¹⁸⁶ См. P. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), p. 33.

Конвенции по биологическому оружию¹⁸⁷ определяет «дополнительное соглашение» как соглашение, которое:

- i) интерпретирует, определяет или развивает смысл или объем положения Конвенции; или
- ii) дает инструкции, ориентиры или рекомендации о том, как следует осуществлять положение¹⁸⁸.

82. Конкретные полномочия в отношении рассмотрения некоторых положений содержатся в различных договорах и иногда содержат ссылки на «руководящие принципы», которые должны быть разработаны и предложены конференцией государств-участников¹⁸⁹, и иногда также и положения о том, что конференция государств-участников определит «правила и процедуры»¹⁹⁰.

83. Существует два типа процедур для внесения поправок: официальная процедура (в большинстве случаев поправки должны быть ратифицированы государствами-участниками в соответствии с их конституционными процедурами), а также процедура молчаливого принятия¹⁹¹ и «отсутствия возражений»¹⁹². Официальные процедуры внесения поправок, как правило, применяются в отношении главного текста договоров, тогда как процедуры молчаливого принятия обычно применяются по отношению к приложениям и добавлениям, содержащим перечни веществ, видов или другие элементы, которые необходимо обновлять на регулярной основе. В соответствии с процедурой молчаливого принятия, которую иногда называют также «процедурой молчаливого согласия»¹⁹³, поправки вступают в силу для всех сторон, если они утверждаются

¹⁸⁷ «Группа имплементационной поддержки» была создана Конференцией государств-участников для оказания Конференции административной поддержки и усиления мер укрепления доверия среди государств-участников (см. Заключительный документ шестой Конференции государств - участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.VI/6), стр. 27–28).

¹⁸⁸ См. справочно-информационный документ, представленный Группой имплементационной поддержки, подготовленный для седьмой Конференции государств — участников Конвенции по рассмотрению действия Конвенции и озаглавленный «Дополнительные понимания и соглашения, достигнутые предыдущими обзорными конференциями в отношении каждой статьи Конвенции» (BWC/CONF.VII/INF.5) (обновлен с учетом пониманий и соглашений, достигнутых на Конференции, Женева, 2012 год).

¹⁸⁹ Это особенно относится к статьям 7 и 9 Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака.

¹⁹⁰ Поучительным примером в этом отношении является статья 17 Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата. Использование слова «правила» в этом положении вызвало споры в отношении правового характера деятельности Конференции Сторон, [действующей в качестве Сопредседателя Сторон Киотского протокола] и того, имеет ли такая деятельность обязательную силу или нет. См. Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 639 (см. сноску 175 выше); J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements” in *Development of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum and V. Röben, eds. (Berlin, Springer, 2005), pp. 110–115.

¹⁹¹ См. веб-сайт Международной морской организации (www.imo.org/About/Conventions/Pages/Home.aspx).

¹⁹² См. J. Brunnée, “Treaty amendments” в публикации *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis, ed., (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 354–360.

¹⁹³ Ibid.

квалифицированным большинством (обычно две трети) и если против них не высказали возражения одна или несколько сторон в течение определенного периода времени. Если в течение определенного периода времени высказывается явно выраженное возражение, поправка не вступает в силу для одной или нескольких сторон, высказавших возражение (механизм неучастия).

3. Последующие соглашения и последующая практика по смыслу статьи 31(3) могут определяться по итогам работы конференций государств-участников

84. Как правило, конференции по рассмотрению действия осуществляют надзор за функционированием соответствующих договоров в целях обеспечения достижения их цели. Поэтому решения или декларации, принятые в их рамках, играют важную роль в плане адаптации договоров к фактическим событиям или их толкования таким образом, который стороны согласовали в качестве правильного на тот или иной конкретный момент времени. Такие решения и заявления также могут представлять собой или отражать последующие соглашения согласно статье 31(3)(а), посредством которых толкуется основной договор. Так, сектор Международной морской организации (ИМО) по правовым вопросам по просьбе руководящих органов вынес заключение в связи с решением относительно «интерпретирующей резолюции»:

Согласно статье 31(3) (а) Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (Венская конвенция), учитываются последующие соглашения между участниками относительно толкования договора. В этой статье не указывается конкретная форма соглашения, содержащего такое толкование. Как представляется, это указывает на то, что если цель толкования является ясной, то оно может принимать различные формы, в том числе форму резолюции, принятой на совещании участников или даже решения, зафиксированного в кратких отчетах совещания сторон¹⁹⁴.

85. Ученые также толкуют такие решения как решения, воплощающие в себе последующие соглашения относительно применения и толкования положений Договора о нераспространении ядерного оружия¹⁹⁵, и отметили, что:

Такие заявления не имеют юридически обязательной силы как таковые, однако они могут иметь юридическую значимость, особенно в качестве одного из источников авторитетных толкований договора¹⁹⁶.

В аналогичном ключе в отношении Международной конвенции по регулированию китобойного промысла Международный Суд постановил следующее:

В статье VI Конвенции говорится, что «Комиссия может время от времени делать рекомендации одному или всем Договаривающимся Правительствам по любому вопросу, касающемуся китов или китобойного промысла или целей и задач настоящей Конвенции» Однако, когда они принимаются

¹⁹⁴ Пункт 4 повестки дня (Удобрение океана), документ, представленный Секретариатом, процедурные требования, касающиеся решения относительно интерпретирующей резолюции — заключение Сектора ИМО по правовым вопросам, LC 33/J/6, пункт 3.

¹⁹⁵ D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 213–214 (см. сноску 66 выше).

¹⁹⁶ B. M. Carnahan, “Treaty review conferences”, *American Journal of International Law*, vol. 81, No. 1 (1987), p. 229.

консенсусом или единогласно, они могут быть релевантными для толкования Конвенции или Приложения к ней¹⁹⁷.

86. Следующие примеры являются свидетельствами в поддержку предположения о том, что решения конференций участников могут воплощать в себе последующие соглашения по смыслу статьи 34(3)(a):

а) Рамочная Конвенция по борьбе против табака

87. Главная функция Конференции Сторон Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) по борьбе против табака¹⁹⁸ заключается в рассмотрении хода осуществления Конвенции и содействия ее эффективному осуществлению¹⁹⁹. В этом договоре предусматривается, что государства-участники по своему усмотрению могут впоследствии согласовывать руководящие принципы для разъяснения того или иного правила. Это всегда подразумевает толкование договора. Что касается толкований, которые содержатся в руководящих принципах Конференции Сторон, то как таковые они являются «предложениями» и не имеют юридически обязательной силы. Однако они могут также отражать согласованное толкование. Соответственно, юрисконсульт ВОЗ признал (хотя и в чересчур пространной формулировке), что:

Решения Конференции Сторон в качестве высшего органа в составе всех Сторон РКБТ, без всякого сомнения, представляют собой «последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора», как об этом говорится в статье 31 Венской конвенции²⁰⁰.

88. Например, руководящий принцип об осуществлении статьи 14 Рамочной конвенции свидетельствует о том, что Конференция Сторон впоследствии конкретно определила значение и сферу охвата правила и истолковала значение ее терминов. Статья 14 гласит следующее:

Каждая Сторона разрабатывает и распространяет надлежащие, всесторонние и комплексные руководящие принципы, основанные на научных данных и наилучшей практике, с учетом национальных обстоятельств и приоритетов и принимает эффективные меры для содействия прекращению употребления табака и обеспечения адекватного лечения табачной зависимости²⁰¹.

¹⁹⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 46.

¹⁹⁸ См. Рамочную конвенцию Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака.

¹⁹⁹ Там же, см. статьи 5(4), 7, 8 и 23(5).

²⁰⁰ См. Conference of the Parties to the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, Intergovernmental Negotiating Body on a Protocol on Illicit Trade in Tobacco Products, “Revised Chairperson’s text on a protocol on illicit trade in tobacco products, and general debate: legal advice on the scope of the protocol”, note by the WHO Legal Counsel on scope of the protocol on illicit trade in tobacco products (World Health Organization, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annex). Это было также признано в доктрине, см. S. F. Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, 2010, pp. 14–16.

²⁰¹ См. Рамочную конвенцию Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака, см. сноску 177 выше.

89. В руководящем принципе об осуществлении статьи 14, принятом на четвертой Конференции Сторон (2010 год), разъясняется, в частности, что табачная зависимость/аддикция «означает»:

совокупность поведенческих, когнитивных и физиологических явлений, которые формируются после неоднократного употребления табака и обычно включают сильное желание употреблять табак, затруднения с контролем за его употреблением, постоянство в употреблении табака, несмотря на вредные последствия, более высокую приоритетность употребления табака, чем других видов деятельности и обязательств, возросшую переносимость и иногда физическое состояние абстиненции²⁰².

90. Это определение взято из Международной статистической классификации болезней и проблем, связанных со здоровьем, одобренной ВОЗ²⁰³, и свидетельствует о том, что государства — стороны Рамочной конвенции по борьбе против табака одобрили определение этой всемирной организации по вопросам здоровья в качестве толкования статьи 14.

b) Конвенция по биологическому оружию

91. Конференция по обзору действия Конвенции по биологическому оружию, выполняя свои общие обзорные функции, регулярно достигает «дополнительных пониманий и соглашений», связанных с положениями этой конвенции. Через посредство этих пониманий, а также принятия руководящих принципов относительно их имплементации государства-участники толкуют положения Конвенции, определяя, конкретизируя или иным образом развивая значение или сферу охвата положений. Поэтому «дополнительные понимания и соглашения» могут представлять собой последующие соглашения по смыслу статьи 31(3)(а). Наглядным является следующий пример: статья I(1) Конвенции по биологическому оружию предусматривает, что государства-участники обязуются никогда, ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять:

Микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не имеют назначения для профилактических, защитных или других мирных целей;

На третьей Конференции по рассмотрению действия Конвенции (1991 год) государства-стороны конкретно указали на то, что²⁰⁴

запреты, установленные в настоящем положении, касаются микробиологических и других биологических агентов или токсинов, которые вредны «для растений и животных, а также для человека (...)».

²⁰² “Guidelines for implementation of article 14 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control”, in *WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation — Article 5.3; Article 8; Articles 9 and 10; Article 11; Article 12; Article 13; Article 14* (Geneva, World Health Organization, 2013), p. 118.

²⁰³ См. www.who.int/classifications/icd/en/.

²⁰⁴ Итоговая декларация третьей Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (BWC/CONF.III/23, part II).

с) Монреальский протокол

92. Пекинская поправка к статье 4 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, стала поводом для дискуссии относительно ее толкования. Конференция Сторон признала, что «значение термина „ государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола“» может быть по-разному истолковано применительно к гидрохлорфторуглеродам сторонами Пекинской поправки». Затем было принято решение, что «в контексте практики применения статьи 4, пункт 9, Протокола установлен консенсус относительно единообразного толкования термина «государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола», который будет применяться к сторонам Пекинской поправки для целей торговли гидрохлорфторуглеродами согласно статье 4 Протокола»²⁰⁵.

д) Лондонская конвенция о сбросах

93. В то время как акты, являющиеся результатом процедуры молчаливого признания (поправка), как таковые не представляют собой последующие соглашения сторон по смыслу статьи 31(3)(а), они могут, помимо своего главного действия согласно договору, при определенных обстоятельствах подразумевать наличие такого последующего соглашения. Один из примеров касается некоторых решений Конференции Сторон Конвенции 1972 года по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондонская конвенция о сбросах)²⁰⁶. На своем шестнадцатом заседании в 1993 году Консультативное совещание Договаривающихся Сторон приняло три поправки к приложению I посредством применения действующей процедуры молчаливого со-

²⁰⁵ Подробную информацию см. решение XV/3 об обязательстве Сторон Пекинской поправки в отношении гидрохлорфторуглеродов в соответствии со статьей 4 Монреальского протокола; само определение сформулировано следующим образом: 1. (...)

