



ХРЕСТОМАТИЯ

**ДЕЙСТВУЮЩЕЕ
МЕЖДУНАРОДНОЕ
ПРАВО**

ХРЕСТОМАТИЯ

Действующее
международное
право

Бишкек 2012

БЛАГОДАРНОСТЬ

Составители глав

Элида К. Ногойбаева, Декан по работе с преподавателями, Американский университет в Центральной Азии

Мишель Лейтон, Доцент департамента «Международное и бизнес право», Заместитель Директора Тянь-Шаньского центра политики, Американский университет в Центральной Азии, бывший Стипендиат программы Фулбрайт США

Камила Матеева, Руководитель департамента «Международное и бизнес право», Американский университет в Центральной Азии

Аяз Баетов, И.о. доцента, Кыргызский национальный университет, Юрист ABA ROLI в Кыргызстане (Американская Ассоциация Юристов Программа верховенства права)

Нурзат Мырсалиева, Консультант и юрист проекта по Центральной Азии, Правовая инициатива открытого общества

Жибек Койчукулова, Преподаватель, Международное частное право, Кыргызская государственная юридическая академия

Сайёра Ташматова, Преподаватель, Международное публичное право, Кыргызская государственная юридическая академия

Алина Мурзаева, Старший преподаватель «Международное и бизнес право», Американский университет в Центральной Азии.

Студенты:

Американский университет в Центральной Азии: Алтынай Абдылдаева, Мырзагуль Айдаралиева, Зулайка Анварбекова, Чынара Байчаева, Ширин Гурдова, Медина Кулдаева, Эрмек Мамаев, Назик Мурадова, Алтынай Рыспаева, Нуржан Субанбекова, Султан Толомушев, Айгерим Кебекчиева, Асель Турсунбекова. Кыргызская государственная юридическая академия: Жылдыз Турсалиева.

Координаторы проекта и процесса публикации:

Каныкей Касыбекова, Преподаватель, департамент «Международное и бизнес право», Американский университет в Центральной Азии. Руслан Мырзалимов, Кыргызский Национальный Университет, Координатор процесса публикации. Содействие - Адис Сыдыкбаев, Координатор проекта ТШЦП.

Редактирование:

Стивен Люстиг, Ст. преподаватель, Рук. департамента «Управление бизнесом», Американский университет в Центральной Азии (англ. версия), Аяз Баетов, И.о. доцента, Кыргызский национальный университет (русс. версия), Нурлан Исмаилов, доцент, к.ю.н, Кыргызско-Турецкий университет «Манас» и Гульназ Нааматова, Директор Юридической клиники, Американский университет в Центральной Азии (доп. изменения и перевод).

Координаторы проекта

Ассоциация Фулбрайтовцев в Кыргызской Республике: Президент Ассоциации Руслан Мырзалимов, директор департамента международного сотрудничества и инвестиций, Кыргызский Национальный Университет, Доктор Бактыбек Келдибеков, Заместитель директора, Кыргызско-китайский институт, Кыргызский национальный университет, Бактыбек Исмаилов, Экс-Президент Ассоциации, Министерство образования и науки КР.

Редакторы благодарят авторов, исследователей и издателей, принявших безвозмездное участие в подготовке книги для последующего ее бесплатного распространения среди профессорско-преподавательского состава и студентов Кыргызстана с целью поддержки их правового образования, включая Давида Вейсбротта и Фионнуалу Ни Аолан, Ашфака Халфана и Мари-Клэр Кордоньер Сеггер, Динах Шелтон, Ричарда Лиллика, Хёрста Ханнума и Джеймса Анайя, В.В. Гаврилова, Эндрю Клапам, Сэр Френклин Бермен и Ноэми Галь-Ор, Алисон МакДональд, Луис-Филипп Руиллард, Новозеландский журнал по праву вооруженных сил, Правовой обзор Университета Санта-Клара, Оксфорд юниверсити пресс, Аспен паблишерз, Американскую ассоциацию адвокатов и Организацию Объединенных Наций. Кроме того, благодарим за распространение, анализ и рецензирование материала Чинару Мусабекову, Бекбосуна Борубашова, Леонарда Хаммера, Диэн Аманн и Наоми Рот-Арриазу. Редакторы также благодарят за помощь Канатбека Абдукадырова, Кыргызская Государственная Юридическая Академия, Роджера Л. Диллона, Директора Тянь-Шанского центра политики, Американский университет в Центральной Азии, и департамент «Международное и бизнес право», Американский университет в Центральной Азии.

Особенная благодарность посольству США в Бишкеке за грант, предоставленный в поддержку проекта и публикаций на русском и английском языках, и огромная благодарность советникам проекта от посольства США Гульжан Толбаевой, Ассистенту по вопросам культуры посольства США, и руководителю отдела по связям с общественностью Кимберли МакДональд.

Оглавление

<i>БЛАГОДАРНОСТЬ</i>	2
<i>Краткая информация о судебных решениях, делах и отчетах</i>	19
РАЗДЕЛ I	
<i>ГЛАВА 1.</i>	32
<i>Введение</i>	32
Постоянно меняющийся характер международного права	32
Об эффективном использовании данного справочника	34
ГЛАВА 2	
ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА	36
<i>Статут Международного Суда ООН</i>	36
<i>Договорное право</i>	36
Делимитация морской границы и территориальных споров (Катар против Королевства Бахрейн), 1994	36
Дело Англо-Иранской нефтяной компании (Великобритания против Ирана), 1952	37
<i>Международное обычное право</i>	40
Дело о континентальном шельфе Северного моря (Германия против Дании и Нидерландов), 1969	40
Дело, касающееся права прохода через территорию Индии (Португалия против Индии), 1960	44
Консультативное заключение Международного Суда ООН о законности применения или угрозы применения ядерного оружия в вооруженных конфликтах, 1996	46
<i>Общие принципы права</i>	54
Международный уголовный трибунал по Бывшей Югославии (Прокурор против Дражена Эрдемовича), 1998	54
<i>Дополнительные источники права</i>	66
Статут Международного Суда ООН, статья 38 часть 1 (d)	66

Дело Лотус, (Франция против Турции), 1927	66
Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), 1986	68
<i>Императивные нормы «Jus Cogens»</i>	69
Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), Международный Суд ООН, 1986	69
Императивные нормы «Jus Cogens» и обязательства по Уставу ООН, Камрул Хоссейн	70
ГЛАВА 3	
СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА	77
<i>Введение</i>	77
Субъекты Международного права, Ян Браунли	77
Государства и государственность: аура суверенитета, Кристофер Блексли	88
<i>Государства</i>	90
Определение государства Конвенция Монтевидео о правах и обязанностях государств	90
Членство в Организации Объединенных Наций Устав ООН.....	90
Определенная территория и постоянное население Западная Сахара, Консультативное заключение, 1975	91
Принцип равенства государств Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций	95
Вопрос государственности Дело о сухопутной и морской границе (Камерун против Нигерии), 2002	99
<i>Возникновение новых государств: декларация о независимости народа – признание нового государства</i>	100
Консультативное заключение по делу о Косово, 2010	100

Европейское сообщество: Декларация об образовании новых государств и Югославии [16 Декабря 1991].....	104
Декларация о «руководстве по признанию новых государств в Восточной Европе и в Советском Союзе».....	105
Правопреемство государств	
Проект Габчикова-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997.....	106
Представитель государственного института	
Применение Конвенции о предупреждении и наказании за преступление геноцида (Босния и Герцеговина против Югославии), 1996.....	108
<i>Межправительственные организации как субъекты международного права.....</i>	<i>109</i>
Консультативное заключение Международного Суда ООН о возмещении ущерба, понесенного на службе ООН, 1949.....	109
Законность применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте (Ходатайство Всемирной организации здравоохранения), Консультативное заключение Международного Суда ООН, 1996.....	112
Сила резолюций Совета Безопасности	
Применение Конвенции о предотвращении и наказании за преступления геноцида, Временные меры, Постановление от 13 сентября 1993 года (Босния/Герцеговина против Югославии), (Совет Безопасности/ООН).....	115
Дело Восточного Тимора (Португалия против Австралии), 1995.....	119
Спор относительно иммунитета от судебного преследования Специального докладчика Комиссии по правам человека, Консультативное заключение, 1999.....	121
Национально-освободительные движения и другие группы	
Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, 62 сессия, Вопрос о Палестине.....	125
Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3237 (XXIX), статус Наблюдателя Организации освобождения Палестины, 22 ноября 1974.....	128
<i>Физические лица, неправительственные организации и бизнес предприятия в качестве субъектов международного права.....</i>	<i>129</i>

Роль личности в международном праве, Эндрю Клепхем ..	129
Дело братьев ЛаГранд (Германия против США), 2001.....	133
Транснациональные корпорации и Международное право, Алис де Йонг	137
Международный Суд: Практическая директива XII	138
Правовой Статус НПО в современном международном праве? Э. Ребасти, Л. Виеруччи.....	139
ГЛАВА 4	
ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ	141
<i>Концепция территории в международном праве</i>	<i>141</i>
Введение в концепцию юрисдикции и территориальную юрисдикцию, Мартин Диксон	141
Дело Лотус (Франция против Турции), 1927	147
Военная и полувоенная деятельность в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов), 1986	153
<i>Территориальный суверенитет и самоопределение</i>	<i>156</i>
Восточный Тимор (Португалия против Австралии), 1995 .	156
Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия против Малайзии), 2001	157
<i>Суверенитет и разработка природных ресурсов.....</i>	<i>161</i>
Резолюция Генеральной Ассамблеи 1803 (XVII) от 14 декабря 1962 года «Постоянный суверенитет над природными ресурсами»	161
<i>Территориальный суверенитет и море.....</i>	<i>164</i>
Дело о юрисдикции в отношении рыболовства (Великобритания против Исландии), 1974	164
Делимитация Морской границы и Территориальный вопрос (Катар против Бахрейна), 2001	169
Делимитация морской границы в Черном море (Румыния против Украины).....	170
ГЛАВА 5	
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВ	176
<i>Ответственность государства за международно- противоправные деяния.....</i>	<i>176</i>
Проект статей комиссии международного права.....	176

<i>Нарушение международного обязательства</i>	178
Дипломатический и консульский персонал США в Тегеране (Иран против Соединенных Штатов Америки), 1980.....	178
Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997	178
Дело Рэйнбоу Ворриор (Новая Зеландия против Франции), 1990	179
<i>Деяние, рассматриваемое как деяние государств/приписываемое государству</i>	180
Разница относительно судебно-процессуального иммунитета специального докладчика Комиссии по правам человека, 1999	180
Военная и полувоенная деятельность в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), 1986	182
Права человека и ответственность государства, Джеймс Кроуфорд	185
<i>Обстоятельства, исключаящие противоправность</i>	192
Дело Рэйнбоу Ворриор (Новая Зеландия против Франции), 1987	192
Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997	195
<i>Правовые последствия международного противоправного деяния</i>	205
Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997	205
Ордер на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии), 2002	206
Дело о сухопутной и морской границе (Камерун против Нигерии: Экваториальной Гвинеи), 2002	209
ГЛАВА 6	
РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ И СОБЛЮДЕНИЕ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА	210
<i>Споры между государствами</i>	210
Мирное разрешение споров, Мартин Диксон	210
Устав ООН, Глава I, Глава VI.....	218
Резолюция ООН «Манильская декларация о мирном разрешении международных споров»	221

Теория согласования международного права и внутригосударственных норм, В.В. Гаврилов.....	229
<i>Некоторые международные и региональные трибуналы</i>	235
Международный Суд ООН	235
Статут Международного Суда ООН Глава II – Компетенция Суда, Статья 34.....	238
Военные и полувоенные действия в и против Никарагуа (Никарагуа против США), 1986	238
<i>Пограничные споры</i>	240
Пограничные споры, Малькольм Шо	240
Пограничный Спор (Буркина-Фасо / Республика Мали), 1986	241
<i>Рассмотрение арбитражных решений</i>	243
Делимитация Морской границы и Территориальный вопрос (Катар против Бахрейна), 2001	243
<i>Неотъемлемое право на арбитражное разбирательство</i>	247
Решение арбитражного суда, (Гвинея-Бисау против Сенегала), 1989	247
<i>Обязательство вести переговоры</i>	249
О законности применения или угрозы применения ядерного оружия, Консультативное заключение Международного Суда ООН, 1996	249
<i>Европейский суд правосудия</i>	251
Суд правосудия Европейского Союза	252
Коста против ENEL, СПЕС / Вопрос верховенства права Европейского сообщества (национализация итальянской компаний)	255
<i>Международные торговые споры</i>	257

РАЗДЕЛ II

ГЛАВА 1 ПРИМЕНЕНИЕ СИЛЫ.....	258
<i>Устав ООН и запрет применения силы</i>	258
Устав ООН.....	258

Устав ООН и применение силы, Сэр Франклин Берман	258
Законность угрозы или применения ядерного оружия, Консультативное заключение Международного Суда ООН, 1996	262
<i>Законность применения силы - самооборона</i>	265
Устав ООН.....	265
Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), 1986.....	265
Законность угрозы или применения ядерного оружия, Консультативное заключение, Международного Суда ООН, 1996	271
Миротворческие операции ООН и применение силы, Раз Ведгут	272
Применение силы в целях коллективной безопасности и миротворчество в конце двадцатого века, Нурилла Ямали	274
<i>Предварительная самозащита</i>	275
Дело Каролины: Предварительная самозащита в современном международном праве, Луис Филипп Руллард	275
Законность применения силы против Ирака Юридическое заключение, юристы представляющие общественный интерес от лица Писрайтс	281
Последствия войны в Ираке для мирового правопорядка, Ноэль Кокс.....	288
ГЛАВА 2	
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА	291
<i>Что такое права человека?</i>	291
Обзор Управления Верховного комиссара по правам человека	291
Развитие международного права в области прав человека.	293
Международный билль о правах человека	294
<i>Договорные органы по правам человека</i>	298
Мониторинг основных международных договоров по правам человека	298

Конституция Кыргызской Республики, положения о правах человека	301
<i>Положения международного права прав человека</i>	<i>302</i>
Международный пакт о гражданских и политических правах.....	302
Ширин Аумеерулди-Чиффра и другие против государства Маврикий, Доклад Комитета по правам человека	303
Комитет по правам человека, Замечание общего порядка №18	304
<i>Право на жизнь.....</i>	<i>307</i>
Екатерина Павловна Лацова против России, решение Комитета по правам человека, 2002	307
<i>Торговля людьми</i>	
<i>Современное рабство.....</i>	<i>312</i>
<i>Самоопределение</i>	<i>315</i>
Общее замечание №12, Комитет по правам человека, Договорный орган по Международному пакту о гражданских и политических правах.....	315
Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН по праву на самоопределение 2649	316
Самоопределение и разрешение конфликтов: из Косово в Судан, Луиза Арбур	317
Пограничный спор (Буркина-Фасо против Республика Мали), 1986	320
<i>Пытки и судебный процесс.....</i>	<i>321</i>
Международный пакт о гражданских и политических правах	321
Отабек Ахадов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека	322
Дмитрий Гридин против России, Решение Комитета по правам человека, 2000	325
Феликс Кулов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2010	330
Жахонгир Максудов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2008	332
<i>Право на свободу ассоциаций и профессиональные союзы.....</i>	<i>339</i>

Исмаилов против Азербайджана, Решение Европейского суда по правам Человека, 2008	339
Решение Конституционного суда Кыргызской Республики по ходатайству Толекан Исмаиловой, 2 марта 2010	341
<i>Право на свободу выражения и религии</i>	343
Худайберганава против Узбекистана, Решение Комитета по правам человека, 2004	343
<i>Право на свободу выражения и право на информацию</i>	349
Нурбек Токтакунов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2011	349
<i>Свободные выборы</i>	353
Всеобщая декларация прав человека ООН (1948).....	353
Протокол № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1952)	353
Мате-Моэн и Клерфейт против Бельгии, Решение Европейского суда по правам человека	353
<i>Перемещения, миграции, вынужденные переселенцы</i>	357
Перемещение населения, переселение и миграция, Мишель Лейтон	357
<i>Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах</i>	362
Обязательства государства, индикаторы и право на образование, Пол Хант	362
<i>Право на жилье</i>	365
Правительство Южно-Африканской Республики и другие против Грутбум	365
<i>Право на труд (мигранты)</i>	368
Применение международного трудового права в правовой системе Кыргызской Республики, Элида Ногойбаева	368
<i>Право на здоровье</i>	373
Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах.....	373
<i>Право на питание</i>	378
Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН, Изложение фактов №34	378