а) используемый в пункте 9 статьи 4 термин «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» не применяется к государствам, действующим в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола, до 1 января 2016 года, когда в соответствии с Копенгагенской и Пекинской поправками вступят в силу меры регулирования производства и потребления гидрохлорфторуглеродов для государств, действующих в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола; б) термин «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» охватывает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились быть связанными положениями Копенгагенской и Пекинской поправок; с) признавая, однако, трудности — с точки зрения сроков, — связанные с принятием упомянутого выше толкования термина «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола», пункт 1(б) будет применяться, за исключением тех случаев, если такое государство к 31 марта 2004 года: i) уведомит секретариат о том, что оно намеревается как можно скорее ратифицировать Пекинскую поправку, присоединиться к ней или принять этот документ; ii) подтвердит, что оно полностью соблюдает положения статей 2, 2А–2G и статьи 4 Протокола с изменениями, внесенными на основе Копенгагенской поправки; iii) представит секретариату данные по подпунктам (i) и (ii), подлежащие обновлению 31 марта 2005 года, и в этом случае такое государство не будет подпадать под определение термина «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» до завершения семнадцатого совещания Сторон (UNEP/OzL.Pro.15/9, chap. XVIII.A.).

²⁰⁶ Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter) (London Dumping Convention), 1972 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1046, No. 15749).

гласия²⁰⁷. Как таковые эти поправки не были последующими соглашениями. Однако они также подразумевают широко распространенное толкование самого основного договора²⁰⁸. Действительно, Поправка содержит ссылку на резолюцию и использует в качестве основы резолюцию, которая была принята на Консультативном совещании, проведенном тремя годами ранее, и на котором было достигнуто соглашение сторон о том, что «Лондонская конвенция о сбросах является надлежащей структурой для решения вопроса об удалении низкоактивных отходов в находящихся под морским дном хранилищах, доступных со стороны моря»²⁰⁹. Отмечалось, что эта резолюция «реально расширяет сферу охвата определения понятия «сброс» по Конвенции посредством констатации того, что этот термин охватывает удаление отходов на морское дно или под него со стороны моря, а не с сухопутной территории посредством прокладки туннелей»²¹⁰. Таким образом эта поправка подтверждает, что интерпретирующая резолюция содержалась в последующем соглашении относительно толкования договора.

е) Вывод

94. Эти примеры свидетельствуют о том, что решения Конференции государств-участников могут при определенных обстоятельствах воплощать последующие соглашения посредством статьи 31(3)(a) и а fortiori последующую практику по смыслу статей 31(3)(b) и 32. Однако такие решения автоматически не представляют собой последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(a), поскольку это всегда необходимо конкретно устанавливать. Так обстоит дело в случае, когда участники намереваются, чтобы их соглашение имело не юридическую, а лишь политическую значимость (см. выше II). Такое намерение, в частности, можно установить, анализируя конкретность и четкость выбранных терминов с учетом текста решения Конференции государств-участников в целом, его объекта и цели, а также способа его реализации.

95. Кроме того, нельзя просто говорить о том, что из-за того, что договор не согласуется с компетенцией Конференции государств-участников принимать имеющие обязательную силу решения, все решения Конференции государств-участников всегда не имеют юридической релевантности и представляют собой

²⁰⁷ См. Лондонское шестнадцатое консультативное совещание договаривающихся сторон, резолюция LC.51 (16) и резолюция LC.50 (16); во-первых, было решено дополнить положения о постепенном запрещении сброса промышленных отходов к 31 декабря 1995 года. Во-вторых, было запрещено сжигать на море промышленные отходы и необработанный осадок сточной жидкости. И наконец, было принято решение заменить пункт 6 приложения I о запрещении сброса радиоактивных отходов или других радиоактивных веществ (см. "Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972", *Focus on IMO* (London, International Maritime Organization, July 1997).

²⁰⁸ Утверждалось даже, что эти поправки к приложению I к Лондонской конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов «сильно изменяют Конвенцию» (см. Churchill and Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement", p. 638 (см. сноски 175 выше)).

²⁰⁹ International Maritime Organization, resolution LDC.41 (13), para. 1.

²¹⁰ Churchill and Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement", p. 641 (см. сноски 175 выше).

лишь политические обязательства²¹¹. Может быть верно, что сами по себе решения конференции государств-участников часто не преследуют цель заключения последующего соглашения по смыслу статьи 31(3)(а), либо поскольку они предназначались для того, чтобы быть констатацией толкования договора в первую очередь, или поскольку они имеют юридические последствия только в сочетании с общей обязанностью сотрудничать согласно договору, в результате чего стороны «обязаны должным образом учитывать» такое решение²¹². Однако такая общая оценка может оправдывать только презумпцию против общей квалификации (принятых консенсусом) решений конференции государств-участников в качестве подразумевающих наличие последующих соглашений по смыслу статьи 31(3)(а). Однако, если стороны в достаточной степени четко указали на то, что решения конференции государств-участников отражают их согласие относительно толкования договора, такая презумпция была бы опровергнута. Обстоит ли дело таким образом в конечном счете зависит от обстоятельств каждого конкретного случая. Другим показателем может служить то, применяют ли государства-участники единообразно или без возражений договор так, как он интерпретирован решением конференции государств-участников. С другой стороны, несогласующаяся практика после принятия решения конференции государств-участников, может служить доказательством того, что государства не предполагают, что решение будет являться последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(а)²¹³. Однако решения конференции государств-участников, которые не подпадают под категорию последующих соглашений по смыслу статьи 31(3)(а) или последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b), могут, тем не менее, применяться в качестве дополнительных средств толкования согласно статье 32²¹⁴.

4. Форма и процедура

96. Акты, которые принимаются конференциями государств-участников, могут принимать различные формы и названия, и они могут стать результатом применения различных процедур. С тем чтобы быть признанными в качестве последующих соглашений по смыслу статьи 31(3)(а), решения конференции сторон участников должны отражать «соглашение» относительно толкования договора в виде «одного общего акта»²¹⁵. Вопрос заключается в том, свидетельствует ли форма или процедура принятия акта конференцией государств-участников о наличии соглашения по существу относительно толкования договора.

97. Если решение конференции государств-участников основано на единогласном голосовании, в котором участвовали все стороны, оно может совершенно определенно отражать «последующее соглашение» по смыслу ста-

²¹¹ См. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 46.

²¹² См. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 83.

²¹³ См. V.7 выше.

²¹⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (отдельное мнение судьи ad hoc Чарльзсуорта, пункт 4: «Я отмечаю, что резолюции, принятые голосованием в МКК имеют определенную значимость, хотя они не согласуются с положениями статьи 31(3) Венской конвенции»).

²¹⁵ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (A/68/10, глава IV.C.2).

ть 31(3)(а), при условии, что оно «касается толкования договора», и только в том случае, если конкретное положение договора не предусматривает иного или же одна из сторон в явно выраженной форме не заявляет о противном. Вместе с тем решения конференции государств-участников в отношении связанных с рассмотрением действий, как правило, принимаются консенсусом. Эта практика вытекает из правил процедуры, которые обычно требуют, чтобы государства-участники предпринимали все усилия для достижения консенсуса по существенным вопросам существа. Один из ранних примеров можно найти в правилах процедуры Конференции по рассмотрению действия Конвенции по биологическому оружию. Согласно правилу 28(2):

Поскольку задача Конференции по рассмотрению действия Конвенции заключается в рассмотрении действия Конвенции с целью установления выполненных целей преамбулы и положений Конвенции и, таким образом, в укреплении его эффективности, то следует предпринять все усилия для достижения согласия по существенным вопросам на основе консенсуса. По таким вопросам не следует проводить голосования до тех пор, пока не будут исчерпаны все возможности для достижения консенсуса²¹⁶.

98. Эта формула лишь с незначительными изменениями стала стандартной применительно к процедурам принятия конференциями государств-участников решений по вопросам существа.

а) Консенсус и соглашение по вопросам существа

99. Вопрос о том, может ли решение Конференции государств-участников, принятое консенсусом, воплощать последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а), был, хоть и в косвенной форме, поставлен перед Секцией ИМО по правовым вопросам в 2011 году Межсессионной рабочей группой по удобрению океанов, которая согласилась рекомендовать, чтобы к Отделу ИМО по правовым вопросам и внешним сношениям была обращена просьба проконсультлировать руководящие органы в октябре 2011 года относительно процедурных требований, связанных с решением относительно интерпретирующей резолюции, и, в частности, о том, «необходим ли для принятия такого решения консенсус»²¹⁷.

100. В ответ на эту просьбу Сектор ИМО по правовым вопросам, подтвердив, что та или иная резолюция, принятая конференцией государств-участников, может, в принципе, представлять собой последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а)²¹⁸, сообщил руководящему органу о том, что даже, если конференция примет решение на основе консенсуса, это не будет означать, что решение будет иметь обязательную силу для всех сторон. Указав на то, что некоторые решения национальных судов, которые не признают интерпретирующие решения, принятые конференциями государств-участников согласно соответствующим договорным режимам в качестве обязательных, Сектор ИМО по пра-

²¹⁶ См. правило 28, пункт 2, временных правил процедуры Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсического оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции, состоявшейся в Женеве, 3–21 марта 1980 года (BWC/CONF.I/2).

²¹⁷ International Maritime Organization, document LC 33/4, para. 4.15.2.

²¹⁸ International Maritime Organization, document LC 33/J/6, para. 3.

вовым вопросам «высказал предположение о том, что способ принятия интерпретирующей резолюции является 100-процентно надежным и что если он будет использоваться, то было бы целесообразным одновременно принять соответствующие поправки к Лондонской конвенции и Лондонскому протоколу»²¹⁹.

101. Заключение Сектора ИМО по правовым вопросам, хотя и основывается на ошибочной посылке о том, что «последующее соглашение» по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции о праве международных договоров является или должно являться обязательным «в качестве договора или поправки к нему»²²⁰, в конечном счете предусматривает правильный вывод, согласно которому последующее соглашение не всегда имеет обязательную силу²²¹. Эта позиция согласуется с позицией Комиссии, согласно которой последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) является лишь одним из нескольких различных средств толкования, которые должны учитываться в процессе толкования²²². Таким образом, эти интерпретирующие резолюции конференции государств-участников, которые принимаются консенсусом, даже в том случае, если они как таковые не имеют обязательной силы, тем не менее, могут быть последующими соглашениями по смыслу статьи 31(3)(а) или последующей практикой по смыслу статьи 31(3)(b), если существуют достаточные доказательства того, что в этом заключалось намерение сторон²²³. Этот вывод согласуется с тем фактом, что некоторые национальные суды не рассматривали некоторые интерпретирующие резолюции, которые были приняты в рамках соответствующих режимов, в качестве обязательных²²⁴. Единственное, что требуется, чтобы суды при толковании рассматриваемого договорного положения должным образом учитывали интерпретирующую резолюцию, которую они не признают в качестве обязательной²²⁵.

102. Из этого следует, что вопрос о том, должна ли «интерпретирующая резолюция» приниматься консенсусом, является дезориентирующим. Принятие консенсусом является необходимым, но недостаточным условием наличия соглашения согласно статье 31(3)(b). Обычно правила процедуры соответствующей конференции государств-участников не содержат каких-либо указаний на возможные правовые последствия резолюции в качестве последующего соглашения по смыслу статьи 31(3)(а) или последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b). В таких правилах процедуры определяется лишь порядок принятия конференцией государств-участников своих решений, а не их возможные побочные правовые последствия в качестве последующего соглашения по смыслу статьи 31(3). Хотя как таковые последующие соглашения согласно статье 31(3)(а) не имеют юридической силы, Венская конвенция наделяет их юридическим воздействием по статье 31, что является обоснованным лишь в том случае, если соглашение между сторонами касается существа вопроса и кон-

²¹⁹ Там же, пункт 15.

²²⁰ Там же, пункт 8.

²²¹ См. выше, V. 4.

²²² Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4 (A/68/10, глава IV.C.2).

²²³ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., Judgment of 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, (Separate Opinion of Judge Greenwood, para. 6, and Separate Opinion of Judge *ad hoc* Charlesworth, para. 4).

²²⁴ Что касается ссылок, то см. International Maritime Organization, document LC 33/J/6, paras. 8–13.

²²⁵ Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4 (A/68/10, глава IV.C.2).

кретно имеет место в тот или иной момент времени. Международный Суд подтвердил, что различие между формой коллективного решения и соглашением по существу является актуальным в таком контексте²²⁶.

103. С другой стороны, консенсус не является концепцией, которая обязательно указывает на наличие определенного соглашения по существу. Согласно комментариям по некоторым процедурным вопросам, сформулированным Управлением по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 60/286 (2006) Генеральной Ассамблеи²²⁷:

Консенсус в общем понимается как процесс принятия решений, состоящий в выработке решения без каких-либо возражений и голосования. Однако он не всегда может отражать «единодушие» во мнениях по вопросу существа. Он используется для описания практики, в соответствии с которой были предприняты все усилия для достижения общего согласия, и ни одна из делегаций в явно выраженной форме не возразила против фиксируемого консенсуса²²⁸.

в) Консенсус и возражения

104. Поскольку решение, принятое в рамках конференции государств-участников, с тем чтобы составлять последующее соглашение согласно статье 31(3)(а), должно отражать соглашение между сторонами относительно вопроса толкования существа того или иного договорного положения, некоторые решения, несмотря на то, что было объявлено, что они были приняты консенсусом, не могут представлять собой последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а). Это справедливо, в частности, применительно к таким решениям, которые были приняты при наличии возражения со стороны одного или нескольких государств. Показательным является следующий пример.

105. На своем шестом Совещании в 2002 году Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии занималась разработкой Руководящих принципов по предотвращению, интродукции и смягчению последствий, связанных с чужеродными видами, представляющими угрозу для экосистем, мест обитания или видов²²⁹. После того как несколько попыток по достижению соглашения успехом не увенчались, Председатель Конференции Сторон предложил принять решение и зафиксировать оговорки, которые сформулировала Австралия, в заключительном докладе совещания. Представитель Австралии подтвердил, что руководящие принципы не могут быть приняты и что «поэтому действует

²²⁶ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J., *Judgment of 31 March 2014*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 83.

²²⁷ См. резолюцию 60/286 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2006 года об активизации работы Генеральной Ассамблеи, в которой содержится просьба к Секретариату Организации Объединенных Наций «довести до сведения широкой общественности прецеденты и имевшую место практику в отношении правил и практики межправительственных органов Организации» (пункт 24).

²²⁸ См. “Consensus in UN practice: general”, paper prepared by the Secretariat. С текстом можно ознакомиться по следующему адресу: http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf.

²²⁹ См. решение VI/23 (UNEP/CBD/COP/6/20, приложение I).

его официальное возражение»²³⁰. Председатель объявил прения закрытыми и «с учетом установившейся практики» принял решение без голосования, разъясняющее, что возражения несогласных государств должны быть отражены в заключительном докладе совещания. После принятия Австралия подтвердила свое мнение, согласно которому консенсус представляет собой принятие без формального возражения, и выразила серьезную озабоченность относительно легитимности принятия проекта решения. В конечном счете, Австралия обратилась с просьбой о том, чтобы «если решение Председателя о том, что текст был принят, она желает включить в доклад подробное заявление, в котором указывается, что Австралия не согласна с некоторыми конкретными элементами руководящих принципов (...)». Помимо включения этого заявления в заключительный доклад совещания в сноске к решению VI/23 упоминается, что «один представитель сформулировал официальное возражение во время процесса, ведущего к принятию настоящего решения, и подчеркнул, что он не считает, что Конференция Сторон может легитимно принимать ходатайство или текст в случае наличия официального возражения. Несколько представителей сформулировали оговорку относительно процедуры, приведшей к принятию этого решения»²³¹.

106. В этой ситуации Исполнительный секретарь Конвенции о биологическом разнообразии сформулировал ходатайство о том, чтобы Юриисконсульт Организации Объединенных Наций подготовил юридическое заключение²³², который ответил, что любая из сторон может «дистанцироваться от существа или текста документа, указать, что присоединение к консенсусу не означает признания существа или текста, или частей документа, и/или изложить любые другие ограничения касательно позиции своего правительства в отношении существа или текста документа (...), [однако], что, по определению (...) в случае наличия формального возражения консенсус отсутствует»²³³. Он добавил, что с учетом явного возражения Австралии Председатель Конференции Сторон не должен был объявлять о том, что решение было принято консенсусом и что, сделав это, «он определенно действовал вопреки установившейся практике». Однако он пришел к выводу о том, что, несмотря на серьезные процессуальные отклонения, «после того как Председатель объявил о том, что решение принято, представитель Австралии формально не высказал возражений в отношении принятия и не пытался аннулировать само решение». По мнению Юриисконсульта Организации Объединенных Наций, занятая в период после принятия Австралией позиция представляет собой оговорку относительно процедуры, а не формальное возражение в отношении решения²³⁴. Впоследствии на восьмом Совещании Конференции Сторон Рамсарской конвенции в ноябре 2002 года Австралия воспользовалась случаем, для того чтобы выступить с официальным заявлением, и заявила, что она не согласна с заключением Юриисконсульта Организации Объединенных Наций и не признает, что решение было легитимно

²³⁰ Доклад о работе шестого Совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (UNEP/CBD/COP/6/20), пункт 313.

²³¹ Там же, пункты 294–324.

²³² С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, документ SCBD/SEL/DBO/30219 (6 июня 2002 года).

²³³ С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, документ UNEP/SCBD/30219R (17 июня 2002 года).

²³⁴ Там же.

принято на шестом совещании Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии²³⁵.

107. В связи с этим решением на основе Конвенции о биологическом разнообразии, а также аналогичным решением Конференции об изменении климата в Канкуне в 2010 году в рамках Киотского протокола к Конвенции об изменении климата (несмотря на возражения Боливии)²³⁶, возникает важный вопрос о том, что такое «консенсус»²³⁷. Однако этот вопрос следует отличать от вопроса о том, при каких обстоятельствах стороны договора достигают соглашения относительно существенных вопросов толкования договора по смыслу статьи 31(3)(a) и (b).

5. Решения, которые не принимались в присутствии всех сторон договора

108. Решения Конференции государств-участников не всегда принимаются всеми участниками того или иного договора. Хотя все стороны, как правило, имеют возможность согласно договору участвовать в конференции государств-участников, некоторые могут решить не присутствовать на совещании. В таких случаях может возникнуть вопрос о том, может ли решение Конференции государств-участников, которое стало бы последующим соглашением по смыслу статьи 31(3)(a), если бы все стороны приняли его, также рассматриваться как таковое, в том случае если одна или несколько сторон не участвовали в этой конференции.

109. Было бы сложным предположить, что сторона договора согласилась в силу своего согласия быть связанным положениями договора, признать решения, которые были приняты впоследствии в отсутствие других государств-участников в рамках соответствующей Конференции государств-участников. Поэтому не принимавшие участия государства должны иметь возможность впоследствии выражать свое несогласие с решением, принятым на конференции государств-участников. Вместе с тем принцип добросовестности и обязанность сотрудничать в рамках договора говорят в пользу наличия обязанности не принимавших участия государств выражать свои возможные возражения как можно скорее с учетом складывающихся обстоятельств, поскольку в противном случае будет презумироваться их согласие в форме молчания (молчаливого признания).

110. Сохраняется носящий более доктринальный характер вопрос о том, должно ли решение Конференции государств-участников, с которым не прини-

²³⁵ Доклад восьмого Совещания Конференции Договаривающихся Сторон Конвенции о водноболотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц, Валенсия, Испания, 18–26 ноября 2002 года, с текстом можно ознакомиться по следующему адресу: www.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-cops-cop8-report-of-8th/main/ramsar/1-31-58-128^17797_4000_0__.

²³⁶ См. решение 1/СМР.6 о Канкунских соглашениях: результаты работы пятнадцатой сессии специальной рабочей группы по дальнейшим обязательствам для сторон, включенных в приложение I согласно Киотскому протоколу, и решение 2/СМР.6 о Канкунских соглашениях: землепользование, изменения в землепользовании и лесном хозяйстве, принятые Конференцией Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); и proceedings of the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Kyoto Protocol (FCCC/KP/CMP/2010/12), para. 29.

²³⁷ См. “Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time” in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 372-377.

мавшие в ней участие государства впоследствии согласились в силу молчания, толковаться как последующее соглашение согласно статье 31(3)(a) или как последующая практика согласно статье 31(3)(b). Тот факт, что Комиссия провела различие между обеими формами последующего поведения, установив требование о том, что последующее соглашение согласно статье 31(3)(a) должно представлять собой «общее действие»²³⁸, на первый взгляд представляется как ведущее к выводу о том, что такое соглашение не основывается на таком «общем действии». Однако если существует возможность рассматривать такое решение конференции государств-участников в качестве неоконченного «общего действия», которое завершается посредством имплицитного признания неучастовавшими государствами в течение разумного периода времени. Как представляется, последнее является более обоснованным с учетом центральной роли коллективного действия и конструктивного характера признания со стороны не принимавших участия государств.

111. Вышеизложенные соображения дают основания для следующего вывода:

Проект вывода 10

Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников

1. Конференция государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.

2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, в первую очередь зависит от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств, такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(a) или приводит к формированию последующей практики согласно статье 31(3)(b) или статье 32.

3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников образует последующее соглашение или последующую практику согласно статье 31(3) в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между сторонами относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения.

VII. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики

112. Согласно статье 31(3), при «толковании» договора учитываются последующие соглашения и последующая практика. Это порождает вопрос о возможностях, а значит, и пределах для использования последующих соглашений и последующей практики в качестве средств толкования, в том числе по отношению к другим правовым последствиям, которые последующие соглашения и последующая практика могут иметь в соответствии с правом международных договоров.

²³⁸ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10 (A/68/10, глава IV.C.2).

1. Конкретные процедуры толкования и пункты (а) и (b) статьи 31(3)

113. Толкование с помощью последующих соглашений и последующей практики может предусматриваться самим договором. Некоторые договоры содержат специальные клаузулы, касающиеся толкования договоров их участниками или договорными органами. Например, в статье IX:2 Соглашения ВТО предусматривается, что «Конференция министров и Генеральный совет имеют исключительное право принимать решения о толковании настоящего Соглашения и Многосторонних торговых соглашений», причем такого рода решение «принимается большинством в три четверти членов». Однако в деле «Европейские сообщества: разделанное куриное мясо» Апелляционный орган не признал наличия отношений *lex specialis* между статьей IX:2 и средством толкования, предусмотренным в статье 31(3) Венской конвенции:

Мы не усматриваем причин считать, что прямо устанавливаемое Соглашением ВТО предписание о том, что для утверждения членами ВТО толкований ее положений требуется большинство в три четверти голосов, а не единогласное решение, будет ущемлять возможность обращения к последующей практике как к инструменту толкования договоров на основании статьи 31(3)(b) Венской конвенции²³⁹.

114. Другие суды и трибуналы приходили к тому же заключению относительно сопоставимых клаузул в других договорах²⁴⁰. Комментаторами делался вывод, что конкретные толковательные клаузулы, как правило, не призваны исключить обращение к средствам толкования, предусмотренным в пунктах (а) и (b) статьи 31(3)²⁴¹.