<i>Права групп</i>	379
Этнические меньшинства	379
Особые права меньшинств.....	381
Алексеев против России, Решение Европейского суда по правам человека, 2010	382
<i>Права детей</i>	385
Конвенция о правах ребенка	385
Комитет по правам ребенка, заключительные замечания по Кыргызстану	386
<i>Права женщин</i>	390
Обзор Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.....	390
А.С. против Венгрии, Решение Комитета по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, 2006	392
<i>Обзор международных и региональных систем обеспечения прав человека</i>	394
Развитие в области прав человека в рамках ООН; структуры по правам человека, основанные на Уставе ООН, Дэвид Уайсбродт, Фионула Ни Аолан	394
<i>Региональные системы – Европа</i>	409
Лейла Шахин против Турции, Решение Европейского суда по правам человека, 2004	409
<i>Региональные системы – межамериканская система</i>	414
Международные права человека: проблемы законодательства, политики и практики, Ричард Лилих, Хорст Ханнум, Джеймс Аная, Дина Шелтон.....	414
<i>Права коренных народов</i>	418
Декларация ООН о правах коренных народов, Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей (ООН Док. А/61/Л.67 и доб.1)	418
<i>Экологические права</i>	419
Кавас против Гондураса – Защита экологических защитников, 2011, Лори Таннер.....	419
<i>Региональные системы - Африка</i>	423
Дело Африканской комиссии «Буркинабо»	423

ГЛАВА 3	
МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО	426
<i>Источники международного гуманитарного права</i>	426
Первая Женевская конвенция	426
Список обычных норм Международного гуманитарного права	428
Законность угрозы или применении ядерного оружия, Консультативное заключение, 1996	439
Прокурор против Д.Тадича, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии	445
“JUS AD BELLUM И JUS IN BELLO”	447
Принципиальное различие между “Jus ad bellum” (о Законности применения силы) и “Jus in bello” (о гуманитарных нормах, которые должны соблюдаться в ходе военных действий)	447
Комиссия международного права, Статьи о государственной безопасности, Доклад, А/56/10 августа 2001	450
Дело Таблада, межамериканская комиссия по правам человека	453
<i>Комбатанты и военнопленные</i>	456
Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, 1977	456
Третья Женевская конвенция, 1949	457
Конвенция о безопасности персонала ООН	460
Задержание незаконных комбатантов, Ияд против государства Израиль, Верховный суд Израиля	463
Военные комиссии, Соединенные Штаты Америки	470
Документ Монрё о соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта	472
<i>Защита раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение</i>	476
Вторая Женевская конвенция, 1949	476
Дело Пелея, Британский военный суд в Гамбурге	479

Отчет Международного Комитета Красного Креста о Йемене, 1967.	483
Различное обращение в больницах для мужчин и женщин, Афганистан.....	485
Резолюция Совета Безопасности 1193 (1998).....	487
<i>Защита гражданского населения</i>	488
Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, 1977	495
Доклад Генерального секретаря ООН о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте	502
Доклад генерального секретаря о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте	504
Прокурор против Кунарача, Ковача и Вуковича, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, 2002	509
<i>Методы и средства ведения войны</i>	515
Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, 1977	515
Протокол о запрещении химического оружия, 1925	515
<i>Имплементация норм Международного гуманитарного права</i>	522
Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории	522
Международный Комитет Красного Креста, Консультативные службы по Международному гуманитарному праву	526
Закон Кыргызской Республики об использовании и защите эмблемы красного полумесяца и красного креста от 29 сентября 2000 года	529
Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности	529
ГЛАВА 4	
УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ	533
<i>Трибуналы и Международный уголовный суд</i>	533
От специальных трибуналов к постоянному Международному уголовному суду, Юсуф Аксар, 2004	533
<i>Принцип универсальной подсудности</i>	536

Ордер на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии), 2002	536
Права человека и ответственность государства, Джеймс Кроуфорд	539
<i>Ответственность командира/командующего</i>	543
Прокурор против Живеналя Кажьилели, 2003.....	543
<i>Геноцид</i>	546
Дело о применении конвенции о предотвращении и наказании преступлений геноцида (Босния и Герцеговина против сербии и Черногории)	546
Жоргич против Германии, Решение Европейского суда по правам человека, 2007	548
Прокурор против Живеналя Кажьилели, 2003	550
Прокурор против Радислава Крстича, 2004	553
<i>Преступления против человечности</i>	556
Прокурор против Живеналя Кажьилели, 2003	556
Прокурор против Радислава Крстича	561
Прокурор против Тадича	564
<i>Военные преступления</i>	565
Судебный процесс против генерала Т. Ямасита.....	565
Суд над Высшим Германским Командованием	567
ГЛАВА 5	
МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО	570
<i>Исторические аспекты</i>	570
Принципы международного права по устойчивому развитию и праву окружающей среды	573
<i>Органы, учрежденные на основе соответствующих договоров</i>	589
Основные органы, занимающиеся экологической проблематикой	589
Договоры и органы, учрежденные на основе соответствующих договоров	590
<i>Водные ресурсы</i>	592
Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против	

Уругвая), 2010	592
Конвенция ООН по морскому праву Третья конференция Организации Объединенных Наций по морскому праву.....	598
Комиссия по трансграничным водным ресурсам, Кыргызстан и соседние страны	600
<i>Опасные отходы и токсичные вещества</i>	601
Краткое описание Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов	601
Специальный докладчик по вопросу о токсичных отходах (выдержки из доклада по Кыргызстану)	603
Дело о токсичных отходах в Кот- д'Ивуар, Трафигура	605
<i>Дикая природа и биоразнообразие</i>	608
Охрана дикой природы и сохранение биоразнообразия ...	608
Конвенция ООН о биологическом разнообразии	609
Средиземноморская древесная лягушка, Решение Европейского Суда правосудия, 2007	613
<i>Изменение климата</i>	616
Рамочная конвенция ООН об изменении климата (РКООНИК/UNFCCC) и Киотский протокол.....	616
Механизмы Киотского протокола	617
Республика Эстония против Европейской комиссии, 2009	619
<i>Права человека и окружающая среда</i>	626
Дубецкая и другие против Украины, Решение Европейского суда по правам человека, 2011	626
Будаева против России, Решение Европейского суда по правам человека, 2008	629
<i>Корпоративная ответственность и защита окружающей среды</i>	634
Руководящие принципы ООН предпринимательской деятельности в аспекте прав человека	634

Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций в отношении «защиты, соблюдения и средств правовой защиты»	638
Международное сообщество за экономические, социальные и культурные права (ЭСКП-нетворк) и организация «Хьюман Райтс Вотч» - совместное заявление Совету по правам человека ООН, 2010	640
Доклад юридической фирмы Алленс Артур Робинсон, Аннет Хьюз, Рэйчел Николсон и Кати Шавин 2010.....	641
ГЛАВА 6	
МЕЖДУНАРОДНОЕ ТОРГОВОЕ ПРАВО.....	642
<i>История и основные принципы ВТО</i>	<i>642</i>
<i>Обязательства по тарифам и ГАТТ, статья II</i>	<i>644</i>
Аргентина - меры, затрагивающие импорт обуви, текстиля, одежды и других предметов (Отчет комиссии ВТО), 1997	644
<i>Национальный режим и ГАТТ, статья III.....</i>	<i>649</i>
Япония и налоги на алкогольные напитки (Отчет апелляционной комиссии ВТО), 1996	649
<i>Режим наибольшего благоприятствования и ГАТТ</i>	<i>660</i>
Индонезия – меры в отношении автомобильной промышленности (Отчет комиссии ВТО) 1998	660
<i>Защита окружающей среды и торговля.....</i>	<i>665</i>
США – Ограничения импорта тунца (Отчет комиссии ВТО) 1994	665
Соединенные Штаты – Стандарты для измененного и обычного бензина (Отчет апелляционной комиссии ВТО)	673
<i>Региональные торговые соглашения</i>	<i>680</i>
<i>Система разрешения споров ВТО.....</i>	<i>681</i>
Всемирная торговая организация	681
Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств	698

Краткая информация о судебных решениях, делах и отчетах

Арбитражное решение Гвинея-Бисау против Сенегала, 1989. 23 августа 1989 года Гвинея-Бисау возбудила дело против Сенегала в Международном Суде ООН с заявлением о признании арбитражного решения между сторонами от 31 Июля 1989 года недействительным из-за отсутствия действительного большинства. Гвинея-Бисау утверждала, что это арбитражное решение является недействительным, поскольку Арбитражный суд не смог ответить на второй из двух вопросов, поставленных перед ним, не принял решение о делимитации морских пространств касающееся в целом одной линии на карте, и не предоставил причин по этому поводу, и поэтому не в состоянии применить свою юрисдикцию.

Аргентина – Меры касающиеся импорта обуви, текстиля, одежды и других товаров, отчет Группы ВТО, 1997. Большинство тарифов на импорт в Аргентине фиксируются согласно адваларной ставке. Что касается текстиля, одежды и обуви, Аргентина сохраняла режим минимальной специфической импортной пошлины, начиная с 1993 года. Этот режим применялся в рамках постановления и директивы, имеющие установленные сроки. Аргентина утвердила результаты Уругвайского раунда Законом № 24.425, обнародованным 23 декабря 1994 года. В результате, Аргентина согласилась принять 35 процентную связанную адваларную ставку пошлины в отношении текстиля, одежды и обуви, импортируемых в Аргентину. Параллельно с этим, Аргентина продолжала применять систему минимальной специфической импортной пошлины на секторы обуви, текстиля и одежды. В отношении обуви, минимальная специфическая импортная пошлина была отменена в 1997 году. Временные меры гарантии были применены в этом секторе с 25 февраля 1997 года. Одновременно, с 1989 года, Аргентина применяла налог на импортные продукты, предназначенные для финансирования статистических служб для импортеров, экспортеров и широкой общественности. Группа рассмотрела вопрос касательно Аргентинских мер, принятых для того, чтобы применить вышеупомянутый режим, установленный и применяемый среди прочего посредством законов, указов и постановлений.

Будаева и другие против России, Европейский суд по правам человека, 2008. Заявители, за исключением г-жи Шогеновой, проживающей в Нальчике, проживали в городе Тырныауз, расположенном в горной местности, прилегающей к горе Эльбрус в Кабардино-Балкарии (Россия). Прошедшие горные сели привели к гибели людей и разрушениям имуще-

ства. Сели фиксировались в данном районе ежегодно начиная с 1937 года, особенно летом. Дело касалось, в частности, утверждения заявителей, что власти России нарушили их права человека, поскольку власти не приняли во внимание предупреждения о вероятности крупномасштабных селей, разрушивших Тырныауз в июле 2000 года, не предупредили местное население, не обеспечили выполнение стратегии по эвакуации и чрезвычайной помощи или не провели судебное расследование после катастрофы.

Восточный Тимор (Португалия против Австралии), 1995. 22 февраля 1991 года Португалия возбудила процесс против Австралии касательно «определённых действий Австралии в отношении Восточного Тимора». Португалия действовала как правящая сила в Восточном Тиморе в соответствии с главой XI Устава ООН. Португалия заявила о том, что заключив договор о «Сотрудничестве в области между индонезийской провинции Восточного Тимора и Северной Австралии», Австралия не выполнила обязательства уважать полномочия и обязанности Португалии, а также право граждан Восточного Тимора на самоопределение и другие права. Австралия, согласно заявлению Португалии, должна была понести международную ответственность перед населением Восточного Тимора и Португалией, которая утверждала о наличии административной власти согласно нескольким резолюциям Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности, несмотря на то, что она покинула Восточный Тимор, когда Индонезия вторглась в Западный Тимор. В качестве основания на юрисдикцию, Португалия сослалась на декларацию обеих стран согласно статье 36 параграфа 2 Статута. Австралия возразила против юрисдикции Международного Суда ООН по рассмотрению заявления.

Военная и полувоенная деятельность в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединённых Штатов Америки), 1986. Дело касалось претензии Никарагуа против Соединенных Штатов Америки в Международном Суде ООН за роль в оказании поддержки повстанческому движению против правительства Никарагуа и минировании гавани Никарагуа. Соединённые Штаты Америки отказались продолжать участвовать в слушании после того, как суд отклонил их аргумент о том, что у Суда нет юрисдикции рассматривать данное дело. Суд решил, что обладает юрисдикцией и продолжил рассмотрение дела по существу. Суд признал нарушение со стороны Соединенных Штатов Америки ряда норм международного права.

Дубетска и другие против Украины, Европейский суд по правам человека, 2011. Дело касалось жалобы заявителей в Европейский Суд по правам человека о том, что они перетерпели хронические заболевания,

ущерб, нанесенный их домам и среде обитания в результате функционирования расположенных неподалеку угольной шахты и завода. Заявителями являются 11 украинских граждан, проживающих в селе Вилшня во Львовской области (Украина). Они являются членами двух семей, семьи Дубетска-Найда и Гаврилюк-Вакиев, и живут на два дома, построенных в 1933 и 1959 годах. Государственная угольная шахта начала работать в 1960 году в непосредственной близости от дома заявителей, и отвал породы был построен около 100 метров от дома семьи Дубетска-Найды. В 1979 году государство открыло завод по переработке угля, который впоследствии произвел 60-метровой отвал около в 430 метров от семейного дома Дубетска-Найды и в 420 метрах от семейного дома Гаврилюк-Вакиев. Отвал породы остается государственной собственностью, даже после того, как в 2007 году было принято решение о приватизации завода. Ряд исследований со стороны правительственных и неправительственных организаций показал, что работа шахты и завода имели неблагоприятное воздействие на окружающую среду: наводнения, загрязнения грунтовых вод, воздуха, и оседание почвы. Был сделан вывод, что люди, живущие в окрестностях завода и его шахты, подвергались более высокому риску рака и респираторных заболеваний и заболеваний почек. Заявители жалуются на действия правительства, чтобы добиться выплаты льгот за нарушения прав человека.

Дело о юрисдикции над рыбными промыслами (Соединенное Королевство против Исландии), 1974. Соединённое Королевство потребовало применения юрисдикции Международного Суда, ссылаясь на обмен нотами от 11 марта 1961 с государством-ответчиком, для решения спора вытекающего из заявления ответчика, сделанного в 1958 году в отношении 12 мильной эксклюзивной рыболовной зоны. Заявление было составлено из-за постановления Исландского законодательства от 17 февраля 1972 года, предусматривающего расширение эксклюзивной зоны до 50 миль. Исландия не явилась на судебный процесс.

Дело Англо-Иранской нефтяной компании (Соединённое Королевство против Ирана), 1952. Дело касалось спора между Соединённым Королевством и Ираном. Соединённое Королевство утверждало, что национализация нефтяной промышленности в Иране от 1951 года нарушает соглашение, заключенное между Англо-Персидской нефтяной компанией (сейчас Бритиш Петролеум (BP)) и Имперским Правительством Персии (сейчас Иран) в 1933 году, который предоставил Англо-Иранской нефтяной компании лицензию на 60 лет на добычу нефти на территории в 100,000 кв. миль (260,000 кв. км) Ирана в обмен на процент роялти. 26 Мая 1951 года, Соединённое Королевство воз-

будило дело в Международном Суде ООН против Ирана с требованием, чтобы соглашение от 1933 года оставалось в силе и Иран возместил ущерб и выплатил компенсации за подрыв получения прибыли компанией Соединённого Королевства.