2. Отношения между толкованием и изменением

115. В деле «Спор относительно судоходных и смежных прав» Международный Суд высказал мнение, что «последующая практика участников по смыслу статьи 31(3)(b) Венской конвенции может приводить к отходу от первоначального намерения по молчаливому согласию»²⁴². Не совсем понятно, хотел ли Суд признать этим, что последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) может приводить и к изменению договора, или же он просто формулировал аргу-

²³⁹ WTO, Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 273.

²⁴⁰ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169, and p. 188, para. 173; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005 (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), Part II, Chapter H, para. 23.

²⁴¹ Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 120 (см. сноски 79 выше); E. Pan, “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, pp. 519–525.

²⁴² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64; см. также *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 256, para. 62; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 51 (см. сноски 10 выше); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pp. 134–141 (см. сноски 148 выше); R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Heymann, 1963), p. 132.

мент, касающийся толкования международных договоров. Второй вариант возможен потому, что «первоначальное» намерение участников не обязательно является определяющим для целей толкования договора. Так, в проекте вывода 3, принятом ею в предварительном порядке, Комиссия признала, что последующие соглашения и последующая практика, как и другие средства толкования, «могут помочь определить, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени»²⁴³. Следовательно, возможности для «толкования» не обязательно определяются непреложным «первоначальным намерением»: скорее, они должны определяться с учетом более широкого круга факторов, включая определенные события более позднего времени.

116. С практической точки зрения, несколько неоднозначное высказывание Международного Суда порождает следующие органично связанные вопросы о том, насколько крупным может быть вклад последующих соглашений и последующей практики по смыслу статьи 31(3) в «толкование» и могут ли последующие соглашения и последующая практика приводить к изменению договора. Оба эти вопроса относятся к рассматриваемой теме, поскольку они остаются «в рамках права международных договоров» и поскольку предметом «основного внимания» в работе над этой темой является «юридическое значение последующих соглашений и последующей практики для толкования... как это пояснено в первоначальном предложении по данной теме»²⁴⁴. В самом деле, грань, отделяющую толкование договора от его изменения, на практике зачастую «установить трудно, а то и невозможно»²⁴⁵.

²⁴³ Проект вывода 3 (A/68/10, глава IV.C.1) и комментарий к проекту вывода 3, пункты 1–18 (там же, глава IV.C.2).

²⁴⁴ В рекомендациях, вынесенных ею Комиссии в 2012 году по поводу изменения работы над темой, Исследовательская группа по международным договорам через призму времени отметила необходимость «понимать, что работа по теме будет оставаться в рамках права международных договоров. Основное внимание будет уделено юридическому значению последующих соглашений и последующей практики для толкования (статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров), как это пояснено в первоначальном предложении по данной теме» (A/67/10, глава X, стр. 143, пункт 238); на своем 3136-м заседании 31 мая 2012 года Комиссия постановила а) изменить... формат работы по данной теме, как это было предложено Исследовательской группой (там же, стр. 153, пункт 269).

²⁴⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138 (см. сноску 102 выше); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (см. сноску 10 выше); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 90 (см. сноску 66 выше); Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46 (см. сноску 107 выше); Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 42–43 (см. сноску 11 выше); J.-M. Sorel and V. Boré Eveno, “Article 31: Convention of 1969”, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 825, para. 42; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 555, para. 76 (см. сноску 11 выше); данный аргумент остается верным невзирая на то, что эти два процесса могут в теории расцениваться как «юридически совершенно разные» (см. Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren in *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1212–1213, para. 16; сходные мнения встречаем у авторов: Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 114 (см. сноску 79 выше); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The*

3. Изменение договора в силу последующих соглашений или последующей практики

117. При рассмотрении взаимосвязанных вопросов о том, каков возможный объем использования последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования и способны ли облеченные в эту форму шаги приводить также к изменению договора, необходимо проводить разграничение. Вопрос о том, может ли договор быть изменен последующей практикой участников (а), стал предметом дебатов на Венской конференции, и по этому вопросу обстоятельно высказывались судебные и иные инстанции; по поводу же вопроса о возможном изменении договора последующим соглашением (б) возникают несколько иные, но тесно связанные с этим моменты.

а) Изменение договора в силу последующей практики

118. В своих проектах статей о праве международных договоров Комиссия предлагала включить в Венскую конвенцию положение, которое прямо признавало бы возможность изменения договоров последующей практикой. Проект статьи 38 гласил:

Изменение договоров в силу последующей практики

Договор может быть изменен в силу последующей практики применения договора, устанавливающей согласие участников в отношении изменения его постановлений²⁴⁶.

119. Этот проект статьи породил на Венской конференции острые дебаты²⁴⁷. Большинство государств выступило с возражениями. По мнению некоторых, изменение договора будет, как правило, требовать следования официальной процедуре внесения поправок²⁴⁸. Кроме того, прозвучала озабоченность по поводу того, что если признать возможность неформального изменения, то стабильность договоров и договорных отношений может оказаться под угрозой и что предлагаемый проект статьи может привести к злоупотреблениям и ослабить принцип *pacta sunt servanda*²⁴⁹. Говорилось также о том, что неформальное изменение договоров в силу последующей практики способно привести к проблемам в сфере отечественного конституционного права²⁵⁰. Некоторые государства высказали сомнение в реальной необходимости этого проекта статьи в условиях, когда необходимые аспекты уже охвачены проектом статьи, посвященным последующей практике как средству толкования (позднее он стал пунктом (b) статьи 31(3)), и указали, что в любом случае различие между толкованием и изменением провести трудно²⁵¹. Наконец, прозвучала озабочен-

Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, p. 168 (см. сноску 11 выше).

²⁴⁶ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 236.

²⁴⁷ Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", pp. 56–61 (см. сноску 10 выше).

²⁴⁸ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, p. 208, para. 63 (Франция) (см. сноску 12 выше).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 210, para. 75 (Чили); p. 212, para. 35 (Уругвай).

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 208, para. 58 (Япония); p. 208, para. 63 (Франция); p. 209, para. 68 (Испания); p. 211, para. 21 (Колумбия).

²⁵¹ *Ibid.*, p. 207, para. 57 (Финляндия).

ность по поводу возможности внесения изменений без необходимого согласия всех участников договора²⁵² или их внесения мелкими чиновниками безо всякого контроля со стороны компетентных государственных органов²⁵³.

120. Другие государства выражали мнение, что международное право не так формализовано, как внутригосударственное²⁵⁴. Говорилось о том, что неформальное изменение договоров в силу последующей практики уже признавалось судебными органами²⁵⁵ и что такое изменение никогда не создавало проблем в отечественном конституционном контексте²⁵⁶. Некоторые проблемы, возникавшие на практике, нельзя решить путем толкования. Прозвучал и такой аргумент: если все участники согласны применять договор в такой форме, которая отходит от его первоначального смысла, говорить о нарушении принципа *pacata sunt servanda* не приходится²⁵⁷. Несколько делегаций отозвалось о проекте статьи 38 как об уже существующей норме или принципе международного права²⁵⁸.

121. Специальный докладчик Уолдок, действовавший на Конференции в качестве эксперта-консультанта, выразил, в частности, удивление по поводу того, что некоторые делегации сочли статью 38, видимо, своего рода нарушением принципа *pacata sunt servanda*, тогда как эта статья имеет добросовестное правовое основание. Он также высказался относительно озабоченности насчет того, что статья 38 может стать разрешением на видоизменение договоров в нарушение внутреннего права. По его мнению, до сих пор «подобное модифицированное применение договоров ни разу не порождало каких-либо конституционных проблем. Видоизменения обычно не затрагивают главную основу договора и не вызывают каких-либо возражений со стороны парламентов»²⁵⁹.

122. На голосование была поставлена поправка, предусматривающая изъятие проекта статьи 38, и эта поправка была принята 53 голосами против 15 при 26 воздержавшихся. После Венской конференции появились труды, в которых обсуждается вопрос о том, означает ли отклонение проекта статьи 38 на Венской конференции, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников тем самым исключается. Авторы этих трудов в большинстве своем приходили к выводу, что участвовавшие в переговорах государства попросту не захотели разбирать этот вопрос в Конвенции и что обычное право международных договоров говорит, как правило, в пользу возможности изменения договоров в силу последующей практики, устанавливающей согласие участников на этот счет²⁶⁰.

²⁵² Ibid., p. 208, para. 73 (Испания).

²⁵³ Ibid., p. 209, para. 68 (Испания); p. 211, para. 6 (Соединенные Штаты Америки).

²⁵⁴ Ibid., p. 211, para. 9 (Ирак); para. 22 (Италия).

²⁵⁵ Ibid., p. 214, para. 51 (Аргентина).

²⁵⁶ Ibid., p. 214, para. 57 (сэр Хамфри Уолдок).

²⁵⁷ Ibid., p. 214, para. 51 (Аргентина); см. также p. 213, para. 49 (Колумбия).

²⁵⁸ Ibid., p. 212, para. 33 (Австрия); p. 214, para. 51 (Аргентина); см. также p. 211, para. 22 (Италия: «юридический факт, который существовал всегда»); p. 213, para. 48 (Израиль).

²⁵⁹ Ibid., pp. 214–215, paras. 55–58 (сэр Хамфри Уолдок).

²⁶⁰ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138 (см. сноску 102 выше); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 243–245 (см. сноску 10 выше); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pp. 51–52 (см. сноску 10 выше); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, p. 134 (см. сноску 148 выше); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 (см. сноску 66 выше); Villiger, *Commentary on*

123. Чтобы правильно оценить этот вопрос сегодня, необходимо в первую очередь определить, получала ли после принятия Венской конвенции возможность изменения договора в силу последующей практики признание со стороны международных судов и в практике государств.

i) Международный Суд

124. Если не считать вышеупомянутого высказывания по делу «Спор относительно судоходных и смежных прав»²⁶¹, Международный Суд, видимо, не выражал открытого признания того, что та или иная последующая практика привела к изменению договора. Однако его высказывания по некоторым другим делам воспринимались как фактически означающие такое признание. К ним относится, в частности, консультативное заключение по Намибии, в котором Суд счел, что статья 27(3) Устава Организации Объединенных Наций, согласно которой для принятия решений Совета Безопасности не по процедурным вопросам требуется «совпадение» голосов его постоянных членов, не является «препятствием для принятия резолюций» в условиях, когда один или несколько из таких членов воздерживаются. По мнению Суда, «работа Совета Безопасности на протяжении длительного периода в избытке свидетельствует о том, что в постановлениях, выносимых Председателем Совета, и позициях, занимаемых его членами, в частности постоянными, практика, при которой один из постоянных членов добровольно воздерживается, последовательно и единообразно истолковывалась» как процедура, которая «в общем признана членами Организации Объединенных Наций» и указывает на «общую практику Организации»²⁶². А в консультативном заключении по делу «Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории» Суд счел, что ситуация, при которой «со временем ... стала все более активно проявляться тенденция, когда Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности параллельно

the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, p. 432, para. 23 (см. сноски 49 выше); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 555, para. 76 (см. сноски 11 выше) (с ним согласен еще один автор: Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, p. 702, paras. 10–11 (см. сноски 11 выше)); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp. 62–67 (см. сноски 10 выше); H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three”, *British Yearbook of International Law*, vol. 77, No. 1 (2006), p. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 934; I. Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman and D. Kritsiotis, eds. (forthcoming), at note 65 with further references (выражается, в частности, несогласие с этой точкой зрения и подчеркивается торжественность заключения договора в противоположность неформальности, присущей практике); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pp. 89–90 (см. сноски 66 выше); критические замечания встречаем также у следующего автора: Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pp. 115–117 (см. сноски 79 выше) (проводится различие между взглядами судебных учреждений и государств, а в этом контексте подчеркивается также важность положений о внесении поправок).