Дмитрий Гридан против России, Комитет по правам человека, 2007. Автор сообщения, Дмитрий Леонидович Гридан, русский студент, заявил, что стал жертвой нарушений со стороны России статьи 14 (надлежащая правовая процедура и право на справедливый суд) Международного Пакта о Гражданских и Политических Правах. Дело также касается статей 9 и 10 Пакта.

Джахонгир Максудов и другие против Кыргызстана, Комитет по правам человека, 2006. Авторы сообщения обратилась в Комитет по правам человека, Джахонгир Максудов, Якуб Ташбаев и Расулжон Пирматов, все граждане Узбекистана, 1975, 1974, 1956 и 1959 года рождения, соответственно. На момент подачи заявлений все авторы имели статус беженцев, выданных Управлением Верховного комиссара ООН по делам беженцев, и были помещены в следственный изолятор города Ош, ожидая отбытия в Узбекистан на основе запроса генерального прокурора Узбекистана. Они заявили, что стали жертвами нарушений со стороны Кыргызстана статьи 6 (право на жизнь), 7 (запрет пыток), 9 (право быть свободным от произвольного ареста и содержания под стражей), и 14 (право на справедливое судебное разбирательство и надлежащую правовую процедуру) Международного Пакта о Гражданских и Политических Правах.

Дело Рэйнбоу Ворриор (Новая Зеландия против Франции), 1990. Данное дело возникло в связи со спором между Новой Зеландией и Францией, который возник вследствие потопления зарегистрированного в Британии корабля Гринпис «Рэйнбоу Ворриор». Дело было решено в арбитражном порядке Генеральным Секретарём Хавьером Пирезом де Килларом в 1986 году и стало значимым для публичного международного права в сфере ответственности государства.

Дело о Северном Континентальном шельфе (Германия против Дании и Нидерландов), 1969. Спор представленный в Суд в 1969 году, был связан с делимитацией границ континентального шельфа между Федеративной Республикой Германией и Данией, с одной стороны, и между Федеративной Республикой Германией и Нидерландами - с другой. Стороны просили Суд решить вопрос о делимитации границ северного континентального шельфа, богатого нефтью и газом.

Дело о территориальном вопросе (Катар против Бахрейна), 2011. 8 июля 1991 года, министр иностранных дел Катара подал заявление

в Суд, возбуждая процесс против Бахрейна, касательно определённых споров между двумя государствами в отношении суверенитета над островами Хавар, отмелями Дибал и Китат Джарада, а также о демаркации водного пространства двух государств.

Дело С.С. Лотуса (Франция против Турции), 1927. В результате столкновения 2 Августа 1926 года между французским пароходом С.С. Лотус и турецким пароходом С.С. Боз-Корт, в районе севернее Мителен, правительство Турции возбудило уголовное дело в отношении французского офицера, Месье Демонс, за утопление восьми граждан Турции борта Боз-Корт. Седьмого сентября 1927 года дело было передано в постоянную Палату Международного Правосудия. Вопросом для рассмотрения стала юрисдикция Турции по привлечению к ответственности французского офицера Демонса.

Дело ЛаГранд (Германия против США), 2001. Дело Лагранда касательно Венской Конвенции о консульских отношениях было рассмотрено Международным Судом ООН. В данном деле Суд решил, что его собственные временные судебные приказы были обязательными и права, содержащиеся в конвенции, не могли быть отклонены возбуждением внутригосударственного процесса.

Дело касательно наземной и морской границы (Камерун против Нигерии), 2002. В марте 1994 года, Камерун подал дело в Международный Суд ООН касательно спора, относящегося по существу к вопросу о суверенитете над полуостровом Бакасси. В июне 1994 Камерун включил в предмет спора вопрос о суверенитете над камерунской территорией на озере Чад и границе между Камеруном и Нигерией от озера Чад и до моря. В 1999 году Суд санкционировал вмешательство Гвинеи, которые пытались защитить свои законные права в свете ожидающего решения дела по морской границе между Камеруном и Нигерией.

Екатерина Павловна Ланцова против России, Комитет по правам человека, 2002. Автор сообщения, Екатерина Павловна Ланцова - мать погибшего Владимира Ланцова, обратилась в Комитет по правам человека. Г-жа Ланцова заявила, что её сын стал жертвой нарушений со стороны России статьи 6 (право на жизнь), статьи 7 (запрещение пыток) и 10 (право на свободу от произвольного ареста и содержания под стражей и гуманное обращение в содержании под стражей) Международного Пакта о гражданских и политических правах.

Западная Сахара, консультативное решение Международного Суда ООН, 1975. Международный Суд ООН выдал консультативное заключение по Западной Сахаре о юридических вопросах, возникших из

международных разногласий, касающихся испанской деколонизации территории богатой фосфором. Марокко и Мавритания стремились присоединить Западную Сахару без проведения референдума среди населения, проживающего на данной территории. Восточное государство направило свою жалобу в ООН, и в декабре 1974 года Генеральная Ассамблея запросила консультативное заключение Суда.

Законность угрозы или применения ядерного оружия в вооруженном конфликте, Консультативное заключение Международного Суда ООН, 1996. Сначала Суд рассмотрел обращение Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) о вынесении консультативного заключения по этому вопросу. Суд решил, что не обладает юрисдикцией для рассмотрения этого вопроса. Запрос затем был направлен в 1994 году Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций, где Суд решил, что обладает юрисдикцией для слушания дела. Международный Суд выдал консультативное заключение по законности угрозы или применения ядерного оружия 8 июля 1996 года. Данное заключение содержит одно из немногих авторитетных решений относительно законности в рамках международного права, угрозы или применения ядерного оружия.

Индонезия - определенные меры, затрагивающие автомобильную промышленность, доклад Группы ВТО, 1998 год. Решение касается оспаривания Европейским сообществом внутренних мер Индонезии в отношении установления более выгодных налогов с продаж и выгодных таможенных пошлин и нарушения со стороны Индонезии положений статьи 2 Соглашения по торговым аспектам инвестиционных мер («ТРИМ Соглашение»), а также нарушения статьи III: 2 ГАТТ 1994 года, при применении дискриминационного налога с продаж. Также дело касалось Национальной программы автомобилестроения Индонезии от 1996 года, и ее нарушений статьи 2 ТРИМ Соглашения и статей I и III: 2 ГАТТ от 1994 года. Группа рекомендовала, чтобы «орган урегулирования споров потребовал от Индонезии привести свои меры в соответствие со своими обязательствам по Соглашению ВТО».

Исмаилов против Азербайджана, Европейский суд по правам человека, 2008. Автор сообщения, г-н Исмаилов утверждал, что значительные препятствия были созданы государственной регистрационной службой, когда истец хотел зарегистрировать общественное объединение. Истец считает, что его право на собрание было нарушено. Также истец посчитал, что государственные суды не были независимы и беспристрастны при рассмотрении его дела. Внутригосударственные средства не были эффективными в исках его объединения против Министерства Юстиции Азербайджана.

Коста против Энэл, Европейский суд Правосудия (национализация итальянской компании), 1964. Европейский Суд рассмотрел вопрос верховенства законодательства Европейского Союза над законодательством его стран-участников в отношении г-на Коста, гражданина Италии, который владел долями электрической компании и возразил против национализации электрического сектора в Италии. Он отказался оплачивать счёт за электроэнергию, составлявший 1925 лир (0,99 евро) в знак протеста и был обвинён в отказе от уплаты счетов государственной электрической компанией Энэл. В свою защиту он заявил, что национализация противоречит Римскому договору и конституции Италии. Итальянский судья, Гуидайс Консилиаторе Милана, направил дело на рассмотрение в Конституционный Суд Италии и потом в Европейский Суд.

Морская демаркация в Чёрном море (Румыния против Украины), 2009. 16 сентября 2004 года, Румыния подала иск против Украины в Международный Суд ООН по вопросу установления единой морской границы на Чёрном Море между двумя странами, по разделению континентального шельфа и эксклюзивной экономической зоны, принадлежащие им. Румыния попросила Суд, очертить границу в соответствии с международным правом, а именно критерием предусмотренным в статье 4 Дополнительного соглашения между Румынией и Украиной, вступившее в силу в октябре 1997 года.

Матье-Моэн и Клейфит против Бельгии, Европейский суд по правам человека, 1987. Заявители в Европейский суд по правам человека, г-жа Люсьен Матье-Моэн и г-н Джордж Крерфейт, жили в коммунах административного округа Аль-Вивворд, который был частью двуязычного региона Брюсселя и избирательного округа Брюсселя. На прямых выборах в конце 1970-х годов они были избраны в Палату представителей (г-жа Матье-Моэн) и в Сенат (г-н Крерфейт). В течение этого периода времени, Бельгия была разделена в несколько районов на лингвистической основе, которые регулировались советами и включали членов обеих палат парламента, избранных в своих районах (в двуязычном регионе Брюсселя создавались два совета). В административном округе, где были избраны заявители, большинство населения было фламандским, и фламандский совет управлял им. Однако, заявители не могли присоединиться к нему, так как они, имея принадлежность к франкоязычной фракции, приняли парламентскую присягу на французском языке. Суд счел нарушением Европейской конвенции по правам человека.

Нурбек Токтакунов против Кыргызстана, Комитет по правам человека, 2011. Автор сообщения в Комитет по правам человека,

Нурбек Токтакунов, гражданин Кыргызстана, утверждал, что он является жертвой нарушения со стороны Кыргызстана его прав в соответствии со статьей 2, читать вместе со статьей 14 (право на справедливое судебное разбирательство и надлежащую правовую процедуру), а также статьи 19 (свобода выражения мнения) в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах. Факультативный протокол вступил в силу для государства-участника 7 января 1995 года.

Отабек Ахадов против Кыргызстана, Комитет по правам человека, 2011. Автор сообщения в Комитет по правам человека, Отабек Ахадов, гражданин Узбекистана, заявил, что стал жертвой нарушения со стороны Кыргызстана статей 6 (право на жизнь), 7 (запрет пыток), 9 (право на свободу от произвольного ареста и содержания под стражей), 10 (гуманное обращение в содержании под стражей), и статьи 14 (право на справедливое судебное разбирательство и надлежащую правовую процедуру) Международного Пакта о гражданских и политических правах.

Отчет группы ВТО о Соединенных Штатах Америки по ограничению на импорт тунца, Отчет группы ГАТТ, 1994. В восточных тропических районах Тихого океана, стаи желтоперого тунца часто плавают под стаями дельфинов. Когда ловят тунца неводом, дельфины также попадают в сети. Дельфины часто умирают, если они не освобождаются из сетей. Закон США по морским млекопитающим и защите дельфинов установил стандарты защиты внутреннего американского рыболовного флота и также для стран, чьи рыбацкие лодки ловят желтоперый тунец в этой части Тихого океана. Если страна экспортирует тунец в Соединенные Штаты Америки и не может доказать властям США, что их рыболовство соответствует стандартам США по защите дельфинов, тогда правительство США должно наложить эмбарго на весь импорт рыбы этой страны. В этом споре экспорт тунца из Мексики в США был запрещен. Доклад касается жалобы Мексики против США от 1991 года в соответствии с процедурой урегулирования споров ГАТТ.

Ордер на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии), 2002. В 1993 году Парламент Бельгии принял «Закон об универсальной юрисдикции», позволяющий судить лиц обвиненных в военных преступлениях, преступлениях против человечества или геноциде. В 2001 году, четыре человека из Руанды были осуждены и приговорены к наказаниям от 12 до 20 лет тюрьмы, за их участие в геноциде Руанды 1994 года. Ордер на арест был выдан в 2000 году на основе данного законодательства на имя Абдулая Йеродия Ндомбаси, в то время Министр

иностранных дел Демократической Республики Конго, по отношению к которому Международный Суд ООН рассмотрел дело.

Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногория), 1996. 20 марта 1993 года, Правительство Боснии и Герцеговины подало заявление в Международный Суд ООН, утверждая, что Правительство Югославии нарушило Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 1948 года (Конвенция о геноциде). Босния попросила суд признать нарушение Югославией Конвенции о геноциде, обязать Югославию прекратить действия, составляющие такие нарушения, и признать, что Югославия несёт международную ответственность за которую должна выплатить компенсацию. Югославия отклонила жалобу, ссылаясь на то, что заявление не может быть принято Судом в силу того, что спор не является международным и в силу недостатка полномочий у Президента Боснии и Герцеговины в момент подачи заявления. Также, Югославия заявила об отсутствии у Суда юрисдикции.

Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997. 2-го июля 1993 года, Венгрия и Словакия уведомили Международный Суд ООН о возникшем споре по использованию территории и Дуная согласно Специальному соглашению между Венгрией и Чехословакией. Подробнее спор касался осуществления и прекращения Будапештского договора от 16 сентября 1977 года о постройке и управлении Системы плотин «Габчиково-Надьмарош» на Дунае.

Прокурор против Драголюбa Кунарача, Радомира Ковача и Зорана Вуковича, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, 2002. Югославский военный трибунал осудил трех человек за их роль в массовом насилии мусульманок во время конфликта в Боснии и Герцеговине. Трибунал рассмотрел вопрос об изнасиловании мусульманок, как преступление против человечности.

Прокурор против Дражена Эрдемовича, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, 1997. Как солдат десятого саботажного отряда (во время Боснийской войны), Эрдемович был обвинён в обстреле, убийстве и участии с другими членами его отряда и солдатами из другой бригады в обстреле и убийстве сотен невооружённых боснийских мусульман, приблизительно, 16 июля 1995 года. Эрдемович был обвинён на основе индивидуальной уголовной ответственности (Статья 7 (1) Статута) Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в преступлении против человечности, статья 5, и в качестве альтернативы, в нарушении законов или обычаев войны, статья 3.

Прокурор против Душко Тадича, 2005. Тадич, боснийский серб, военный преступник, бывший член военизированного отряда поддержавшего атаку на район Прижedor. Тадич был осужден за преступления против человечности, серьезные нарушения Женевских Конвенций и нарушения обычаев войны в Международном уголовном трибунале по бывшей Югославии. За свои действия в районе Прижedor, включая Омарска Трнополье и Кератерм лагеря военнопленных. Тадич был приговорён к 25 годам лишения свободы в тюрьме.

Прокурор против Ювенала Кажелижели. Дело касалось обвинения против Кажелижели основанного на его ответственности за нападения на Тутси из Мукинго, Нкули и Кигомбе в апреле 1994 года. Судебная палата решила о виновности Кажелижели за геноцид, прямое и публичное подстрекательство в совершении геноцида и истребление, как преступление против человечности. Палата решила о невиновности в тайном сговоре в совершении геноцида и преступлений против человечности (изнасилование и «другие бесчеловечные акты») и отклонил обвинения в соучастии в геноциде и преступлениях против человечности (убийства и преследования). Он был приговорен к двум срокам пожизненного заключения и один 15-летний срок, отбываемый одновременно.

Прокурор против Радислава Кристича, 2004. Радислав Кристич был заместителем командующего и начальником генерального штаба корпуса Дрина в армии боснийских сербов. В 1998 году Кристич был обвинён Международным трибуналом по бывшей Югославии, за нападения, во главе с сербскими силами, на мусульманскую анклав «Сребреница» и ее окрестности с июля 1995 года. 2 августа 2001 года Трибунал признал Кристича виновным в убийстве, гонениях и геноциде. Впервые Трибунал признал факт геноцида в Сребренице. Кристич стал первым, осужденным за геноцид Трибуналом и был приговорен к 46 годам лишения свободы.

Правительство Республики Южная Африка против Грутбум и других, Конституционный суд Южной Африки, 2000. Первоначально Ирэн Грутбум проживала в Воллосдине, незаконно захваченный муниципальный район в Оостенберге. Жители Воллосдина жили в ужасной нищете без каких-либо минимальных условий, таких как вода, сточные воды или вывоз мусора. Район частично заболочен и находится в опасной близости от главной улицы. Многие жители Воллосдины были уже давно в списках ожидания на дешёвое жильё. Со временем, 900 человек, в том числе и Грутбум начали переезжать из Воллосдины на расположенные рядом свободные частные земли. Частный владелец получил ордер о выселении этой группы людей и шериф был приказан снести возведённые

постройки. Выселенное сообщество, не имея места жительства, стало заселяться на спортивные поля в Волосдине и возводить временные жилища. С юридической помощью сообщество смогло официально известить муниципальную власть и потребовало, чтобы муниципалитет выполнил конституционные обязательства по представлению им временного жилья. Дело предстало перед высшим конституционным судом в Южной Африке.