²⁶¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 242, para. 64.

²⁶² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 22, para. 22.

рассматривают один и тот же вопрос, касающийся поддержания международного мира и безопасности ... не противоречит пункту 1 статьи 12 Устава»²⁶³.

125. Суд пришел к этому выводу, хотя статья 12 Устава гласит, что «когда Совет Безопасности выполняет возложенные на него настоящим Уставом функции по отношению к какому-либо спору или ситуации, Генеральная Ассамблея не может делать какие-либо рекомендации, касающиеся данного спора или ситуации». В порядке объяснения того, почему эта тенденция, которая «со временем... стала все более активно проявляться», не противоречит пункту 1 статьи 12 Устава, Суд привел единственный довод: это «общепринятая практика Генеральной Ассамблеи, в ее развитии»²⁶⁴.

126. В этих консультативных заключениях Суд признавал, что последующая практика оказывает важное и даже решающее влияние на определение смысла договора, но при этом не доходил до прямого признания того, что такая практика фактически привела к изменению договора²⁶⁵. Еще одна причина, по которой значимость этих случаев может быть ограниченной, состоит в том, что они касаются договоров об учреждении международной организации. В статье 5 Венской конвенции о праве международных договоров (там говорится, в частности, о «правилах организации») дается указание на то, что такие договоры могут обладать особым характером. В статье 2(j) Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями²⁶⁶ говорится даже об «установившейся практике организации» как о специфической для международных организаций форме последующей практики. Поэтому представлялось бы нецелесообразным выводить общую норму права международных договоров исключительно из прецедентов, касающихся вполне конкретного типа договоров, для которого последующая практика может играть специфическую роль. По этой же причине вопросы последующей практики и последующих соглашений применительно к международным организациям будут предметом более позднего доклада²⁶⁷.

127. Другие дела, в которых Суд поднимал вопрос о возможном изменяющем эффекте последующей практики участников, касаются в основном договоров о границах. В деле «Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией» Суд заявил:

Поэтому поведение Камеруна на этой территории имеет значимость только для вопроса о том, согласился ли он с изменением договорно-правового титула (юридически такую возможность полностью исключить нельзя)²⁶⁸.

²⁶³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 149, para. 27.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989", p. 64 (см. сноску 252 выше).

²⁶⁶ Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (A/CONF.129/15).

²⁶⁷ См. также A/67/10, стр. 142–143, пункт 238, и A/63/10, приложение А, стр. 403, пункт 42.

²⁶⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at p. 353, para. 68.

128. Наиболее известным случаем, когда Суд, возможно, обнаружил такое согласие, является дело «Храм Прэахвихеа», в котором он сделал решительный упор на том, что одна сторона (Франция) выдвинула явные притязания на суверенитет, которые, по мнению Суда, требовали от другой стороны (Таиланд) реакции²⁶⁹. Однако это решение было вынесено до принятия Венской конвенции и, таким образом, по крайней мере косвенно учитывалось государствами в их прениях на Венской конференции²⁷⁰. В этом решении Суд также не дошел до прямого признания того, что произошло изменение договора в силу последующей практики: он оставил открытым вопрос о том, совпадала ли линия на французской карте с линией водораздела, которая была согласована в первоначальном договоре о границе между двумя государствами; при этом часто считается, что такого совпадения не было²⁷¹.

129. В заключение следует сказать, что, хотя Суд затрагивал возможность изменения договора в силу последующей практики участников, до сих пор он не шел на открытое признание того, что в том или ином конкретном случае такой эффект действительно достигнут. Вместо этого Суд находил такие формулировки, при которых сохраняется возможность считать, что он просто пришел либо к особенно широкому толкованию, либо к очень конкретному толкованию, которое трудно согласовать с обычным пониманием текста договора, но которое совпадает с установленной практикой участников.

ii) Арбитражные трибуналы

130. С другой стороны, арбитражные трибуналы время от времени подтверждали, что последующая практика участников может приводить к изменению ясно сформулированных положений договора, и действовали исходя из того, что такая позиция представлялась им нормой. Арбитражный трибунал, разбиравший дело «Эритрея против Эфиопии», пришел к выводу, что граница в том ее виде, который следует из текста договора, на самом деле оказалась на некоторых участках измененной в силу последующей практики сторон²⁷². Измене-

²⁶⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 30: «не подлежит сомнению, что признание в силу поведения состоялось весьма отчетливым образом... обстоятельства были явно таковы, что требовалась какая-то реакция»; «вряд ли можно представить себе более явное выдвижение притязаний со стороны Французского Индокитая», которое «требовало реакции».

²⁷⁰ M. Kohen, "Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice", *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 272.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 26: «этот факт (если он соответствует истине) должен был быть не менее очевиден в 1908 году». По мнению судьи Парры-Арангурена, дело «Храм Прэахвихеа» продемонстрировало, что «влияние последующей практики в этом случае выразилось в изменении договора» *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1212-1213, para. 16 (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren); Buga, "Subsequent practice and treaty modification", at note 113 (см. сноску 252 выше)).

²⁷² *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 April 2002, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, p. 83, at pp. 110-111, paras. 3.6-3.10; см. также *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 September 1988, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, p. 1, at p. 56, paras. 209 and 210 (разбиравший это дело арбитражный трибунал в порядке попутного замечания указал, что «при обнаружении возможного расхождения демаркированная линия границы будет превалировать над Соглашением»).

ние в силу последующей практики было признано и в деле «Соглашение о воздушно-транспортном обслуживании между Соединенными Штатами и Францией»: разбиравший его арбитражный трибунал заключил, что Соглашение было фактически изменено последующей практикой американских авиакомпаний, которые стали выполнять рейсы в определенные пункты назначения, не охватывавшиеся первоначальным соглашением. Арбитражный трибунал констатировал:

На самом деле эту линию поведения можно воспринимать не только как средство, полезное для толкования договора, но и как нечто большее, а именно как возможный источник последующего изменения, порождаемого определенными действиями или проявлениями определенного отношения, которые имеют касательство к юридическому положению сторон и тем правам, на которые каждая из них может обоснованно притязать²⁷³.

131. Вместе с тем один из комментаторов охарактеризовал вывод, сформулированный по делу «Эритрея против Эфиопии», как «изолированное исключение»²⁷⁴ (по крайней мере в контексте установления границ), а арбитражное решение по делу «Соглашение о воздушно-транспортном обслуживании» было вынесено до Венской конференции и стало на Конференции объектом критических замечаний²⁷⁵.

iii) Всемирная торговая организация

132. Апелляционный орган ВТО дал ясно понять, что не станет признавать такого толкования, которое повлечет изменение договорного обязательства, поскольку тогда уже не будет идти речь о «применении» существующего договорного положения²⁷⁶. Вместе с тем настойчивость Апелляционного органа в том, что последующие соглашения или последующая практика не могут вести к изменению применимых положений в рамках относящихся к ВТО соглашений, следует воспринимать с учетом конкретного положения из статьи 3.2 Договоренности о разрешении споров, согласно которому «рекомендации и решения [Органа по разрешению споров] не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями».

iv) Европейский суд по правам человека

133. Бывали случаи, когда Европейский суд по правам человека признавал последующую практику участников в качестве возможного источника для изме-

²⁷³ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 December 1963, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, p. 5, at pp. 62–63.

²⁷⁴ M. Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed., (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 43; однако эта оценка встретила возражения у одного автора (см. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, p. 20 (см. сноски 115 выше)), который сослался на решение Трибунала по ирано-американским претензиям и на арбитражное разбирательство по поводу Табы.

²⁷⁵ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, p. 208, para. 58 (Япония) (см. сноски 115 выше); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89 (см. сноски 66 выше).

²⁷⁶ WTO, Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, paras. 391–393.

нения Конвенции. В деле «Ас-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства» шла речь о том, допустима ли передача лица государством, участвующим в Конвенции, не участвующему в ней государству, в котором этому лицу угрожает вынесение смертного приговора. По ходу рассмотрения дела оказался затронут вопрос о том, должна ли статья 3 Конвенции, которая запрещает подвергать человека «бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию», толковаться как запрещающая подобный шаг. При этом такая трактовка статьи 3 казалась несовместимой со статьей 2 Конвенции, которая защищает право на жизнь, запрещая умышленное лишение жизни «иначе как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом за совершение преступления». В деле «Ас-Саадун и Муфди» Суд напомнил, что в 1989 году в своем решении по делу «Сёринг против Соединенного Королевства» он в порядке попутного замечания уже признал, что

установившаяся в государствах-членах практика может вести к видоизменению Конвенции. По этому делу Суд признал, что последующая практика в национальной уголовно-правовой политике, принявшая форму обобщенной отмены смертной казни, может восприниматься как устанавливающая согласие договаривающихся государств на отмену исключения, предусмотренного в § 1 статьи 2, а значит, и на устранение текстуального ограничения на возможность эволютивного толкования статьи 3 (*ibid.*, pp. 40–41, § 103)²⁷⁷.

134. Применяя те же доводы, Суд пришел по делу «Ас-Саадун и Муфди» к следующему заключению:

К настоящему времени все государства-члены, за исключением двух, подписали Протокол № 13 и все из подписавших его государств, за исключением трех, ратифицировали его. Эти цифры, а также последовательная практика государств, проявляющаяся в соблюдении моратория на смертную казнь, служат сильным признаком того, что статья 2 подверглась видоизменению, выражающемуся в запрещении смертной казни при любых обстоятельствах. Исходя из этого, Суд не считает, что формулировка второго предложения § 1 статьи 2 продолжает препятствовать ему в том, чтобы толковать присутствующую в статье 3 фразу «бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание» как включающую смертную казнь (ср. *Soering* (цит. соч.), §§ 102–104)²⁷⁸.

135. Суд констатировал нарушение статьи 3 Конвенции, выразившееся в том, что государство, участвующее в Конвенции, осуществило во время войны передачу лица не участвующему в ней государству, в котором этому лицу угрожала реальная опасность подвергнуться смертной казни. Суд вполне ясно изложил свои доводы, однако признание им факта изменения статьи 2 Конвенции в силу практики государств может быть истолковано как попутное замечание, если учесть, что вынесенное решение опирается исключительно на статью 3. Вместе с тем такое умозаключение означает искусственное разделение двух неразрывно связанных между собой положений.

²⁷⁷ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 March 2010, Application No. 61498/08, ECHR 2010, para. 119 (со ссылкой на следующее дело: *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV).

²⁷⁸ *Ibid.*, para. 120; B. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (2013), p. 523.

v) **Другие международные суды и трибуналы**

136. Представляется, что другие международные суды и трибуналы, такие как Международный трибунал по морскому праву, Межамериканский суд по правам человека, Международный уголовный суд и международные уголовные трибуналы, а также Европейский суд либо не разбирали данный вопрос, либо не признавали, что последующая практика участников договора способна привести к его изменению²⁷⁹.

vi) **Практика государств, не связанная с судебными разбирательствами**

137. Есть определенное количество случаев, когда участвующие в договоре государства следуют практике, которую они, судя по всему, считают по существу изменяющей этот договор, при отсутствии каких-либо высказываний по этому вопросу со стороны международных судов или трибуналов²⁸⁰. Представляется, что к таким случаям относится, например, трактовка термина «мигрирующий вид» согласно Конвенции по мигрирующим видам: в настоящее время эта концепция истолковывается как охватывающая виды, которые стали или становятся немигрирующими из-за изменения климата²⁸¹. Вместе с тем такие случаи с трудом поддаются четкому определению²⁸², причем особенно трудно выяснить, подразумевает ли та или иная конкретная практика появление среди участников понимания или согласия относительно того, что исходный договор подвергся тем самым изменению. В этой связи высказывалось такое мнение: «Вполне резонно постулировать, например, что государства весьма неохотно разрешают улаживающим споры инстанциям ссылаться на последующее поведение для изменения договорных отношений, но при этом достаточно охотно идут на то, чтобы самим расценивать договор как измененный, опираясь на взаимные договоренности»²⁸³.

vii) **Оценка**

138. Прецеденты из практики международных судов и трибуналов дают смешанную картину. Если некоторые из них не разбирали вопрос о том, способна ли последующая практика участников договора приводить к его изменению, то Международный Суд вроде бы признал такую возможность — но в общем виде, без явного приложения этого признания к какому-то конкретному делу. Представляется также, что Суд предпочитает доносить идею о том, что рассматриваемая им последующая практика участников договора остается в пределах допустимого толкования этого договора. С другой стороны, Апелляционный орган ВТО отвергал возможность изменения относящихся к ВТО со-

²⁷⁹ См. “Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, pp. 268-275, 282-285, 286-295 and 295-301 (см. сноску 50 выше).

²⁸⁰ “Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, pp. 353–356 (см. сноску 229 выше).

²⁸¹ A. Trouwborst, “Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and its daughter instruments to climate change”, *Diversity*, vol. 4, No. 3 (2012), pp. 286–288; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, at note 115 (см. сноску 252 выше).

²⁸² См. Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 72 (см. сноску 10 выше): этот автор вообще рассматривает сложности с однозначным определением практики государств.

²⁸³ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 83 (см. сноску 66 выше).

глашений в силу последующей практики участников, тогда как Европейский суд по правам человека признал эту возможность и основал на ней свое решение как минимум по одному делу²⁸⁴.

139. Эта ситуация позволяет сделать следующие выводы: пример ВТО показывает, что договор может не допускать, чтобы последующая практика его участников приводила к его изменению. При этом данный вопрос регламентируется в первую очередь самим договором. Пример Европейского суда по правам человека тоже подкрепляет ту точку зрения, что определяющим является в первую очередь сам договор и что бывают случаи, когда этот договор может допускать, чтобы преимущественную силу получал не его текст, а общие стандарты, проявляющиеся в национальных законодательствах или в исполнительной практике. Таким образом, многое зависит в конечном счете от самого договора или его положений²⁸⁵.

140. Однако наличие договорных норм, регулирующих данный вопрос (например, статья 3.2. Договоренности ВТО о разрешении споров или признанное понимание договора по примеру того, что произошло в случае Европейской конвенции о правах человека), является исключением. Ситуация осложняется такими договорами, в которых отсутствуют сопоставимые указания, ориентирующие в том или другом направлении. Из судебной практики Международного Суда не вырисовывается какой-то четкой остаточной нормы, которая регулировала бы такие случаи. Можно, однако, сделать вывод, что, хотя Суд и установил, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников «юридически... полностью исключить нельзя»²⁸⁶, он счел, что обращения к такому изменению следует, насколько возможно, избегать. Таким образом, Суд готов признавать случаи, когда обычное значение терминов договора толкуется весьма расширительно, а возможно, и случаи придания этим терминам специальных значений.

141. Этот вывод, делаемый из судебной практики Международного Суда, созвучен некоторым общим соображениям, которые высказывались во время дебатов по поводу проекта статьи 38 Венской конвенции. Представляется, что сегодня мнение о том, что предусмотренные в договоре процедуры внесения поправок не должны обходиться неформальными путями, приобрело больше веса по сравнению с не менее верным общим наблюдением, согласно которому международное право зачастую не так заформализовано, как национальное²⁸⁷. Следует также отметить, что от высказывавшейся рядом государств на Венской конференции озабоченности по поводу того, что возможность изменения договора в силу последующей практики может породить трудности для внутриго-

²⁸⁴ *Al-Saadoon* (см. сноску 269 выше).

²⁸⁵ Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, at notes 126–132 (см. сноску 252 выше).

²⁸⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68.

²⁸⁷ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89 (см. сноску 66 выше); Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 47 (см. сноску 107 выше); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pp. 115–117 (см. сноску 79 выше); J. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 130.

сударственного конституционного права, уже нельзя просто отмахнуться²⁸⁸. И наконец: хотя верно, что изменение договора в силу последующей практики всех участников формально не ставит под сомнение принцип *pacta sunt servanda*, столь же верно и то, что ситуация, когда неформальное средство признания соглашения в качестве последующей практики будет запросто признаваться как способное изменить договор, может ставить под сомнение стабильность договорных отношений²⁸⁹. Стоит также подчеркнуть, что даже Уолдок в своем выступлении на Венской конференции сузил возможный объем изменения в силу последующей практики участников, заявив, что при этом не должна затрагиваться «главная основа договора»²⁹⁰.

142. Таким образом, хотя в международной судебной практике имеются признаки, свидетельствующие о том, что при отсутствии в договоре указаний об ином, согласованная последующая практика участников может приводить к определенным ограниченным изменениям в договоре, фактическое возникновение такого эффекта не должно презюмироваться. Вместо этого государствам и судам следует всячески стараться воспринимать согласованную последующую практику участников договора как попытку определенным образом его истолковать. Такие толковательные усилия могут приобретать довольно разные формы, поскольку статья 31 Венской конвенции, не отдавая предпочтения какому-то одному из предусматриваемых ею средств толкования, предписывает толкователю учитывать все средства толкования, подходящие к обстоятельствам²⁹¹.

в) Последующие соглашения

143. Согласно статье 39 Венской конвенции о праве международных договоров, «договор может быть изменен по соглашению между участниками». В

²⁸⁸ См. *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of 19 June 2001, Application 2 BvE 6/99 (английский перевод имеется по адресу: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), paras. 19–21; S. Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, pp. 145–148, J. E. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, p. 130; I. Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, pp. 154–159; H. Ruiz Fabri, “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”, pp. 165–166 (последние три работы см. в публикации: *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013)).

²⁸⁹ См., например, Kohen, “Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, p. 274 (см. сноску 262 выше) (проблема освещается в конкретном приложении к договорам о границах).

²⁹⁰ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, pp. 214–215, para. 57 (сэр Хамфри Уолдок) (см. сноску 12 выше).

²⁹¹ Проект вывода 1, пункт 5, и сопроводительный комментарий (A/68/10, глава IV, разделы C.1 и C.2); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 117 (см. сноску 79 выше); некоторые авторы (например, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (см. сноску 10 выше); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 555, para. 76 (см. сноску 11 выше)) поддерживают точку зрения, согласно которой возможный диапазон того, что можно отнести к «толкованию», шире в случае последующего соглашения или последующей практики по смыслу пункта 3 статьи 31, чем в случае толкования другими толкователями, включая случай эволютивного толкования судами или трибуналами.

свою очередь, в статье 31(3)(а) говорится о последующих соглашениях «между участниками относительно толкования договора и применения его положений», а вопрос об изменении договора вроде бы не затрагивается. Апелляционный орган ВТО заключил:

[...] термин «применение» в статье 31(3)(а) относится к ситуации, когда в соглашении уточняется, как должны «применяться» существующие нормы или действующие обязательства; этот термин не означает создания новых или расширения существующих обязательств, которые подлежат временному ограничению ...²⁹².

144. Статьи 31(3)(а) и 39, если их воспринимать в совокупности, показывают, что соглашения, которых участники достигают после того, как договор заключен, могут этот договор толковать и изменять²⁹³. Соглашение, о котором идет речь в статье 39, не обязательно должно облекаться в ту же форму, что и договор, в который оно вносит поправки (если только это не предусмотрено в самом договоре²⁹⁴). Как и соглашение по смыслу статьи 31(3)(а), соглашение по смыслу статьи 39 может быть облечено в более неофициальную форму, а также сведено к изменению или приостановке действия обязательств по договору применительно к одному или нескольким случаям его применения²⁹⁵. По делу «Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)» Международный Суд заключил:

Независимо от его конкретного обозначения и независимо от того, в каком документе оно могло быть зафиксировано (протоколы [Исполнительной комиссии по реке Уругвай]), это «понимание» имеет для сторон обязательную силу постольку, поскольку они с ним согласились, и должно добросовестно ими соблюдаться. Право отступать от закрепленных Статутом 1975 года процедур в отношении какого-то конкретного проекта они получают на основе соответствующего двустороннего соглашения²⁹⁶.

145. Отсутствие разных формальных требований к соглашению по смыслу статьи 39 и к соглашению по смыслу статьи 31(3)(а) — одна из причин, по которой некоторые авторы считают, что соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) тоже может влечь за собой изменение договора²⁹⁷. Как бы то ни было, может оказаться необходимым определить, является ли (и если да, то в какой степени) целью соглашения изменение (по смыслу статьи 39) или толкование (по смыс-

²⁹² WTO Appellate Body, *EC – Bananas III*, 26 November 2008, paras. 391–393 (см. сноску 268 выше).

²⁹³ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 88 (см. сноску 66 выше).

²⁹⁴ Согласно второму предложению статьи 39.

²⁹⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 107 (см. сноску 102 выше; ссылка на Уолдока (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, p. 207, paras. 49–52 (см. сноску 12 выше)); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 513, paras. 7, 9 and 11 (см. сноску 49 выше); Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, p. 706, at para. 16 (см. сноску 11 выше).

²⁹⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 14, at pp. 62–63, paras. 128 and 131; далее (pp. 62–66, paras. 128–142) Суд пришел к выводу, что в рассматриваемом случае эти условия выполнены не были.

²⁹⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 223–214 (см. сноску 66 выше); автор приводит примеры.

лу статьи 31(3)(a) договора²⁹⁸, и в частности определить, можно ли установить такое различие по формальным критериям или же оно зависит исключительно от предполагаемых намерений участников. Из международной судебной практики и практики государств вырисовывается неоднозначная картина:

i) Международный Суд

146. В деле «Целлюлозные заводы на реке Уругвай» Международный Суд столкнулся с утверждением о том, что стороны отказались от предусмотренной договором процедуры применительно к конкретному случаю, в котором шла речь о споре по поводу строительства некоторых целлюлозных заводов, и решили действовать в этом вопросе на основе «понимания», достигнутого между министрами иностранных дел Аргентины и Уругвая. Суд указал следующее:

Суд заключает, что «понимание» от 2 марта 2004 года влекло бы за собой освобождение Уругвая от его обязательств по статье 7 Статута 1975 года (если цель «понимания» состояла в этом) только в том случае, если бы Уругвай выполнил условия этого «понимания». По мнению Суда, этого не произошло. Поэтому «понимание» нельзя рассматривать как приведшее к освобождению Уругвая от соблюдения процессуальных обязательств, предусмотренных Статутом 1975 года²⁹⁹.

147. Хотя Суд признал, что «понимание» могло бы привести к «освобождению Уругвая от соблюдения процессуальных обязательств» по договору, он не дошел до признания того, что оно повлекло бы за собой изменение обязательств по договору. Это говорит о том, что неформальные соглашения, которые предположительно ведут к отступлению от договорных обязательств, подлежат узкому толкованию. Таким образом, наличие согласия на изменение договора не исключается, но и не презюмируется³⁰⁰.

ii) Трибунал по ирано-американским претензиям

148. Трибунал по ирано-американским претензиям признал (правда, лишь в порядке попутного замечания), что последующее соглашение сторон может привести к изменению Алжирских договоренностей:

[...] Тем не менее если бы обе стороны, которые образовали Трибунал, т. е. Иран и Соединенные Штаты, согласились передать дело Трибуналу, то это, вероятно, можно было бы считать достаточным для признания подсудности такого дела Трибуналу, поскольку при этом появлялось бы международное соглашение, изменяющее Алжирские декларации приме-

²⁹⁸ В судебной практике иногда нет необходимости определять, является ли следствием соглашения толкование договора или его изменение: см. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at p. 29, para. 60 («по мнению Суда, для целей настоящего решения нет никаких причин классифицировать это либо как подтверждение Декларации, либо как ее изменение»).