Райхон Худойберганова против Узбекистана, Комитет по правам человека, 2004. Автор сообщения, Райхон Худайберганова, гражданин Узбекистана, заявила, что стала жертвой нарушений со стороны Узбекистана положений статей 18 (право на свободу мысли, совести и религии) и 19 (право на свободу слова) Международного Пакта о гражданских и политических правах.

Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия против Малайзии), 2001. Дело касалось оспариваемого суверенитета над двумя маленькими островами в море Сулавеси у побережья Борнео. Малазия и Индонезия заключали специальное соглашение в отношении оспариваемых островов от 30 сентября 1998 года. 23 октября 2001 года Международный Суд ООН отказал (14 против 1) заявлению Филиппин вмешаться в случае, если заявитель не продемонстрирует интерес правового характера, относящиеся к делу.

Судебный процесс Генерала Томоюки Ямашита, 1946. С 29 октября по 7 декабря 1945, в Американском военном трибунале в Маниле шёл суд над генералом Ямашитой, последний обвинялся в военных преступлениях имевших место в Манильской резне и других злодеяниях на Филиппинах и Сингапуре в отношении гражданского населения и пленных. Трибунал приговорил его к смерти. Это противоречивое дело стало прецедентом относительно командной ответственности за военные преступления и известно как Стандарт Ямашиты.

Соответствие нормам международного права Одностороннего Провозглашения Независимости в отношении Косово, Международный Суд ООН, Консультативное заключение, 2010. Генеральная Ассамблея ООН запросила Международный Суд ООН вынести консультативное заключение касательно Одностороннего Провозглашения Независимости Косово. Территория Косово являлась предметом спора между Сербией и самопровозглашённой Республикой Косово. Это было первое дело об одностороннем провозглашении независимости, которое предстало перед Судом.

Спор о границе (Буркина-Фасо против Республики Мали), 1986. В соответствии со специальным соглашением, Республика Верхняя Волта

(ныне Буркина-Фасо) и Республика Мали подали спор касательно части общей границы в специальную палату Международного Суда ООН. Суд постановил, что согласно традиционному принципу Испано-Американского права и принципу сохранения существующего положения вещей, граница в оспариваемой части должна была совпадать с демаркацией бывших французских колоний в связи с окончанием колониального периода.

Йоргич против Германии, Европейский суд по правам человека, 2007. Боснийский Никола Йоргич был лидером военизированной группировки, которая приняла участие в террористических актах в отношении мусульманского населения; преступления были проведены при поддержке сербских правителей и были призваны содействовать их политике «этнической чистки». Йоргич арестовывал мусульман, помещал их в лагерях, где они подвергались пыткам; Суд также установил, что в июне 1992 года, он принял участие в расстреле 22 жителей Грабска (в том числе инвалидов и пожилых людей), которые собрались под открытым небом, чтобы избежать боя. Три других мусульман должны были выносить мертвых к общей могиле. Через несколько дней, Йоргич приказал изгнать их из деревни и подвергнуть 40-50 жителей Севарлие жестокому обращению; шесть из них были расстреляны. Седьмая жертва, не была смертельно ранена, умерла позже, когда он был сожжен вместе с шестью телами. В сентябре 1992 года Йоргич положил жестяное ведро на голову заключенного в центральной тюрьме Добой и ударил его с такой силой, что жертва умерла в результате удара. За эти действия, Йоргич был осужден за геноцид в судах Германии.

Феликс Кулов против Кыргызстана, Комитет по правам человека, 2011. Автор сообщения Феликс Кулов, гражданин Кыргызстана, который во время подачи заявления отбывал наказание в тюрьме. Он заявил, что стал жертвой нарушений со стороны Кыргызстана положений статей 2, 7 (запрещение пыток), 9 (право быть свободным от произвольного ареста и содержания под стражей), и 14 (равенство перед судом) Международного Пакта о Гражданских и Политических Правах.

Целлюлозный завод на реке Уругвай (Уругвай против Аргентины), 2010. 20 апреля 2010 года Международный Суд ООН в Гааге вынес решение по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая). Спор идет о строительстве целлюлозного завода в Уругвае на реке Уругвай. Аргентина утверждала, что уругвайский целлюлозных заводов вливал опасные отходы в реку на границе между двумя странами.

Эстонская Республика против Европейской Комиссии, Европейский Суд Правосудия, 2009. Дело касалось оспаривания директивы

Европейского Союза, принятой для содействия сокращения выбросов парниковых газов доходным и экономически эффективным способом. Директива 2003/87/ЕС создала схему торговли квотами на допустимый выброс парниковых газов в рамках Сообщества, также требующая от каждого государства-члена разработать свой национальный план распределения (НПР) выбросов газа, с указанием общего количества допустимых квот, выделяемая на определенный период и с предлагаемой процедурой распределения. В случае несовместимости с критериями, перечисленными в Директиве, Комиссия может отказаться от всех или части НПР. В 2006 году Польша и Эстония уведомили о своих НПР, на период с 2008 по 2012 год в Комиссию. Согласно двум решениям в 2007 году, Комиссия пришла к выводу, что НПР несовместим с критериями, перечисленными в Директиве. Польша и Эстония оспаривали решение Комиссии в Европейском суде и стремились отменить решения.

Япония - налоги на алкогольные напитки, отчет Апелляционного органа ВТО, 1996. Япония и США обратились с апелляцией по некоторым вопросам права и правовой интерпретации в отчете Группы, «Япония - налоги на алкогольные напитки». Эта группа была создана для рассмотрения жалоб Европейского сообщества, Канады и Соединенных Штатов Америки против Японии, связанные с японским Законом о налоге на Ликер (Шузэйхо), Закон № 6 от 1953 года с поправками («Налоговое право по Ликеру»).

РАЗДЕЛ I

ГЛАВА 1.

Введение

Насколько соблюдается международное право, настолько обеспечиваются стабильность и порядок, равно как и средства прогнозирования поведения тех, с кем у нас существуют взаимные правовые обязательства.

Дж.УильямФулбрайт

Постоянно меняющийся характер международного права

О международном праве часто говорят, как о «праве народов». Международные структуры права, изначально учрежденные для регулирования и поддержки отношений между государствами, в более поздний период нашли применение в деле содействия миру и безопасности. В современном мире, эти основы международного права остаются неизменными, однако условия при этом постоянно меняются. Ученые разделяют общее понимание того, что источники, и даже субъекты международного права расширяются по мере того, как мир становится все более взаимосвязанным и как никогда глобализованным, а отношения внутри страны влияют на отношения международные. Субъектами, определяющими тенденции приоритетов международной торговли и инвестиций, экономического развития и норм справедливого управления и свобод человека, чаще всего выступают межправительственные органы и неправительственные субъекты, - предприятия, торговые ассоциации, гуманитарные и правозащитные агентства и другие организацими гражданского общества. Такие субъекты напрямую заинтересованы в стабильном порядке в мире, основывающемся на международно-правовых стандартах. Реализация таких стандартов на национальном уровне способствует укреплению верховенства права и справедливого порядка во внутренних делах отдельно взятых государств, а также обмену товарами, услугами и идеями между ними.

Конституция Кыргызской Республики является одной из наиболее прогрессивных в вопросе признания и включения международных стандартов в качестве средств содействия эффективному управлению, как это отражено в следующей ее статье: Статья 6 (3).

Вступившие в установленном законом порядке в силу международные договоры, участницей которых является Кыргызская Республика, а также общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Кыргызской Республики.

Нормы международных договоров по правам человека имеют прямое действие и приоритет над нормами других международных договоров.

Трудности, с которыми сталкиваются страны в решении внутренних вопросов, могут влиять на другие страны региона или международное сообщество в целом. Недавние финансовые кризисы, возникшие в Соединенных Штатах Америки, Греции и других странах Европы, являются лишь одним из примеров. Как отмечают ученые:

Меняющийся характер международно-правовых норм сегодня отвечает на появление нового поколения проблем мирового масштаба. Наиболее характерной чертой этих проблем является то, что они происходят скорее изнутри государств, а не от самих государств как субъектов¹.

По мере того как проблемы, возникающие перед обществом, становятся все более взаимосвязанными, механизмы глобального управления и международное право играют все более возрастающую роль во внутренней жизни отдельно взятого государства. Те специалисты, которые в своей работе должны ориентироваться в этом постоянно меняющемся ландшафте или даже участвуют в развитии и улучшении международных отношений, должны быть постоянно в курсе эволюционных изменений в области права, обусловленных возникновением новых многосторонних договоров, деятельностью органов глобального регулирования и практикой международных трибуналов. Как эксперты, мы не можем останавливаться в изучении этого эволюционного процесса.

В данной книге делается попытка отразить, как основополагаю-

¹ Слоутер Анн-Мари, Бурк-Уайт Уильям. Гарвардский журнал международного права. - Т.47.- С. 327. Будущее Международного права является домашним (или Европейский путь права). - 2006.- №2.

щие принципы, на которые опирается наша международная правовая система, так и нормативные ее рамки, определяющие будущие правовые тенденции. Судебные дела и материалы были подобраны с учетом проблем, актуальных для Кыргызстана и Центральноазиатских стран. Таким образом, эта книга может служить полезным ресурсом для преподавателей университетов и студентов, занятых исследованиями в области международного права, внешней политики, предпринимательства и других областях. Она также может быть полезным руководством для юристов, политических и других лиц, работающих над решением глобальных вопросов.

Предполагается, что ресурсы и материалы с течением времени будут продолжать обновляться и предоставляться в CD и веб-форматах в интересах всех пользователей.

Об эффективном использовании данного справочника

Книга состоит из двух основных частей. Часть I содержит главы о международно-правовых принципах, связанных с источниками и субъектами международного права. Они служат нормативным фундаментом и каркасом для разработки системы глобальных норм. Эта часть также включает главы о территориальном суверенитете, ответственности государств и урегулировании споров - вопросах, находившихся в центре юридического дискурса между государствами большую часть последних ста лет и способствовавших формированию ее современного контекста.

Часть II включает в себя главы, посвященные ключевым развивающимся областям материального права - тем областям, в которых правительства участвуют в переговорах и где нормативные стандарты развиваются достаточно быстрыми темпами. Это относится к международным нормам в отношении применения силы, прав человека и гуманитарных кризисов, уголовной ответственности, охраны окружающей среды, международной торговли и инвестиций.

Книга охватывает обширную область юриспруденции, но не является учебником в традиционном смысле этого слова. Скорее она разработана как подборка необходимых и полезных материалов, которые могут дополнить существующие учебные программы и юридическую практику. Таким образом, книга сохраняет объективную точку зрения, представляя оригинальные тексты или выдержки из научных статей, резолюций, де-

клараций и договоров ООН, решений международных и региональных трибуналов, и положений межправительственных организаций. Книга может использоваться студентами и практикующими специалистами в реализации их стремлений к пониманию современного международного права и международно-правовых структур.

ГЛАВА 2 ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Статут Международного Суда ООН

Статья 38

1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

- a) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- b) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- c) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
- d) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины высококвалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Договорное право

Делимитация морской границы и территориальных споров (Катар против Королевства Бахрейн), 1994²

22. Стороны согласны с тем, что обмен письмами в декабре 1987 года устанавливает международное соглашение с обязательной силой в их взаимоотношениях. Как бы то ни было, Королевство Бахрейн утверждает, что Протокол от 25 декабря 1990 был не более, чем простой записью переговоров, схожей по своей природе с Протоколом Тройственного ко-

² Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1994, p. 112.

митета; и таким образом они не классифицировались как международное соглашение и не могут таковым быть: следовательно, служат основой для юрисдикции Суда.

23. В первую очередь, Суд будет рассматривать возможность международных соглашений принимать различные формы и иметь разнообразные наименования. Статья 2, параграф (1) (а) Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года, предусматривает, что в целях данной Конвенции, «*«договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме, регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования»*».

Кроме того, как было установлено судом по делу касательно совместного коммюнике, «*международному праву не известны нормы, которые могли бы препятствовать совместному коммюнике заключить международное соглашение для того, чтобы передать спор в арбитраж или урегулирование в судебном порядке»*. (Решение по делу о континентальном шельфе Эгейского моря. Доклад Международного суда ООН от 1978 года, стр. 39, п. 96).

Для того, чтобы установить, было ли заключено соглашение такого типа, «*Суд должен принять во внимание все фактические термины и исключительные обстоятельства, под которыми оно было составлено»* (там же).

Дело Англо-Иранской нефтяной компании (Великобритания против Ирана), 1952³

29 апреля 1933 года между правительством Персидской империи (здесь и далее – правительство Ирана) и Англо-Иранской нефтяной компанией, зарегистрированной в Соединенном Королевстве, было заключено соглашение. Это соглашение было ратифицировано парламентом Ирана 28 мая 1933 года, и вступило в силу на следующий день после получения императорского согласия.

15 и 20 марта 1951 года парламент и сенат Ирана приняли закон, провозглашающий принцип национализации нефтяной промышленности в Иране. 28 и 30 апреля 1951 года, они приняли другой закон «О

³ International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Anglo Iranian Oil Co. Case, Preliminary Objection Judgment of July 22, 1952.

процедуре практического осуществления принципа национализации нефтяной промышленности по всей стране». Эти два закона были одобрены императором 1 мая 1951 года.

В результате принятия этих законов возник спор между правительством Ирана и Англо-Иранской нефтяной компанией. Соединенное Королевство заняло сторону британской компании и в силу своего права дипломатической защиты, подав 26 мая 1951 года заявление в суд, возбудило дело от имени правительства Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии против правительства Ирана.

В заявлении содержится ссылка на Декларацию, согласно которой правительство Соединенного Королевства и правительство Ирана приняли обязательную юрисдикцию Суда в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута Суда.

Теперь Суд будет рассматривать, относится ли концессионный договор от 1933 года или вопрос регулирования спора, установленный соглашением между правительством Ирана и правительством Соединенного Королевства к вопросу, касающемуся юрисдикции, решение которого не зависит от рассмотрения дела по существу. Это может и должно быть определено на данном этапе, совершено независимо от фактов, связанных с обжалуемым Соединенным Королевством актом национализации.

Соединенное Королевство утверждает, что правительство Ирана взяло на себя обязанности по определенным договорным обязательствам по отношению к правительству Соединенного Королевства. Оно стремится установить эти обязательства, утверждая, что соглашение, подписанное правительством Ирана с Англо-Иранской нефтяной компанией 29 апреля 1933 года, имеет двойной характер: характер концессионного договора между правительством Ирана и Компанией и договор между двумя правительствами. Позже Соединенное Королевство утверждало, что даже если соглашение, заключенное в 1933 году, достигло молчаливого или подразумеваемого соглашения, оно должно подразумеваться под значением термина «договора и конвенции», содержащегося в иранской Декларации.

Суд не может согласиться с точкой зрения, что подписанный договор между правительством Ирана и Англо-Иранской нефтяной компанией имеет двойной характер. Это не более чем концессионный договор между правительством и иностранной корпорацией. Правительство Соединенного Королевства не является участником договора, договор не содержит имущественные отношения между правительством Ирана и правительством Соединенного Королевства. В соответствии с договором, правительство Ирана не может требовать от правительства Соединенного

Королевства прав, которые может требовать от Компании, и не обязано выполнять обязательства по отношению к правительству Соединенного Королевства, которые она должна выполнять по отношению к Компании. Документ, содержащий подписи представителей правительства Ирана и Компании, имеют одну цель – регулирование отношений между правительством и Компанией в связи с концессией. Он не регулирует отношений между двумя странами. Не изменит юридическую ситуацию и факт, что концессионный договор был заключен и вступил в силу в рамках офисов Совета лиги нации, действующего через своего докладчика. Соединенное Королевство, представляя их спор с правительством Ирана Совету лиги, осуществляло право дипломатической защиты в отношении одного из ее граждан. Оно стремилось получить компенсацию за то, что, по ее мнению, Иран совершал правонарушения против юридического лица британского гражданства. Окончательное выступление докладчика совета по успешному завершению нового концессионного договора между правительством Ирана и Компанией удовлетворил правительство Соединенного Королевства. Усилия правительства Соединенного Королевства по предоставлению дипломатической защиты британскому гражданину принесли плоды, и как следствие вопрос был снят с повестки дня.

В ходе разбирательства перед Советом, Иран не сделал никаких предложений Соединенному Королевству, кроме как вести переговоры с Компанией, и которое было полностью выполнено. Иран не дал никаких обещаний и каких-либо обязательств любого рода Соединенному Королевству по отношению к новой концессии. Тот факт, что о концессионном договоре был сообщено Совету и он был обозначен в его документах не превращает его положения в условия договора, по которому иранское правительство принимает обязательство (*vis-a-vis*) по отношению к Соединенному Королевству.

Международное обычное право

Дело о континентальном шельфе Северного моря (Германия против Дании и Нидерландов), Международный Суд ООН, 1969⁴

70. Суд должен теперь перейти к последней стадии аргумента, выдвинутого от имени Дании и Нидерландов. Из которого следует, что даже если на момент принятия Женевской конвенции не существовало нормы международного обычного права о принципе равного отстояния, и такая норма не вытекает из смысла Статьи 6 Конвенции, то тем не менее, такая норма сложилась после принятия Конвенции, частично под ее собственным влиянием, частично на основе последующей практической деятельности Государств, - и то, что эта норма, являясь обязательной для всех Государств нормой международного обычного права, включая и Федеративную Республику, должна быть объявлена применимой для делимитации границ между соответствующими областями континентального шельфа спорящих Сторон в Северном море.

71. Поскольку это утверждение основывается на представлении, что Статья 6 Конвенции оказала влияние и произвела эффект, описанный выше, предполагается, что указанная Статья, как положение создающее норму и основу, породила правило, которое будучи договорным, в своем происхождении, впоследствии перешло в общий корпус международного права, и теперь принято как таковое убежденностью в правомерности (*opinio juris*), и стала обязательной даже для Государств, которые никогда не были и не являются участниками Конвенции. Без сомнения, этот процесс является возможным и имеет место быть время от времени: он, безусловно, является одним из признанных методов, посредством которых могут быть сформированы новые нормы международного обычного права. В то же время такой результат не может расцениваться как легко достижимый.

72. Необходимо, чтобы упомянутое положение во всех возможных случаях имело такой нормотворческий характер, который мог бы быть расценен как формирование основы общей нормы права. Рассмотренный абстрактно (*in abstracto*) принцип равного отстояния, можно сказать,

⁴ International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment of 20 February 1969.

выполняет это требование. И все же в определенной форме, в которой это воплощено в статье 6 Женевской конвенции, и, принимая во внимание, взаимосвязь этой статьи с другими положениями Конвенции, это может быть под некоторым сомнением. Во-первых, статья 6 составлена таким образом, что обязательство применить метод равного отстояния можно осуществить только после того, как использовано положение о проведении делимитации по соглашению. Такое основное обязательство составляет необычное предисловие к тому, что, как утверждают, является потенциально общей нормой права. Не рассматривая и, тем более, не заявляя о возможной убежденности в правомерности (*jus cogens*), вполне понятно, что, на практике, нормы международного права могут быть согласованно отменены в определенных случаях или между определенными сторонами, - но это не является предметом какого-либо четко выраженного положения, как это установлено в статье 6 Женевской конвенции. Во-вторых, говоря об особых обстоятельствах относительно принципа равного отстояния, как это закреплено в статье 6, нужно отметить, что наличие значительных, все еще нерешенных споров, относительно точного значения и области действия этого положения должны вызывать сомнения относительно возможного нормотворческого характера данной статьи. Наконец, способность создания оговорок к статье 6, в то время как она не может сама по себе препятствовать использованию принципа равного отстояния как нормы общего права, это действительно добавляет значительные трудности в отношении такого результата, как вызванного (или являющегося потенциально возможным) на основе Конвенции: до тех пор, пока эта способность продолжает существовать, и она не является предметом пересмотра, вызванного в результате запроса в соответствии со статьей 13 Конвенции, которая в настоящее время не имеет официального указания – Конвенция по уже упомянутым причинам, кажется, отрицает, что положение статьи 6 имеет такой же нормотворческий характер каким, к примеру, обладают статьи 1 и 2.

73. Что касается других элементов, рассматриваемых как необходимые для того, чтобы обычное правило стало общей нормой международного права, то даже при отсутствии факта истечения значительного промежутка времени, широкое признание и представительное участие в конвенции может быть достаточным, при условии, что такое участие включает Государства, чьи интересы особо затрагиваются. Однако, в данном случае Суд отмечает, что, даже если учесть существование целого ряда Государств, для которых участие в Женевской конвенции не открыто, или которые не заинтересованы быть участниками за неимением выхода к морю, то число Государств, ратифицировавших конвенцию и присоединившихся

к ней, едва ли может быть сочтено достаточным. Причиной не ратификации могут иногда служить факторы, иные, чем активное неодобрение данной конвенции, и это едва ли может быть основанием для принятия ее принципов: причины являются спекулятивными, но факты неизменны.

74. Что касается временного аспекта, то Суд отмечает, что прошло уже более чем десять лет, с тех пор как Конвенция была подписана, со дня как она вступила в силу в июне 1964 и по сегодняшний день меньше пяти лет, и три года на момент, когда проходило данное слушание, и всего менее года истекло как переговоры о делимитации границ между Федеративной Республикой и другими двумя Сторонами остановились в связи с вопросом о применении принципа равного отстояния. Хотя непродолжительность прошедшего периода не является непреодолимым препятствием для формирования новой нормы обычного международного права на основе изначальной конвенционной нормы, необходимо, чтобы правоприменительная практика Государств в течение этого периода, в том числе Государств, чьи интересы затронуты, постоянно расширялась и была действительно единообразной в отношении применяемых положений, а также свидетельствовала о всеобщем признании наличия правовой нормы и правовых обязательств.

75. Суд теперь должен рассмотреть, существует ли практика Государств относительно делимитации границ континентального шельфа, возникшая после принятия Женевской конвенцией, и в таком ли она виде, чтобы удовлетворить это требование. Не принимая во внимание дела, которые по различным причинам Суд не рассматривает как применимое руководство или прецедент, такие, как делимитация границ непосредственно между спорящими Сторонами, или не касающиеся международных границ, около пятнадцати прецедентов были рассмотрены в данном разбирательстве, имевших место с момента подписания Женевской конвенции 1958 года, в которых границы континентального шельфа были разграничены согласно принципу равного отстояния в большинстве случаев соглашением, в немногих других односторонне – либо делимитация границ планировалась, но еще не была выполнена. Среди этих пятнадцати имеются четыре по делимитации Северного моря – Объединенное Королевство/Норвегия, Дания/Нидерланды, и Норвегия/Дания, уже упомянутые в параграфе 4 данного Решения. Но даже если эти различные случаи составили лишь небольшой процент тех, которые потенциально призывают к делимитации границ во всем мире, то Суд не считал бы необходимым перечислять или оценивать их отдельно, так как существует несколько предшествующих оснований, а priori, которые лишают их значения как прецедентов в рассматриваемом контексте.

76. Начнем с того, что более половины Государств, в односторонних или совместных действиях, уже стали или вскоре присоединятся к Женевской конвенции, и, следовательно, и предположительно, в соответствующей заинтересованной мере, они фактически или потенциально действовали в рамках конвенции. Исходя из их действий, невозможно сделать заключение о существовании нормы международного обычного права относительно принципа равного отстояния. С другой стороны, что касается Государств, которые не были и не стали участниками Конвенции, то основа их действий может быть только проблематичной и должна рассматриваться исключительно спекулятивной. Очевидно, они не обращались к Конвенции. Однако нет свидетельств того, что они совершили эти действия потому, что считали себя обязанными применить этот принцип в качестве нормы международного обычного права. Не существует ни малейшего доказательства, что они считали так и, как было отмечено (параграфы 22 и 23), отсутствует нехватка других причин для использования метода равного отстояния, и из этого следует, что действие, или согласие действовать определенным образом, само по себе не демонстрирует юридического характера.

77. Существенным моментом является то, что даже если этих примеров практики Государств, не являющихся участниками Конвенции, были великое множество, чего не было на самом деле, то они, даже в совокупности, не были достаточными, чтобы составить убежденность в правомерности (*opinio juris*); для того, чтобы достичь этого результата, должны быть выполнены два условия. Необходимы не только действия, составляющие прочную практику, но они также должны быть выполнены таким образом, чтобы быть доказательствами убеждения о том, что такая практика представляется обязательной ввиду наличия правового Закона, требующего этого. Необходимость в таком убеждении, т.е. наличие субъективного элемента, подразумевается в самом понятии *opinio juris*. Заинтересованные Государства должны чувствовать, какому количеству юридических обязательств они соответствуют. Периодичности или даже привычности в характере действий недостаточно. Существует множество международных актов, например, в области церемониала и протокола, которые практически всегда выполняются, но которые мотивированы только соображениями вежливости, удобства или традиций, а не чувством правовой обязанности.

78. В связи с этим, Суд следует точке зрения, принятой Постоянной палатой международного правосудия в деле Лотус, как указано в следующем отрывке, принцип которого, по аналогии, применим почти дословно, с соответствующими изменениями (*mutatis mutandis*), к данному случаю (P.C.I.J., Series A, No. 10, 1927, at p. 28):

«Даже если редкость судебных решений... была бы достаточна, чтобы доказать... предполагаемое обстоятельство..., это показало бы только то, что Государства на практике воздерживались от привлечения к уголовной ответственности, но не то, что они признали себя обязанными поступить таким образом; поэтому если такое воздержание было основано на том, что они сознательно возложили на себя обязанность воздержаться, только тогда возможно было бы говорить о международном обычае. Предполагаемый факт не позволяет сделать вывод, что Государства, с другой стороны, ощущали наличие такой обязанности... есть другие обстоятельства, которые показывают обратное».

Применяя это изречение к данному делу, позиция определена в том, что небольшое число заинтересованных Государств для определенных случаев согласились провести границы и действительно провели их согласно принципу равного отстояния. Нет никаких доказательств, что они действовали так, потому что с юридической точки зрения считали себя обязанными применить этот принцип в качестве нормы обычного права, учитывая то, что они могли мотивировать свои действия другими причинами.

Дело, касающееся права прохода через территорию Индии (Португалия против Индии), 1960⁵

Для определения факта, устанавливала ли Португалия требуемое право прохода, Суд должен принять во внимание, что происходило в течение британского и пост-британского периодов. В эти периоды, сложилась практика между португальским и территориальным суверенитетами в связи с проходом к анклавам, на которую опирается Португалия с целью установления права прохода.

Поэтому Суд приходит к заключению, что относительно частных лиц, гражданских чиновников и товаров в целом в британский и пост-британские периоды существовала постоянная и однородная практика, позволяющая право прохода между Даманом и анклавами. Эта практика, продолжавшаяся более ста лет, не изменилась в отношении посягаемой территории и после смены режима, когда Индия стала независимой, Суд с учетом всех обстоятельств дела признал, что практика была

⁵ International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India) Merits Judgment of 12 April 1960.

принята Сторонами как закон и дала начало праву и коррелятивному обязательству.

Таким образом, Суд признал, что Португалия в 1954 году обладала в отношении частных лиц, гражданских чиновников и товаров в целом правом прохода через индийскую территорию, лежащую между анклавом и прибрежным районом Даман и между этими анклавами: в той степени, в какой это необходимо для осуществления Португалией суверенитета над анклавами, с разрешения Индии и под ее контролем.

Что касается вооруженных сил, вооруженной полиции и оружия, и военного снаряжения, то положение было иное. Похоже, что во время британского периода до 1878 года прохождение вооруженных сил и вооруженной полиции между британскими и португальскими владениями регулировалось на основе взаимности. Представляется, что не было никакого различия по отношению прохода между Даманом и анклавами. Нет никаких сведений, что проход вооруженных сил и вооруженной полиции между Даманом и анклавами или между этими анклавами разрешался или осуществлялся по праву.

Представляется, что во время британского правления и в последующий период проход португальских вооруженных сил и вооруженной полиции между Даманом и анклавами не был правомерным и что после 1878 года мог быть возможным только с предварительного разрешения англичан, а впоследствии – Индии, и такое разрешение выдавалось либо на основе уже существовавшего взаимного соглашения, либо на индивидуальной основе. Принимая во внимание особые обстоятельства дела, необходимость авторизации для осуществления прохода, в представлении Суда, является отрицанием прохода по праву. Практика утверждает, что территориальный суверенитет имеет дискреционную силу отменить или отказать в разрешении. Утверждается, что разрешение выдавалось во всех случаях, однако, по мнению Суда, это не влияет на правовую позицию. В отчете не имеется никаких сведений, которые показывают, что выдача разрешений была возложена на британцев или Индию в качестве обязательства.

Таким образом, было установлено четкое различие между практикой, разрешающей свободный проход частным лицам, гражданским чиновникам и товарам в целом, и практикой, требующей разрешения, как в случае с вооруженными силами, вооруженной полиции, оружием и военным снаряжением. Таким образом, Суд считает, что никакое право прохода в пользу Португалии с участием Индии относительно вооруженных сил, вооруженной полиции, оружия и военного снаряжения не было установлено. Курс деловых отношений, установленный между Португалией и

британскими властями относительно прохода этих категорий исключает существование любого такого права. Установленная практика показывает, что относительно этих категорий подразумевалось, что проход мог иметь место только с разрешения британских властей. Эта ситуация продолжалась в течение пост-британского периода.

Португалия также ссылается на общий международный обычай, так же как и общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в поддержку своего требования о праве прохода. Придя к выводу, что курс деловых отношений между британскими и индийскими властями, с одной стороны, и Португалией - с другой, установили практику, хорошо признаваемую Сторонами, на основании которой Португалия приобрела права прохода относительно частных лиц, гражданских чиновников и товаров в общем, Суд не считает необходимым исследовать, могут ли общий международный обычай или общий принцип права, признанные цивилизованными странами, привести к такому же результату.

Что касается вооруженных сил, вооруженной полиции, оружия и военного снаряжения, Суд решил, что практика, установленная между Сторонами, требующая от британских и индийских властей разрешения на проход относительно этих категорий, делает ненужным для Суда определять возможно ли или нет при отсутствии практики, которая фактически преобладала, для Португалии сослаться на общий международный обычай, признанный цивилизованными странами, который также приводила Португалия в подтверждение своего иска.

Консультативное заключение Международного Суда ООН о законности применения или угрозы применения ядерного оружия в вооруженных конфликтах, 1996⁶

21. Использование слова “разрешенный” в вопросе, адресованном Генеральной Ассамблее было подвергнуто критике в Суде определенными Государствами на том основании, что это подразумевало, что угроза или применение ядерного оружия могли бы быть допустимы, если санкционирование было бы найдено в положении договора или в международном обычном праве. Такая исходная точка, предоставленная данными Государствами, была несовместима с основой международного

⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 66.

права, которая опирается на принципы суверенитета и согласия; соответственно, и вопреки тому, что подразумевалось под словом “допустимый”, Государства могут угрожать или использовать ядерное оружие, за исключением случаев, когда есть основание, что они обязаны не делать этого согласно запрету в договорном праве или в международном обычном праве. Поддержка этого утверждения была найдена в изречениях Постоянной палаты международного правосудия в деле «Лотус», что «ограничения независимости Государств не допускаются» и что международное право предоставляет Государствам «свободу действий, ограничивая в определенных ситуациях запретительными правилами» (P.C.I.J., Series A, №. IO, pp. 18 and 19). Подтверждение так же было размещено в изречении настоящего Суда в деле относительно военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки) что:

“в международном праве нет никаких правил кроме тех, которые могут быть приняты самим Государством в соответствии с соглашением или иначе, посредством чего уровень вооружений суверенного Государства может быть ограничен” (I.C.J. Доклады 1986, п. 135, пара. 269).