²⁹⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 63, para. 131.

³⁰⁰ Ibid., p. 66, para. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 32 (см. сноску 110 выше).

нительно к этому конкретному делу. Но вопрос здесь заключается не в этом [...]»³⁰¹.

149. Это высказывание позволяет предположить, что вывод о том, идет ли речь лишь о толковании договора с помощью соглашения или же о его изменении им, может быть сделан на основании его заявленного эффекта.

iii) Пояснение Комиссии по свободной торговле 2001 года: соглашение о толковании или об изменении?

150. Согласно статье 1131(2) НАФТА, Комиссия по свободной торговле (КСТ; межправительственный орган) может утверждать толкование того или иного из положений НАФТА, становящееся обязательным для трибунала, образуемого на основании главы 11³⁰². Комиссия прибегла к этой возможности, обнародовав 31 июля 2001 года пояснение о толковании статьи 1105(1) НАФТА (в дальнейшем — «пояснение КСТ»)»³⁰³. В этом пояснении, в частности, уточнялось, что термин «международное право» применительно к минимально требуемым стандартам обращения следует понимать как отсылающий к «обычному международному праву» и что «справедливый и равный подход», а также «полная надежность и защищенность» не требуют режима, выходящего за рамки этого обычно-правового стандарта³⁰⁴. Пояснение КСТ по-разному истолковывалось разными коллегиями, создававшимися на основании главы 11, в частности применительно к вопросу о том, как к нему относиться: как к аутентичному толкованию по смыслу статьи 1131(2) НАФТА, как к последующему соглашению по смыслу статьи 31(3)(а) Венской конвенции, как к поправке (недопустимой) или как к неофициальному изменению (возможно, допустимому)³⁰⁵. Особую значимость имеют следующие решения:

151. Коллегия по делу «“ADF Group Inc.” (против Соединенных Штатов)», оценивая, является ли пояснение КСТ толкованием или же поправкой, исходила из того, что само пояснение претендовало на статус толкования:

В этой связи мы отмечаем, что толкование КСТ от 31 июля 2001 года прямо претендует на то, чтобы считаться толкованием нескольких положений НАФТА (включая статью 1105(1)), а не «поправкой» или чем-либо еще ... Поэтому нет необходимости выяснять различие между «толкованием» статьи 1105(1) и внесением в нее «поправки». Однако независимо от того, претендует ли документ, представленный на рассмотрение трибунала, об-

³⁰¹ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004–2009), p. 77, at pp. 125–126, para. 132.

³⁰² С. Н. Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, No. 2 (2006), pp. 349–350.

³⁰³ «Каждая сторона предоставляет инвестициям инвесторов другой стороны режим, согласующийся с международным правом, включая справедливый и равный подход и полную надежность и защищенность».

³⁰⁴ См. North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of certain Chapter 11 Provisions of the Free Trade Commission (текст имеется по адресу: www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp); см. также Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp. 351–354.

³⁰⁵ См., например, Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp. 354–356 and 363; Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, pp. 180–181 and 216 (см. сноски 101 выше).

разованного на основании главы 11, на статус вносящего поправку соглашения, в отношении которого стороны выполнили соответствующие внутренние конституционные процедуры, необходимые для вступления этого соглашения в силу, или же на статус толкования, осуществленного КСТ в соответствии со статьей 1131(2), мы имеем дело с ситуацией, когда к Трибуналу обращаются сами стороны, причем все из них. Вряд ли можно придумать более аутентичный и авторитетный источник для выяснения того, что стороны намеревались отразить в том или ином положении НАФТА³⁰⁶.

152. Коллегия по делу «“Methanex” (против Соединенных Штатов)» истолковала пояснение КСТ как последующее соглашение по смыслу статьей 31(3)(a):

Что касается статьи 1105, то существующая трактовка излагается в толковании КСТ от 31 июля 2001 года. Оставляя в стороне вопрос о влиянии статьи 1131(2) НАФТА, нужно сказать, что толкование КСТ должно рассматриваться также в свете статьи 31(3)(a) Венской конвенции, поскольку речь идет о последующем соглашении между сторонами НАФТА относительно толкования статьи 1105 НАФТА... Отсюда следует, что при любом толковании статьи 1105 нужно выяснить обычное значение этого положения в соответствии со статьей 31(1) Венской конвенции, а также учесть толкование от 31 июля 2001 года в согласно статье 31(3)(a) Венской конвенции³⁰⁷.

153. Коллегия также разобрала вопрос о том, имело ли пояснение толковательный характер или же оно подразумевало поправку к НАФТА:

... Даже если предположить, что толкование КСТ представляло собой далеко идущее содержательное изменение (по мнению Трибунала, в вопросе, связанном с рассматриваемым делом, ситуация обстоит не так), «Methanex» не ссылается ни на какие авторитетные источники в своем аргументе о том, что далеко идущие изменения к договору должны оформляться только в виде официальной поправки, а не в виде того или иного соглашения между всеми сторонами.

Статья 39 Венской конвенции о праве международных договоров гласит лишь, что «договор может быть изменен по соглашению между участниками». Требование о каком-то конкретном способе внесения поправки отсутствует, и многие договоры предусматривают внесение в них поправок по соглашению, не требующему повторной ратификации. Не приходится говорить и о том, что положение такого уровня, как статья 1131, несовместимо с правилами международного толкования. Статья 31(3)(a) Венской конвенции предусматривает: «3. Наряду с контекстом учитываются: а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений»³⁰⁸.

³⁰⁶ *ADF Group Inc. v. United States of America* (Case No. ARB(AF)/00/1), ICSID Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, 9 January 2003, pp. 84–85, para. 177 (www.state.gov/documents/organization/16586.pdf).

³⁰⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005, Part II, Chapter H, para. 23 (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf).

³⁰⁸ *Ibid.*, Part IV, Chapter C, paras. 20–21.

154. Коллегия по делу «“Pope and Talbot” (против Канады)», отметив явное предпочтение тому, чтобы считать пояснение КСТ поправкой, тем не менее решила исходить из того, что действия Комиссии представляли собой «толкование»³⁰⁹.

155. Несмотря на различия в их оценках того, как относиться к упомянутому пояснению КСТ, разные трибуналы не выявили никаких формальных критериев, по которым последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(а) можно было бы отличить от соглашения об изменении договора (по смыслу статьи 39 либо иного характера). Вместо этого они предпочли, насколько это было возможно, квалифицировать соглашение сторон, о котором конкретно шла речь, в качестве соглашения о толковании договора, а не в качестве поправки или изменения, и тем самым приняли то, чего предположительно желали достичь стороны.

iv) Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву

156. Примеры из практики показывают, что иногда участвующие в договоре государства стремятся принятием последующего соглашения добиться того, что выглядит по сути изменением этого договора, не прибегая при этом к имеющейся процедуре внесения поправок или не доводя эту процедуру до ее успешного завершения.

157. Совещание государств — участников Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву постановило перенести первые выборы судей Международного трибунала по морскому праву с 16 мая 1995 года (крайний срок, допускавшийся статьей 4(3) приложения VI к Конвенции) на 1 августа 1996 года³¹⁰. Сходное решение было принято Совещанием государств-участников и в отношении первых выборов в Комиссию по границам континентального шельфа³¹¹. Оба эти решения были приняты консенсусом. Принятие и первого, и второго происходило не по линии процедур внесения поправок, предусмотренных статьями 312–316 Конвенции³¹², и не сопровождалось дебатированием их правомерности. Каждое из них можно рассматривать как решение не применять Конвенцию в отдельно взятом случае (при этом договорное обязательство не затрагивается, а просто оставляется неисполненным). Однако, учитывая необходимость заручиться надежной правовой основой для проведения выборов, правдоподобнее будет предположить, что намерение участников Конвенции состояло в ее изменении применительно к отдельно взятому случаю для того, чтобы добиться искомого эффекта.

³⁰⁹ *Pope & Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on Damages, 31 May 2002, pp. 22–23, paras. 46–47 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>).

³¹⁰ См. доклад первого Совещания государств — участников Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, состоявшегося 21–22 ноября 1994 года в Нью-Йорке (SPLOS/3), стр. 5–6.

³¹¹ Хотя из пункта 2 статьи 2 приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву вытекало, что крайний срок для принятия решения — это 16 мая 1996 года, на третьем Совещании государств-участников принятие этого решения было отложено до 13 марта 1997 года (см. SPLOS/5, пункт 20).

³¹² T. Treves, “The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention”, in *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, A. G. Oude Elferink, ed., (Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), pp. 68–70.

158. Статья 4 приложения II к Конвенции предусматривает возможность установления внешних границ континентального шельфа за пределами 200 морских миль в соответствии со статьей 76 Конвенции и требует, чтобы запрашивающее государство представляло «Комиссии конкретные данные о такой границе наряду с дополнительными научно-техническими данными в возможно кратчайшие сроки, но в любом случае в течение десяти лет со времени вступления в силу для этого государства настоящей Конвенции». Когда государства стали требовать продления разрешаемых сроков³¹³, Совещание государств-участников постановило, что в отношении государств, для которых Конвенция вступила в силу до 13 мая 1999 года, десятилетний срок будет считаться начавшимся 13 мая 1999 года³¹⁴. В подготовленном Секретариатом информационном документе было сформулировано несколько способов достижения этой цели, но предпочтение было отдано заключению государствами-участниками последующего соглашения относительно формального процесса внесения поправок в соответствии со статьями 312 или 313 Конвенции либо имплементационного соглашения³¹⁵. На Совещании государств-участников большинство назвало этот вопрос процедурным и относящимся поэтому к компетенции Совещания³¹⁶. Государства-участники договорились принять решение консенсусом и считать, что в данном случае нет необходимости прибегать к статьям 312–314 Конвенции. Учитывая четкость положений статьи 76 Конвенции, данное решение Совещания государств-участников, даже если рассматривать его как процедурное, сложно воспринимать как не изменяющее этих положений³¹⁷. В то же время очевидно, что государства-участники не хотели в открытую это признавать.

v) Монреальский протокол

159. Еще одним примером того, что разграничение между соглашением о толковании договора и соглашением о его изменении провести трудно, является решение Совещания сторон Монреальского протокола³¹⁸, посредством которого было принято несколько поправок к этому документу³¹⁹. В соответствии со статьей 9(5) Венской конвенции об охране озонового слоя поправки к Протоколу должны вступать «в силу для тех Сторон, которые приняли их, на девяностый день после получения Депозитарием уведомления об их ратификации, одобрении или принятии... по меньшей мере двумя третями Сторон данного протоко-

³¹³ См. SPLOS/60, пункт 61.

³¹⁴ См. SPLOS/73, пункт 81, и решение в отношении даты начала десятилетнего срока представления в Комиссию по границам континентального шельфа данных, предусмотренных в статье 4 приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (SPLOS/72).

³¹⁵ См. «Вопросы в отношении статьи 4 приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву: информационный документ, подготовленный Секретариатом» (SPLOS/64), стр. 8–9; см. также SPLOS/73, стр. 14–15.

³¹⁶ См. SPLOS/73, стр. 14–15.

³¹⁷ См., например, German Federal Foreign Office, International Law Division, International Law Commission topic “Treaties over Time” (14 February 2011), p. 7.

³¹⁸ Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, 1987 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, No. 26369).

³¹⁹ См., например, Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, p. 31 (см. сноски 175 выше); Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 641 (см. сноски 175 выше).

ла, если только в этом протоколе не предусмотрено иное»³²⁰. Монреальский протокол к Венской конвенции предусматривает специальную «процедуру корректировок»³²¹, которую, как упоминалось выше, следует отличать от поправок к Протоколу, на которые распространяется статья 9(5) Венской конвенции.