Для других Государств применение этих изречений из дела «Лотус» было неуместно; их статус в современном международном праве и применимость в различных обстоятельствах данного дела были оспорены.

Также было утверждение, что вышеупомянутое изречение настоящего Суда было направлено на владение вооружениями и не имеет отношения к угрозе или использованию ядерного оружия. Наконец, было высказано предложение, что Суд, чтобы ответить на вопрос, поставленный Ассамблеей, должен заменить слово «разрешенный» на «запрещенный».

22. Суд отмечает, что Государства, обладающие ядерным оружием, выступающие перед ним, либо согласились, либо не оспаривали, что их свобода действия была действительно ограничена принципами и нормами международного права, в частности гуманитарным правом (см. ниже, параграф 8б), как это сделали другие Государства, участвующие в разбирательстве. Следовательно, аргумент относительно юридических заключений об использовании слова “разрешенный”, и вопросы бремени доказывания, которые, как было сказано, дают начало, не имеют никакого отношения к решаемым вопросам, поставленным перед Судом.

52. Суд обращает внимание путем ознакомления, что международное обычное право и договорное право не содержат конкретного предписания, разрешающего угрозу или применение ядерного оружия или любого другого оружия в общем или при определенных обстоятель-

ствах, в частности, при осуществлении законной самообороны. Однако не существует никакого принципа или нормы в международном праве, согласно которым законность угрозы или применения ядерного оружия или любого другого оружия зависела бы от определенного разрешения. Государственная практика показывает, что незаконность использования определенного оружия как такового возникает не из-за отсутствия разрешения, но, напротив, сформулирована с точки зрения запрета.

60. Те Государства, которые предполагают, что применение ядерного оружия незаконно, подчеркивают, что конвенции, которые включают в себя различные правила, предоставляющие ограничение или устранение использования ядерного оружия в определенных областях (таких, как Договор об Антарктике 1959 года, который запрещает размещение ядерного оружия в Антарктике, или Договор Тлателолько 1967 года, который создает безъядерную зону в Латинской Америке) или конвенции, которые применяют определенные меры контроля и ограничения к существованию ядерного оружия (такие, как Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, космическом пространстве и под водой от 1963 года или Договор о нераспространении ядерного оружия) все устанавливают ограничения к использованию ядерного оружия. На их взгляд, данные договора по-своему свидетельствуют о возникновении нормы полного юридического запрета на использование ядерного оружия.

61. Те Государства, которые защищают положение, согласно которому использование ядерного оружия при определенных обстоятельствах является законным, видят логическое противоречие в достижении такого вывода. Согласно им, те Договора, такие, как Договор о нераспространении ядерного оружия, так же, как Резолюции Совета Безопасности 255 (1968) и 984 (1995), которые принимают во внимание гарантии безопасности, предоставленные Государствами, обладающими ядерным оружием, Государствам, не обладающим ядерным оружием, относительно любой ядерной агрессии против последних, не могут истолковываться, как запрет применения ядерного оружия, и такое требование противоречит самому тексту этих инструментов. Для тех, кто поддерживает законность применения ядерного оружия при определенных обстоятельствах, не существует абсолютного запрета на применение такого оружия. Сама логика и составление Договора о нераспространении ядерного оружия, по их мнению, подтверждают это. Этот договор, посредством чего они спорят, был принят пятью Государствами, обладающими ядерным оружием, и не может быть рассмотрен как договор, запрещающий применение ядерного оружия этими Государствами; принять факт, что эти Государства обладают ядерным оружием эквивалентно признанию, что такое оружие

может использоваться при определенных обстоятельствах. Они спорят, могут ли гарантии безопасности, предоставленные Государствами, обладающими ядерным оружием, в 1968 году, и позже в связи с Рассмотрением и Продлением Конференцией Участников Договора о нераспространении ядерного оружия 1995 года, представить обстоятельства, в которых ядерное оружие может быть использовано в законной манере. Для тех, кто защищает законность применения ядерного оружия при определенных обстоятельствах, принятие различными Государствами, не обладающими ядерным оружием, этих инструментов подтверждает и укрепляет очевидную логику, на которой базируются эти инструменты

62. Суд отмечает, что договоры, имеющие дело исключительно с приобретением, изготовлением, владением, размещением и тестированием ядерного оружия, непосредственно не касающихся угрозы или применения, безусловно, указывают на все растущую озабоченность в международном сообществе этим оружием; Суд приходит к заключению, что эти договора могли быть предзнаменованием будущего общего запрета на применение такого оружия, но они не составляют такой запрет сами по себе. Что касается договоров Тлателолько и Раротонги и их Протоколов, и также деклараций, сделанных в связи с неопределенным расширением Договора о нераспространении ядерного оружия, из этих инструментов выясняется, что:

(а) большое число Государств обязались не использовать ядерное оружие в определенных зонах (Латинская Америка; Южный Тихий океан) или против определенных Государств (Государства, не обладающие ядерным оружием, которые являются участниками Договора о нераспространении ядерного оружия);

(б) однако, даже в пределах этих ограничений, Государства, обладающие ядерным оружием, получили право применять ядерное оружие при определенных обстоятельствах;

и

(в) это условие было встречено без возражения участниками Договора Тлателолько и Раротонги и от Совета Безопасности.

63. Эти два договора, гарантирующие безопасность с 1995 года Государствами, обладающими ядерным оружием, и факт, что Совет Безопасности принял во внимание их с удовлетворением, свидетельствуют о растущей осведомленности о потребности освободить сообщество

Государств и международную общественность от опасности, следующей из существования ядерного оружия. Более того Суд обращает внимание на подписание 15 декабря 1995 в Бангкоке Договора о безъядерной зоне в Юго-Восточной Азии, и 11 апреля 1996, в Каире Договора о создании безъядерной зоны в Африке. Однако, не рассматривает эти элементы, как достижение всестороннего и универсального запрета на использование, или угрозу применения оружия как такового.

64. Суд теперь обратится к экспертизе международного обычного права, чтобы определить, вытекает ли запрет на угрозу или применение ядерного оружия из этого источника права. Так как Суд указал, что содержание этого права должно быть «найденно, прежде всего, в реальной практике и убежденности в правомерности (*opinio juris*) Государств» (Континентальный шельф (Ливийская арабская Джаммахирия/Мальта), Решение 1. Отчеты 1985, п. 29 К. Дж., параграф. 27).

65. Государства, которые придерживаются точки зрения, что использование ядерного оружия незаконно, пытались продемонстрировать существование общепринятого правила, запрещающего его использование. Они обращаются к постоянной практике неприменения ядерного оружия государствами с 1945г. и возможность рассмотрения в этой практике нормы *opinio juris* (убежденности в правомерности) со стороны тех, кто обладает таким оружием.

66. Некоторые другие Государства, которые отстаивают законность угрозы и применение ядерного оружия при определенных обстоятельствах, сослались на доктрину и практику сдерживания в поддержку их аргумента. Они напомнили, что всегда имеют, совместно с другими определенными Государствами, возможность использовать это оружие в осуществлении права на самооборону против вооруженного нападения, угрожающей их жизненным интересам безопасности. На их взгляд, если ядерное оружие не использовалось с 1945г., это не из-за существующего или возникшего обычая, а потому что обстоятельства, которые могли бы обосновать его применение, к счастью, не возникали.

67. Суд не намеревается выносить решение, опираясь на практику, известную как «политика сдерживания». Он отмечает тот факт, что многие Государства придерживались этой практики во время большей части холодной войны, и продолжают придерживаться этого. Кроме того, мнения членов международного сообщества глубоко разделены относительно вопроса является ли не обращение к ядерному оружию за последние 50 лет выражением *opinio juris* (убежденности в правомерности). При этих обстоятельствах Суд не считает себя способным найти, что здесь при-

существует *opinio juris* (убежденность в правомерности).

68. Согласно определенным Государствам, ряд важных резолюций Генеральной Ассамблеи, начиная с резолюции 1653 (XVI) от 24 ноября 1961г., которая касается ядерного оружия и утверждает, с последовательной регулярностью, незаконность ядерного оружия, показывает существование нормы международного обычного права, которая запрещает применение такого оружия. Однако согласно другим Государствам, рассматриваемые резолюции не несут для них никакого обязательного характера и не являются декларативными в обычных нормах, запрещающих ядерное оружие; некоторые из этих Государств также указали, что этот ряд резолюций не только не был встречен с одобрением всеми Государствами, обладающими ядерным оружием, но также и многими другими Государствами.

69. Государства, которые утверждают, что использование ядерного оружия незаконно, указали, что те резолюции не претендовали на создание любых новых правил, но были ограничены подтверждением обычного права, касающегося запрета на средства или методы ведения войны, которые, по их использованию, переступили границы того, что допустимо в проведении военных действий. На их взгляд, рассматриваемые резолюции сделали не более по отношению к ядерному оружию, чем существующие нормы международного права, применимого в вооруженном конфликте; они были не больше, чем «конвертом» или инструментом, содержащим определенные существующие ранее общепринятые нормы международного права. Для этих Государств это соответственно имеет небольшое значение, что инструмент должен вызвать отрицательные голоса, которые впоследствии не могут уничтожить те общепринятые нормы, которые были подтверждены договорным правом.

70. Суд отмечает, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не обязательны для выполнения, могут иногда нести нормативную ценность. Они, при определенных обстоятельствах, могут представить свидетельства, важные для существования нормы или возникновения *opinio juris*. Чтобы установить, верно ли это для данной резолюции Генеральной Ассамблеи, необходимо посмотреть на ее содержание и условия ее принятия; также необходимо посмотреть, несет ли убежденность в правомерности (*opinio juris*) нормативный характер. Или же ряд резолюций могут показать постепенное развитие *opinio juris*, необходимого для установления нового правила.

71. Рассмотренные в совокупности, резолюции Генеральной Ассамблеи, предоставленные перед Судом заявляют, что применение ядерного

оружия могло бы быть “прямым нарушением Устава Общества Объединенных Наций”; и в определенных формулировках, такое применение «должно быть запрещено». Акцент этих резолюций иногда переключался на вопросы, иные, чем установленные; однако, несколько из резолюций, рассматриваемых в данном случае, были приняты со значительным количеством отрицательных голосов и воздержавшихся; таким образом, хотя эти резолюции выражают явные признаки глубокого беспокойства относительно проблемы ядерного оружия, они все еще далеки от установления существования убежденности в правомерности (*opinio juris*) о незаконности применения такого оружия.

72. В дальнейшем Суд отмечает, что первая резолюция Генеральной Ассамблеи, прямо провозгласившая незаконность применения ядерного оружия, резолюция 1653 (XVI) от 24 ноября 1961г. (упомянутая в последующих резолюциях), после обращения к определенным международным декларациям и обязывающим соглашениям, начиная с Санкт - Петербургской декларации 1868 года до Женевского протокола 1925 года, приступила к квалификации правового характера ядерного оружия, определяет его эффекты и применяет общие правила международного обычного права к ядерному оружию. Это заявление Генеральной Ассамблеи об общих правилах обычного права к конкретному случаю ядерного оружия указывает, что на ее взгляд, не существует никакого определенного правила в обычном праве, которое запрещает применение ядерного оружия; если бы такое правило существовало бы, то Генеральная Ассамблея, возможно, просто сослалась бы на него и не нуждалась бы в предприятии подобного осуществления юридической квалификации.

73. Сказав это, Суд указывает, что принятие за каждый год Генеральной Ассамблеей, значительным большинством, резолюций, напоминая содержание резолюции 1653 (XVI), и требование от Государств-членов заключения конвенции, запрещающей использование ядерного оружия при любых обстоятельствах, свидетельствует о желании очень значительной части международного сообщества предпринять, определенным и специальным запретом на применение ядерного оружия, значительный шаг вперед на пути к полному ядерному разоружению. Возникновению нормы обычного права, как позитивного права определенно запрещающего применение ядерного оружия как такового, препятствуют продолжающееся напряжение между возникающим *opinio juris*, с одной стороны, и все еще сильной приверженностью к практике сдерживания - с другой.

74. Суд, не найдя ни обычного правила общего характера, ни общепринятую норму, определенно запрещающую угрозу или применение ядерно-

го оружия, будет теперь иметь дело с вопросом, должно ли обращение за помощью к ядерному оружию считаться незаконным в свете принципов и правил международного гуманитарного права, применяемого в вооруженном столкновении и закона о нейтралитете.

95. И при этом Суд не может сделать вывод о действительности точки зрения, что обращение за помощью к ядерному оружию было бы незаконно при любых обстоятельствах вследствие их врожденной и полной несовместимости с законом, применимым в вооруженном столкновении. Безусловно, как Суд уже указал, принципы и нормы закона, применяемого в вооруженном конфликте, - в основе которых лежит признание первостепенного значения гуманности, - накладывают ряд строгих требований к поведению во время вооруженных военных действий. Таким образом, методы и средства войны, в которых не различаются гражданские и военные цели, или которые привели бы к ненужным страданиям противоборствующих сторон, запрещены. Ввиду уникальных характеристик ядерного оружия, о которых Суд упоминал выше, его применение фактически кажется едва совместимым с этими требованиями. Однако Суд полагает, что не достаточно элементов, чтобы дать ему возможность с уверенностью заключить, что использование ядерного оружия противоречит принципам и правовым нормам, применимым в вооруженном столкновении при любых обстоятельствах.

Кроме того, Суд не может упускать из виду фундаментальное право на выживание каждого Государства, и таким образом его право прибегнуть к самообороне, в соответствии со статьей 51 Устава, когда его выживание под угрозой.

Никто не может проигнорировать практику, называемую «политикой сдерживания», которой значительная часть международного сообщества придерживалась на протяжении многих лет. Суд также принимает во внимание оговорки, к которым определенные Государства, обладающие ядерным оружием, должны быть присоединены, которые они дали, в частности, в соответствии с Протоколом к Договорам Тлателолко и Раротонги, и также в соответствии с декларациями, сделанными ими в связи с расширением Договора о нераспространении ядерного оружия, для того чтобы не прибегнуть к такому оружию.

97. Следовательно, ввиду нынешнего состояния международного права, рассматриваемого в целом, как исследовано выше Судом, и элементов факта его распоряжения, Суд заметил, что он не может сделать окончательный вывод относительно законности или незаконности применения ядерного оружия Государствами при чрезвычайных обстоятельствах самообороны, в которой их выживание было бы под угрозой.

Общие принципы права

Международный уголовный трибунал по Бывшей Югославии (Прокурор против Дражена Эрдемовича), 1998⁷

8. В период с 13 июля 1995 г. и приблизительно до 22 июля 1995 года, тысячи боснийских мужчин - мусульман были суммарно казнены членами боснийско-сербской армии и полиции.

12. Приблизительно 16 июля 1995 года Дражен Эрдемович участвовал вместе с другими членами своего подразделения и солдатами из других бригад в расстреле и убийстве безоружных боснийских мусульман в селе Пилица. В результате массовых казней были убиты сотни боснийских мужчин - мусульман.

Дражен Эрдемович утверждает, что он получил приказ от Брано Гожковича, командира операции под деревней Браньево в Пилице, подготовиться самому и еще семерых членов своего подразделения для миссии, о цели которой они даже не знали. Он утверждал, что только по прибытию члены группы были проинформированы, что их собрали для совершения убийства сотен мусульман. Он заявил, что если бы он не выполнил приказ, убили бы его, или его жена и ребенок могли оказаться под угрозой.

16. Апелляционная палата представила предварительные вопросы сторонам в Приказе о Планировании от 5 мая 1997 г.:

(1) Может ли в законе принуждение полностью оправдать преступление против человечности и/или военные преступления подобные этому, если оправдание доказано в суде, и имеет ли обвиняемый право на оправдание?

19. По этим причинам, изложенным в совместном особом мнении судьи Макдональда и судьи Ворах и в отдельном особом мнении судьи Ли, большинство апелляционной палаты пришло к выводу, что принуждение не предоставляет полную защиту солдату, обвиненному в преступлении против человечества и/или военном преступлении, повлекшем смерть невинных людей.

⁷ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991 former Yugoslavia, October 7, 1997, (citations omitted).

32. Относительно первого предварительного вопроса, адресованного сторонам в апелляционном разбирательстве «может ли в законе принуждение полностью оправдать преступление против человечности и/или военные преступления подобные этому, если оправдание доказано в суде, и имеет ли обвиняемый право на оправдание?» было предоставлено три фактора касательно этого общего вопроса. Во-первых, данное военное преступление или преступление против человечества, совершенное Апеллянтом, повлекло за собой убийство невинных людей. Во-вторых, как будет показано в последующем обсуждении, существует четкая дихотомия в практике основных правовых систем мира между теми системами, которые позволили бы оценить принуждение в качестве исключения от наказания за преступления, повлекшего за собой смерть невинных людей, и теми системами, которые, напротив, не будут. В-третьих, Апеллянт в этом случае был солдатом боснийско - сербской армии, проводящей боевые операции в республиках Босния и Герцеговина в течение существенного периода времени. Также, вопрос может быть сформулирован более конкретно следующим образом: Может ли в законе принуждение предоставить полную защиту солдату, обвиненному в преступлениях против человечества или военных преступлениях, где солдат убил невинных людей?

56. Теперь вполне уместно задавать вопрос, могут ли «общие принципы закона, признанного цивилизованными странами», установленные как источник международного права в статье 38 (1) (с) Устава Международного суда ООН, прояснить эту запутанную ситуацию относительно принуждения. Параграф 58 Сообщения Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, представленного 3 мая 1993г. явно, направляет Международный трибунал к этому источнику права:

Сам Международный трибунал должен определить различные инструменты личной защиты, которые могут освободить человека от уголовной ответственности, такие, как минимальный возраст или умственная недееспособность, приводимые общими принципами права, признанного всеми нациями.

Далее, Статья 14 Проекта Кодекса Комиссии международного права по преступлениям против мира и безопасности человечества предусматривает:

Компетентный суд должен определить допустимость защиты в соответствии с общими принципами права в свете характера каждого преступления.

57. Ряд соображений, влияющих на наш анализ применения «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» как источник международного права. Во-первых, хотя общие принципы права должны быть извлечены из существующих правовых систем, в частности, из национальной системы, как правило, принято считать, что дистилляция «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» не требует комплексного исследования всех правовых систем мира, как это практически невозможно и никогда не существовало в практике Международного суда или других международных трибуналов, которые прибегли к статье 38 (1) (с) Статута Международного суда. Во-вторых, по мнению известных юристов, в том числе Барона Декампа, президента Консультационного комитета юристов по статье 38 (1) (с), одной из целей этой статьи является избежание ситуации неясности, т.е. где международный трибунал ссылается на отсутствие применимых правовых норм. В-третьих, «общий принцип» не следует путать с конкретными проявлениями этого принципа в специфичных нормах. Как указано итальянско – венесуэльской смешанной комиссией в деле Гентини

Норма..., по существу, практична, кроме того, имеет обязательную силу; существуют нормы искусства наравне с нормами государства, в то время как, принцип выражает общую истину, которая направляет наши действия, служит теоретической основой для различных законов нашей жизни, и применение которых в действительности приводит к изложенному последствию.

В свете этих соображений, наш подход не будет обязательно включать прямое сравнение конкретных норм из каждой правовой системы мира, но вместо этого будет включать обзор тех юрисдикций, чья судебная практика с практической точки зрения доступна для нас в усилении различить общие тенденции, политику и принцип, лежащие в основе конкретных норм этой юрисдикции, которые соответствовали бы предмету и цели создания Международного трибунала.

Как указал Господин МакНейр в своем Особом мнении в деле по юго-западной Африке,

никогда не возникает вопрос об извлечении в полном объеме в международное право институтов частного права, готовых и полностью оснащенных нормами права. Возникает скорее вопрос о нахождении в частном праве институтов, определяющих правовую политику и принципы, соответствующие решению международной проблемы. Это не конкретное про-

явление принципа в различных национальных системах – которые, так или иначе вряд ли будут меняться – однако общая концепция права, подчеркивающая их, и то, что международный судья имеет право применить в соответствии с пунктом.

Таким образом, в целом практика международного трибунала применяет общие принципы в своих формулировках правовых норм, применимых к фактам конкретного дела. Эта практика наиболее наглядно проявляется в обращении к общему принципу «добросовестности и справедливости» в делах Международного суда и Постоянной палаты международного правосудия. К примеру, в деле о континентальном шельфе Северного моря в Международном суде, Суд принял во внимание «справедливые принципы» в формулировке норм делимитации границ континентальных шельфов. В деле об обходе воды в реке Маас (Нидерланды против Бельгии) перед Постоянной палатой международного правосудия Судья Надсон в Индивидуальном мнении, соглашаясь, что равенство является «общим принципом права, признанным цивилизованными нациями», заявил:

Казалось бы важным принципом равенства является то, что если две стороны предполагали идентичные и взаимные обязательства, и одна сторона занимается продолжением невыполнения этого обязательства, не должно быть разрешено пользование аналогичным неисполнением этого обязательства другой стороной.

В деле о фабрике в Хожуве Постоянный суд отметил, что «принцип международного права и даже общая концепция закона в том, что любое разрушение взаимодействия влечет за собой обязанность по компенсации».

58. Чтобы достигнуть общего принципа, касающегося принуждения, мы предприняли ограниченный обзор принуждения в мировых правовых системах. Этот обзор несет в себе довольно скромные обязательства и не является полным сравнительным анализом. Его цель состоит в том, чтобы показать, по мере возможности, “общий принцип права” как источник международного права.

Как видно из различных позиций основных правовых систем мира, не существует никакого последовательного конкретного правила, которое отвечает на вопрос, может ли принуждение быть оправданием убийства невинных людей. Невозможно урегулировать противоречащие положения и, действительно, мы не полагаем, что проблема должна быть сведена к борьбе между общим правом и романо-германским правом.

59. Уголовные кодексы романо-германских правовых систем, с некоторыми исключениями, последовательно признают принуждение, как полное оправдание всех преступлений. Уголовные кодексы стран с романо-германской правовой системой отмечают, что противоправное действие под принуждением “не является преступлением”, или “не несет уголовной ответственности”, или “не подлежит наказанию”. Хотелось бы отметить, что некоторые романо-германские правовые системы различают понятие необходимости от принуждения. Необходимость подразумевает ситуацию чрезвычайного положения, связанного с природными силами. Принуждение, однако, является давлением посредством угрозы от другого человека. Романо-германская правовая система делает эти различия только в положениях, относящихся к принуждению.

(Суд рассмотрел государства обеих систем романо-германского и общего права, такие как:

(а) Романо-германская правовая система: Франция, Бельгия, Нидерланды, Испания, Германия, Италия, Норвегия, Швеция, Финляндия, Венесуэла, Никарагуа, Чили, Панама, Мексика, Бывшая Югославия)

(Например,)

Испания

В испанском Уголовном кодексе 1995г. статья 20 предусматривает, что обвиняемый не несет уголовной ответственности, когда он вынужден совершить определенное действие под воздействием страха.

Германия

Раздел 35 (1) немецкого Уголовного кодекса 1975г. (измененный 15 мая 1987г.) предусматривает:

Если кто-то совершает противоправное деяние с целью избежать неминуемой или неизбежной опасности для жизни, здоровья или свободы самого человека непосредственно или зависящего от него или близкого для него человека, то подобное деяние не является преступлением. Недостаточно того, чтобы если действующее лицо при этих обстоятельствах находилось под риском, необходимо, чтобы он находился в опасности. В последнем случае его наказание может быть смягчено в соответствии с разделом 49 (1) ***.

(б) Системы Общего права: Англия, Соединенные Штаты и Австралия, Канада, Южная Африка, Индия, Малайзия, Нигерия, Япония, Китай, Марокко, Сомали, Эфиопия.

(Например,)

Англия

60. В Англии принуждение является полным оправданием от всех преступлений кроме убийства, покушения на убийство и государственной измены. Хотя не существует прямого полномочия можно ли использовать принуждение в покушении на убийство, преобладающее представление - то, что нет никакой логической, этической и законной причины в предоставлении защиты в обвинении покушения на убийство, отказывая в этом относительно обвинения в убийстве.

Соединенные Штаты Америки и Австралия

Соединенные Штаты Америки и Австралия придерживаются позиции Англии, согласно которой принуждение предоставляет полную защиту от всех преступлений, с изменениями в юрисдикции федерации относительно точного определения защиты и диапазона преступлений, на которые защита не распространяется.

63. В многочисленных национальных законодательствах определенные преступления исключены из применения защиты принуждения. Традиционное общее право отвергает применение принуждения, как оправдание убийства и государственной измены. Однако законодательные органы во многих юрисдикциях общего права часто прописывают более длинный список исключенных преступлений.

64. Несмотря на эти преступления, исключаемые из операции принуждения как оправдание, практика судов в этой юрисдикции должна, тем не менее, смягчить наказание людей, совершающих исключенные преступления, если за эти преступления не предусмотрены смертная казнь или пожизненное заключение. Статьей 3 (3) (а) Закона об Уголовном судопроизводстве 1991 года предусмотрено, что суд "должен в полном объеме принять во внимание подобную информацию об обстоятельствах преступления (включая любые отягчающие и смягчающие факторы) насколько это доступно".

Смягчающие факторы могут коснуться серьезности преступления, и, в частности, могут отразиться на виновности преступника. Это четко установлено в принципе и на практике, где преступник близок к освобождению от уголовной ответственности, это будет иметь тенденцию к уменьшению тяжести преступления.

В деле Р. против Бомонта, Апелляционный суд снизил срок наказания преступника потому, что он был вовлечен в совершение преступления

несмотря на то, что вовлечение не освобождает от ответственности в английском праве.

Подобная ситуация и в австралийской юриспруденции приговора и практике, виновность преступника принимается во внимание при вынесении приговора. Статья 9 (2) (d) Закона о наказаниях и приговорах 1992 года требует, чтобы суд принял во внимание “степень виновности преступника за правонарушение”. Статья 5 (2) (d) Закона о приговоре (Вик) 1991 года отсылает к “степени вины преступника и ответственности за преступление”. В деле *R. v. Окутген*, Викторианский апелляционный суд по уголовным делам постановил, что провокация является фактором, смягчающим насильственные преступления. В деле *R. v. Evans*, доверие было дано принципу, что наказание должно учитывать степень участия преступника в преступлении. Степень участия учитывается для отражения степени виновности преступника.

65. Суды романо-германских правовых систем могут также смягчить наказание преступника по причине принуждения, при невозможности оправдать его. В некоторых системах смягчение наказания на основании принуждения прямо не указано в положении, касающемся принуждения. В других юрисдикциях, в которых уголовное право воплощено в уголовном кодексе, полномочие смягчить наказание приговора может быть найдено в общих положениях.

66. С учетом приведенного обзора относительно оценки принуждения в различных правовых системах, на наш взгляд, общий принцип права, признанный цивилизованными нациями, что обвиняемый не заслуживает получения полного наказания, совершая определенные противоправные деяния под принуждением. Мы используем термин «принуждение» в этом контексте, чтобы обозначить “непосредственные угрозы для жизни обвиняемого, если он отказывается совершить преступление” и не ссылаемся на юридические термины, эквивалентные значению английского слова «принуждение» на языках большинства стран романо-германской системы. Как показывает вышеупомянутый обзор, облегчение наказуемости проявляется в различных нормах с отличным содержанием в основных правовых системах мира. С одной стороны, большое число юрисдикций признают принуждение полной защитой, освобождающей обвиняемого от всей уголовной ответственности. С другой стороны, в других юрисдикциях, принуждение вообще не оценивается как оправдание преступлений, однако служит в качестве обстоятельства, смягчающего наказание осужденного. Смягчение наказания также уместно в двух других отношениях. Во-первых, наказание может быть смягчено относительно

преступлений, которые специально исключают оправдание принуждения законодательными органами некоторой юрисдикции. Во-вторых, у судов есть полномочие смягчить наказание, где строгие элементы оправдания принуждения не доказаны в фактах.

В случае, когда национальные законодательные органы прописали пожизненное заключение или смертную казнь для особых преступлений, только тогда в национальных правовых системах общий принцип не учитывается, что человек, который совершает преступление под принуждением, менее наказуем и заслуживает получения менее полного наказания относительно преступления.

67. Нормы различных правовых систем мира, однако, в значительной степени непоследовательны относительно конкретного вопроса, представляет ли принуждение полное оправдание солдату, обвиненному в военном преступлении или преступлении против человечества, повлекшего за собой убийство невинных людей. Как показывают общие положения многочисленных вышеизложенных уголовных кодексов, романо-германская правовая система теоретически учла бы принуждение, как полное оправдание всем преступлениям, включая убийство и незаконное убийство. С другой стороны, законы других правовых систем, которые категорически отвергают принуждение как оправдание убийства. Во-первых, определенные законы, касающиеся военных преступлений в Норвегии и Польше, не позволяют принуждение оценивать как освобождение от уголовной ответственности, но разрешают принимать этот факт во внимание только в смягчении наказания. Во-вторых, Уголовный кодекс Эфиопии 1957 года предусматривает в статье 67, что только «абсолютное физическое принуждение» может учитываться, как оправдание преступлений. Где принуждение является «моральным», которое мы интерпретировали, как относящееся к принуждению путем угроз, обвиняемый имеет право только на смягчение наказания. Это уменьшение наказания может увеличиться, в случае необходимости, вплоть даже до полного освобождения преступника от наказания. В-третьих, системы общего права во всем мире, за исключением малочисленного меньшинства юрисдикции Соединенных Штатов, которые безоговорочно приняли Раздел 2.09 Типового Уголовного кодекса Соединенных Штатов, отклоняют принуждение как оправдание убийства невинных людей.

68. Мы хотели бы добавить, что хотя уголовные кодексы большинства прямо не исключают принуждение как оправдание в отношении преступлений, влекущих за собой убийство невинных людей, уголовные кодексы Италии, Норвегии, Швеции, Никарагуа, Японии и прежде всего Югославии

требуют пропорциональности между ущербом, нанесенным виновным действием и вредом, учитывая, что обвиняемый находился под угрозой. Последствие этого требования состоит в том, что оно оставляет для определения в прецедентном праве этих юрисдикций романо-германских правовых систем вопрос, пропорционально ли убийство невинного человека угрозе жизни обвиняемого. Определение этого вопроса не так важно для разрешения данного дела, и достаточно будет сказать, что суды в определенной юрисдикции романо-германских правовых систем могут постоянно отклонять принуждение как оправдание убийства невинных людей на том основании, что требование пропорциональности было нарушено. Например, прецедентное право Норвегии не позволяет оценивать принуждение как оправдание убийства. В течение последних месяцев Второй мировой войны три норвежских полицейских были вынуждены участвовать в казни соотечественника, который был приговорен к смерти нацистским специальным судом. После войны они были привлечены к ответственности в соответствии с норвежским Общим Гражданско-уголовным кодексом за измену (пункт 86) и убийство (пункт 233) и ходатайствовали о признании принуждения (пункт 47) как оправдания. Они убеждали суд, что, если бы они отказались выполнить приказ, то они были бы расстреляны вместе с человеком, который был приговорен. Принимая во внимание все факты, предоставленные обвиняемыми, суд, однако, отказался называть их действия «законными» и заявил:

И в таком случае, Уголовный кодекс не будет позволять освобождать от наказания, только потому, что обвиняемый действовал под принуждением, даже тогда, когда оно имело серьезный характер как в деле, рассмотренном в суде, так как по решению суда присяжных необходимо учитывать, что сила не исключает намеренное действие обвиняемого.