160. На втором Совещании сторон Монреальского протокола, состоявшегося 27–29 июня 1990 года в Лондоне, было принято «решение II/2», предусматривающее внесение в Протокол нескольких поправок. Эти поправки и порядок их вступления в силу изложены в приложении II к заключительному докладу Совещания сторон. Статья 2 приложения II гласит:

Настоящая поправка вступает в силу 1 января 1992 года при условии сдачи на хранение не менее двадцати документов о ратификации, принятии или одобрении поправки государствами или региональными организациями по экономической интеграции, являющимися Сторонами Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой. Если к этой дате указанное условие не будет соблюдено, поправка вступает в силу на девятый день с момента выполнения этого условия³²².

161. Данное решение Совещания сторон представляет собой последующее соглашение сторон, которое, можно сказать, не ограничивается толкованием процедуры внесения поправок, устанавливаемой венско-монреальским договорным режимом, а изменяет эту процедуру. Принятое в 1990 году решение получило подтверждение в последующей практике сторон: раз за разом принимались решения, предусматривающие ту же процедуру вступления поправок в силу³²³.

vi) Последующие соглашения и процедуры внесения поправок

162. Есть случаи, когда участники договора, иницируя официальную процедуру внесения поправок, достигают в то же время более неформального последующего соглашения об изменении положений договора, которое они начинают соблюдать еще до завершения ими этой официальной процедуры. В таких случаях возможно возникновение вопроса о том, можно ли считать, что до тех пор, пока формальная процедура внесения поправок не завершится, договорные обязательства достоверно оговорены в последующем соглашении. Одним из примеров такой практики стала Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением («Базельская конвенция»)³²⁴. Учитывая просьбу, которая была высказана Группой 77 государств в 1994 году на первом совещании Конференции сторон, на втором ее совещании было принято консенсусное решение запретить трансграничные перевозки

³²⁰ Венская конвенция об охране озонового слоя 1985 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1513, No. 26164).

³²¹ См. J. Brunnée, "Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements", pp. 109–110 (см. сноску 188 выше).

³²² Доклад второго Совещания сторон Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, Лондон, 27–29 июня 1990 года (UNEP/OzL.Pro.2/3), решение II/2 и приложение, стр. 41.

³²³ Список поправок к Монреальскому протоколу см. по адресу: United Nations Environment Programme (UNEP), Ozone Secretariat (http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaty_text.php?treatyID=3).

³²⁴ Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1673, No. 28911).

опасных отходов из стран Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в государства, не являющиеся членами ОЭСР³²⁵. Вместе с тем в ходе прений на втором совещании Конференции сторон некоторые государства поднимали вопрос о том, не следует ли оформить это решение в рамках официальной процедуры внесения поправок, предусмотренной в статье 17 Базельской конвенции³²⁶. Критика со стороны некоторых государств-участников продолжалась, будучи озвучиваема, в частности, на отечественном уровне³²⁷. В 1995 году на своем третьем совещании Конференция сторон постановила начать процесс внесения в Базельскую конвенцию официальной поправки, предусматривающий запрет на трансграничную перевозку опасных отходов из стран ОЭСР в страны, не являющиеся членами ОЭСР. В том порядке, который предусмотрен статьей 17 Конвенции, эта поправка до сих пор не вступила в силу. Во время прений на третьем совещании Конференции сторон несколькими государствами было выражено мнение о том, что решение урегулировать этот вопрос через официальную процедуру внесения поправок не лишает обязательной силы решение, ранее принятое Конференцией сторон, тогда как другие прямо отвергали эту точку зрения³²⁸.

vii) Различия между последующими соглашениями

163. Приведенные выше примеры из практики судебных учреждений и государств говорят о том, что зачастую весьма трудно провести различие между соглашениями, которые заключаются участниками на основании конкретного договорного положения, признающего обязательную силу за последующими соглашениями, простыми последующими соглашениями, которые предусмотрены статьей 31(3)(а), но обязательной силы как таковые не имеют, и, наконец, соглашениями об изменении договора, которые предусмотрены статьей 39. Представляется, что помимо критериев, которые могут быть предусмотрены в самом применимом договоре, нет каких-то официальных критериев, признаваемых в качестве дифференцирующих эти различные формы последующих соглашений. Вместе с тем ясно, что государства и международные суды, как правило, готовы признавать за государствами-участниками широкую свободу действий при толковании договора с помощью последующего соглашения. Эта свобода действий может заключаться в предельном растяжении обычного значения терминов договора и даже выходе за пределы такого значения. Признание столь широкой свободы действий при толковании договора сопровождается

³²⁵ См. доклад второго совещания Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 21–25 марта 1994 года (UNEP/CHW.2/30), решение II/12.

³²⁶ См. решение III/1, принятое третьим совещанием Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 18–22 сентября 1995 года (UNEP/CHW.3/35); см. также G. Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, in *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum and V. Röben, eds., (Berlin, Springer, 2005), p. 132.

³²⁷ Например, в Австралии члены парламента беспокоились насчет «утраты парламентского суверенитета» (см. Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, p. 132)).

³²⁸ См. доклад третьего совещания Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 18–22 сентября 1995 года (UNEP/CHW.3/34); см. также Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”.

са тем, что государства и суды с неохотой идут на признание того, что соглашение ведет фактически к изменению договора³²⁹. Пример с Базельской конвенцией не обязательно нужно трактовать как постратумное признание сторонами того, что принятое Конференцией сторон решение требуется оформить в виде официальной поправки: его можно рассматривать и как попытку избежать взаимных разногласий и прибегнуть к «безопасному» курсу действий, даже если сугубой необходимости в этом не было. Вместе с тем представляется, что задействие официальной процедуры внесения поправок логично считать признаком того, что стороны считают такую процедуру юридически обязательной.

164. Презумпция того, что последующее соглашение, которое не удовлетворяет процедурным требованиям клаузулы о внесении поправок, присутствующей в договоре, следует толковать в узком смысле, как не предполагающую изменения этого договора, выглядит еще более жесткой в тех случаях, когда заключение последующего соглашения затрагивает объект и цель договора, т. е. его существенный элемент³³⁰. Одним из этих существенных элементов может являться порождение договором неких индивидуальных прав³³¹. Вместе с тем если последующее соглашение составлено достаточно четко, то оно может даже способствовать изменению существенного элемента договора³³².

с) Заключение

165. Прецеденты из практики международных судов и трибуналов, а также примеры из практики государств подтверждают, что если в теории изменение договора (или внесение в него поправок) в силу последующего соглашения или согласованной последующей практики можно отграничить от его толкования, то на практике, как довольно осторожно выразилась Комиссия, «грань между толкованием договора и внесением в него поправки в силу последующей прак-

³²⁹ Возможно, в дипломатических контекстах, отличных от судебного-процессуальных, государства склонны более открыто признавать, что появление определенного рода соглашений или общепринятой практики равнозначно изменению договора (см. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 83 (см. сноску 66 выше)).

³³⁰ См. руководящее положение 3.1.5 составленного Комиссией Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам (A/66/10/Add.1), глава IV.F.2, стр. 407; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 214 (см. сноску 66 выше).

³³¹ См. Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 26 по вопросам, касающимся постоянного характера обязательств по Международному пакту о гражданских и политических правах (CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1), пункт 4 (правда, там разбирается вопрос о праве денонсировать Международный пакт о гражданских и политических правах); см. доклад Исследовательской группы Комиссии международного права по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права» (A.CN.4/L.682 и Corr.1), пункт 108 (правда, там разбирается вопрос о *lex specialis*); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, at notes 152–155 (см. сноску 252 выше).

³³² См., например, Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46 (см. сноску 107 выше); Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 31 (см. сноску 110 выше) (рассматриваются соглашения о приватизации международных организаций спутниковой связи ИНМАРСАТ, ЕВТЕЛСАТ и ИНТЕЛСАТ, достигнутые не по линии обычных процедур внесения поправок); Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States” (см. сноску 101 выше).

тики может быть размытой»³³³. Международный Суд не обсуждал критериев, позволяющих отличить толкование от изменения посредством последующего соглашения или согласованной последующей практики. Представляется, что наиболее разумный подход состоит в признании того, что грань между толкованием и изменением нельзя определить с помощью абстрактных критериев и что выводиться она должна в первую очередь из самого договора, характера договорного положения, о котором конкретно идет речь, а также правового контекста, в котором действует этот договор, и конкретных обстоятельств дела. При этом важное соображение состоит в том, до какой степени возможно эволютивное толкование соответствующего договорного положения. Например, в деле «Спор относительно судоходных и смежных прав»³³⁴. Международный Суд смог оставить открытым вопрос о том, оказался ли термин “comercio” измененным последующей практикой сторон, поскольку он установил возможность эволютивного толкования этого термина.

166. Вышеизложенные соображения подводят к следующему выводу:

Проект вывода 11

Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики

1. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, предусмотренных статьей 31(3), могут быть широкими.

2. Презюмируется, что посредством последующего соглашения или последующей практики участники договора намереваются подвергнуть договор толкованию, а не изменению. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

VIII. Будущая программа работы

167. В соответствии с первоначальным планом работы³³⁵ в третьем докладе, который будет представлен на шестьдесят седьмой сессии (2015 год), будет рассматриваться вопрос о последующих соглашениях и последующей практике применительно к учредительным договорам международных организаций. Возможно, в этом докладе будут также рассмотрены практика договорных органов, роль национальных судов и другие вопросы, которые членам Комиссии или государствам хотелось бы видеть разобранными в рамках данной темы. В зависимости от достигнутого прогресса, на шестьдесят восьмой сессии (2016 год) может быть представлен заключительный доклад, в котором будут, возможно, рассмотрены оставшиеся вопросы. На том этапе Комиссия сможет провести обзор проектов выводов в целом на предмет их окончательного принятия.

³³³ *Yearbook of the International Law Commission, 1964*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.65.V.2), p. 60, para. 25.

³³⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at pp. 242–243, paras. 64–66.

³³⁵ См. A/67/10, пункт 238.

Приложение

Предлагаемые проекты выводов

Проект вывода 6

Установление последующих соглашений и последующей практики

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно статье 31(3) и статье 32 требует тщательного рассмотрения, в частности, вопроса о том, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями.

Проект вывода 7

Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно статьям 31(3) и 32 могут способствовать прояснению смысла договора, в частности путем сужения или расширения диапазона возможных толкований или путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.
2. Ценность последующего соглашения или последующей практики в качестве средства толкования может, в частности, зависеть от их спецификации.

Проект вывода 8

Формы и ценность последующей практики по смыслу статьи 31(3)(b)

Последующая практика по смыслу статьи 31(3)(b) может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участниками толкования договора. Ее ценность в качестве средства толкования зависит от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной.

Проект вывода 9

Соглашение участников относительно толкования договора

1. Соглашение по смыслу статьи 31(3)(a) и (b) не обязательно заключать в какой-либо конкретной форме, и оно не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу.
2. Для заключения соглашения по смыслу статьи 31(3)(b) необходимо общее понимание в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые могут активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу статьи 31(3)(b), может быть различным. Молчание одного или нескольких участников в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции, означает принятие последующей практики.
3. Общее последующее соглашение или практика необязательно свидетельствуют о наличии соглашения между участниками относительно толкования договора, но могут, с другой стороны, указывать на наличие соглашения о временном неприменении договора или создании практического механизма (*modus vivendi*).

Проект вывода 10**Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников**

1. Конференция государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.
2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, в первую очередь зависит от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств, такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу статьи 31(3)(a) или приводит к формированию последующей практики согласно статье 31(3)(b) или статье 32.
3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников образует последующее соглашение или последующую практику согласно статье 31(3) в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между сторонами относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения.

Проект вывода 11**Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики**

1. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, предусмотренных статьей 31(3), могут быть широкими.
2. Презюмируется, что посредством последующего соглашения или последующей практики участники договора намереваются подвергнуть договор толкованию, а не изменению. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.