Другими словами норвежский суд установил, что пропорциональность, требуемая пунктом 47 между ущербом, нанесенным виновным действием, и ущербом, который могли причинить обвиняемым, не была соблюдена. Соответственно, несмотря на общую применимость ко всем преступлениям пункта 47, как изложено в Кодексе, казалось бы, что норвежский суд, интерпретируя это общее положение, откажет в оправдании обвиняемого в убийстве, потому что пункт 47 требует, чтобы обстоятельства, предоставленные для оправдания обвиняемого, в «отношении опасности как особо существенного относительно ущерба, который может быть вызван его действием».

69. Кроме того, положения, регулирующие принуждение в Уголовном кодексе Германии и бывшей Югославии, предполагают возможность, что солдатам в вооруженных конфликтах, в отличие от обычных людей, могут отказать в оправдании из-за особого характера их занятия. Раздел 35 Уголовного кодекса Германии предусматривает, что принуждение не является оправданием, «если человек, совершивший преступление, находится под риском; но может являться оправданием, если он находится в опасности. В последнем случае его наказание может быть смягчено в соответствии с разделом 49 (1)». Статья 10 (4) Уголовного кодекса Социалистической Федеративной Республики Югославии предусматривает, что «не существует чрезвычайной необходимости, когда преступник обязан подвергать себя опасности».

Принцип отказа признания принуждения как оправдания убийства в Системе Общего права

70. Убийство неизменно включено в любой список преступлений, исключенных законодательством в системах общего права, где принуждение может быть оправданием. Нормы общего права Англии заключаются в том, что принуждение не является оправданием убийства как для преступника непосредственно, так и для участника убийства. Палата лордов в деле R.v Хоу и других отменила принятое ранее решение, принятое иначе Палатой лордов в деле Линчуют v. DPP для Северной Ирландии, согласно которому принуждение могло предоставить оправдание убийству второй степени тяжести. Таким образом, R v. Хоу восстановил положение английского общего права к традиционному положению, которое не допускало оценивать принуждение как оправдание от любого убийства. Существуют два аспекта к этому положению. Первый это решительный отказ от оценки в английском праве, что принуждение, вообще, затрагивает добровольность объективной и субъективной сторон преступления. В деле R.v Хоу Лорд Хейлшем заявил на странице 777:

второй недопустимый аспект - то, что, возможно, вследствие недоразумения, которое было прочитано в некоторых решениях, принуждение как оправдание затрагивает только существование или отсутствие субъективной стороны преступления. Правильная точка зрения изложена в деле Линча [1975] 1 AC 653 в 703 Лордом Килбрэндоном (меньшинства) и Лордом Эдмундом-Дэвисом (большинства) в их анализе. Лорд Килбрэндон сказал:

“... решение человека, которому угрожают, что он поддался угрозе, полагается решением сделать это, зная, что это непра-

вильно, и, тем не менее, у человека, возможно в ограниченной степени, имеется «виновное намерение»...

Речь лорда Вилберфорса в Линч v. DPP для Северной Ирландии указывает, что:

“аналогичный результат достигнут в контексте гражданского права: принуждение не разрушает желание, например, заключить контракт, но препятствуя закону принятием, что произошло как контракт, имеющий законную силу”.

Интересно отметить, что эта точка зрения принуждения разделяется Кассационным судом Италии в деле Бернарди и Рандаззо, где он заявил, что

[принуждение] оставляет нетронутыми все элементы уголовной невинности. Человек в рассматриваемом действии с уменьшенной свободой определения, но действует добровольно, чтобы избежать неизбежной серьезной опасности для его жизни и здоровья.

71. Учитывая, что принуждение в общем праве установлено не для отрицания субъективной стороны преступления, доступность оправдания порождает вопрос, должно ли поведение ответчика, несмотря на строго разбираемые элементы преступления, быть оправдано или служить основанием для оправдания. Вторым аспектом позиции общего права против разрешения использования принуждения, как оправдания убийства является утверждение в законе морального абсолюта. Этот моральный момент постепенно вживался в длинном ряду власти в английском законе и был принят судами в других юрисдикциях общего права как основание для отклонения применения принуждения как оправдания убийства. На самом деле, также на основании этого утверждения британские военные трибуналы для военнопленных в делах Стэлага Лафта III и Фойрштайна выносили свои решения об отклонении применения принуждения как оправдания убийства.

В «Hales Pleas of the Crown» автор утверждает:

... если человек подвергся отчаянному нападению, и под угрозой смерти, и не сможет он иначе спастись, пока не удовлетворит ярость своего противника, убив невинного человека, тогда страх и фактическая сила не будут оправдывать его преступление и освобождать от наказания за убийство, если он совершит виновное деяние, поскольку он должен скорее умереть сам, чем убивать невинного....

Блэкстоун убеждал, что человек под принуждением должен скорее умереть сам, чем спастись убийством невинного.

Лорд Гриффитс в деле *R. v. Хоу* формулирует объяснение таким образом:

Это [опровержение использования принуждения как оправдания убийства] основано на особой святости, которую закон применяет к человеческой жизни и которое запрещает человеку посягать на невинную жизнь даже ценой собственной или другой жизни.

Лорд Маккей Клэшферн в том же самом деле сказал:

Мне кажется ясна причина, почему представители власти так долго придерживались мнения, что принуждения не оправдывает обвинение в убийстве, является исключительной важностью того факта, что закон предоставляет защиту человеческой жизни и это казалось противоречащим, что закон должен признать это в каждом человеке при любых обстоятельствах, однако, кроме права выбрать убийство одного невинного человека или другого.

Лорд Джонси Талличеттла выразил свое мнение в деле *R. v. Готтс*:

Причина, почему принуждение так долго не могло использоваться как оправдание обвинения в убийстве, состоит в том, что закон расценивает неприкосновенность человеческой жизни и защиту как первостепенную важность.... Я согласился бы с Лордом Гриффитсом (*Редж. v. Хоу*, [1987] АС 417, 444А), что ничто не должно нарушать в любом случае самую высокую обязанность закона защитить свободу и жизни тех, кто живут по ним....

(с) не существует никакой конкретной нормы в основных правовых системах мира.

72. Как видно из различных положений основных правовых систем мира, не существует никакой конкретной нормы, которая определяет, является ли принуждение оправданием убийства невинных людей. Невозможно урегулировать противоречащие положения, и мы, действительно, не считаем, что проблема должна быть сведена к борьбе между общим и романо-германским правом.

Следовательно, мы хотели бы подойти к этой проблеме, учитывая конкретные условия, на основании которых Международный трибунал

установил, виды преступлений, на которые он обладает юрисдикцией, и факт, что мандат Международного трибунала выражен в Уставе, как относящийся к “серьезным нарушениям международного гуманитарного права”.

88. После вышеупомянутого обзора полномочий в различных системах права и исследований различных стратегических соображений, которые мы должны принять во внимание, мы получаем представление, что принуждение не может предоставить полную защиту солдату, обвиненному в преступлениях против человечества или военных преступлениях в международном праве, влекущих за собой смерти невинных. Мы делаем это с учетом наших обязательств по мандату в соответствии с Уставом для гарантии, что международное гуманитарное право, занимающееся защитой человечества, ни в коей мере не нарушено.

89. В результате мы не считаем, что заявление Апеллянта является сомнительным, так как принуждение не дает полного оправдания в международном праве от обвинения в преступлении против человечности или военных преступлений, которые включают в себя убийство невинных людей.

Дополнительные источники права

Статут Международного Суда ООН, статья 38 часть 1 (d)

1. Суд, который обязан решать переданные ему споры в соответствии с международным правом, применяет: [...]

d) [...] судебные решения и доктрину высоко-квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Дело Лотус, Постоянная палата международного правосудия (Франция против Турции), 1927⁸

[стр. 23] [...] бесспорно, суды многих стран, даже тех, которые придали своему уголовному законодательству строгий территориальный характер,

⁸ The Case of the S.S. “Lotus” (France v. Turkey), Permanent Court of International Justice (P.C.I.J.), Series A No. 70, 7 September 1927.

интерпретируют уголовное право в том смысле, что преступления, виновники которых на момент совершения находятся на территории другой страны, тем не менее, рассматриваются как совершенные на территории страны гражданства, если один из составных элементов преступления и особенно его последствия произошли на его территории. Французские суды в отношении множества ситуаций дали санкционированное решение этого способа интерпретирования территориального принципа. Кроме того, Суд не сталкивался с практикой, в которой правительство возражало против факта, что уголовное право какой-либо страны содержало бы норму с этой целью или толковало бы свое уголовное право в этом русле. Следовательно, как только было признано, что последствия преступления произошли на турецком судне, становится невозможным утверждать, что существует норма международного права, запрещающая Турции преследовать лейтенанта Демонса из-за того, что виновник преступления находился на борту французского судна.

[стр. 26] В первую очередь, с точки зрения доктрин публицистов, и кроме вопросов относительно их ценности, может быть с точки зрения установления существования нормы обычного права, несомненно, верно, что все или почти все писатели учат, что судна в открытом море являются субъектом исключительно юрисдикции страны, под флагом которой они плавают. Но важным моментом является значение, которое они придают этому принципу; теперь в общем не создается ощущение, что писатели придают этому принципу масштаб, отличая чем упомянуто выше или признавая эквивалентно тому, что юрисдикция государства над судном в открытом море такая же как и его юрисдикция на своей территории. С другой стороны, существует множество писателей, согласно внимательному изучению по вопросу может ли государство преследовать лицо в судебном порядке за преступления, совершенные на борту иностранного судна в открытом море, безусловно приходят к выводу, что подобные преступления могут рассматриваться, как если бы они были совершены на территории государства, под чьим флагом они плавают, и что в результате применима общая норма каждой правовой системы по отношению к преступлениям, совершенным за рубежом.

С другой стороны, нет недостатка в делах, в которых государство утверждает право преследования в судебном порядке за преступления, совершенные на борту иностранного суда, которые рассматривают уголовное наказание согласно их законодательству. Таким образом, Великобритания отказала требованию Соединенных Штатов в выдаче Джона Андерсона, британского моряка, совершившего убийство на борту американского судна, утверждая, что она не оспаривает юрисдикцию Со-

единенных Штатов, но вправе сама ее осуществлять. Это дело, к которому могут быть добавлены другие, относится к данному случаю, определяет, что, несмотря на британское гражданство Андерсона, принцип исключительной юрисдикции страны, под флагом которого судно плавает, не является общепринятой.

Дела, в которых исключительная юрисдикция государства, под флагом которого плавало судно, была признана, скорее были делами, в которых иностранное государство было заинтересовано только в причине гражданства жертвы, и в которых, согласно законодательству этого государства или практике его судов, такое основание недостаточно для преследования за преступление, совершенное иностранцем за границей.

Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), Международный Суд ООН, 1986⁹

188. Суд находит, что обе стороны придерживаются того мнения, что содержащиеся в Уставе Организации Объединенных Наций принципы, касающиеся применения силы, в основном соответствуют тем принципам, которые содержатся в международном обычном праве. Обе стороны придерживаются мнения, что основополагающий принцип в этой области выражается в терминах, используемых в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. Поэтому они принимают на себя обязательства в рамках договорного права воздерживаться в своих международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с целями Организации Объединенных Наций. Однако Суд должен удостовериться в том, что в обычном праве существует убежденность в правомерности (*opinio juris*) относительно обязывающего характера такого воздержания. *Opinio juris* может быть выведен, в частности, из отношения сторон и государств к определенным резолюциям Генеральной Ассамблеи, и в особенности к резолюции 2625 (XXV), озаглавленной «Декларация о принципах международного права, касающегося дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций». Влияние согласия с текстом резолюций не

⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

может быть понято только как “повторение или выяснение” договором обязательства в соответствии с Уставом. С другой стороны, это может быть понято как признание правильности правила или комплекса правил, объявленных резолюцией. Принцип неприменения силы, к примеру, может рассматриваться как принцип обычного международного права, а не как обусловленное положение о коллективной безопасности, и объектов, и вооруженных контингентов, представленных в соответствии со статьей 43 Устава. Поэтому является очевидным, что отношение касательно выражения *opinio juris*, соблюдающее такое правило (или свод правил), впредь будет рассматриваться отдельно от положений, в особенности институционального вида, которому он подчиняется по договорному праву согласно Уставу.

Императивные нормы «Jus Cogens»

Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), Международный Суд ООН, 1986¹⁰

190. Дальнейшее подтверждение действительности принципа запрещения применения силы, выраженного в статье 2, параграф 4 Устава Объединенных Наций, в качестве международного обычного права может быть найдено в том факте, что он зачастую упоминается в заявлениях представителей Государств не только как принцип международного обычного права, но также как фундаментальный или важнейший принцип. Комиссия Международного права, в ходе своей работы по кодификации международного договорного права, выразила мнение, что “норма Устава относительно запрета на применение силы сама по себе является ярким примером нормы международного права, имеющей характер императивной нормы” (параграф 1) комментариев Комиссии к статье 50 ее проекта статьи о Международном договорном праве (Ежегодник ИЛС, 1966-II, стр. 247). Никарагуа в своей Хронике о достоинстве, представленной в данном деле утверждает, что принцип запрета на применение силы, закрепленный в статье 2, параграф 4 Устава Организации Объединенных Наций “стал признанным, как императивная норма”. Соединенные Штаты Америки в своем Контр-меморандуме по вопросам юрисдикции и допустимости считает необходимым процитировать мнения ученых, согласно которым

¹⁰ Ibid.

этот принцип является “универсальной нормой”, “универсальным международным правом” “универсально признанным принципом международного права”, и “императивной нормой”.

Императивные нормы «Jus Cogens» и обязательства по Уставу ООН, Камрул Хоссейн¹¹

Признание Jus Cogens (императивной нормы) в международном праве

Признание императивности норм *jus cogens* было установлено в начале девятнадцатого века. Профессор Оппенгейм утверждал, что существует ряд “общепризнанных принципов” международного права, которые представляют собой любой конфликтный договор недействительным, и, следовательно, императивное влияние таких принципов само по себе “единодушно признается нормой обычного международного права”. Например, он утверждает, что договор, поддерживающий пиратство, является недействительным, так как противоречит “общепризнанным принципам” международного права. Более того, понятие *jus cogens*, не может быть поручено в судебном контексте, во-первых, в решении Французско-мексиканской комиссии по рассмотрению претензий в 1928 году по делу Пабло Нахера, и позже судьей Постоянной палаты международного правосудия Шукингом в 1934 году в деле Оскара Чинна (12 декабря 1934 года). После этого случая 1934 года, судьи Международного суда сделали аналогичные ссылки на *jus cogens* в ряде отдельных и особых мнений. Например, в 1933 году в деле Боснии судья Лаутерпахт выразил мнение о вероятности, что Совет Безопасности нарушил запрет геноцида и тем самым предполагаемые *jus cogens* при введении запрета на поставки оружия в Сербию и Боснию. В 1991 году Резолюция 713 Совета Безопасности ввела запрет на оружие. В то время как эта резолюция не нарушала неотъемлемое право государства на самооборону, Совет Безопасности не смог принять необходимые меры для осуществления мира и безопасности в Боснии. В результате это повлекло за собой геноцид и широкомасштабные человеческие страдания. Таким образом, аргумент о предполагаемом нарушении *jus cogens* имеет потенциальный вес. Кроме того, Венская конвенция о праве международных договоров дала признание нормы *jus cogens* в статье 53, где указано, что:

Договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международ-

¹¹ Santa Clara Journal of International Law 72, at 74-85 (2005). [Citations omitted]. [Reprinted with permission of the Journal].

ного права. Поскольку это касается настоящей Конвенции, императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер. Это означает, что договор больше не является международно-правовым документом, если в момент заключения он противоречит норме *jus cogens*, которая имеет императивный характер. Эта статья устанавливает четыре критерия для нормы, определенной как *jus cogens*, а именно:

- 1) статус нормы общего международного права;
- 2) признание международным сообществом государств в общем;
- 3) иммунитет от отступления;
- 4) изменяемые только новой нормой, имеющей такой же статус.

С другой стороны, финский ученый Лаури Ханникайнен показал, что если норма общего международного права защищает высшие интересы и значение международного сообщества, и если любые отступления несли серьезную угрозу, то императивный характер нормы не производит никаких негативных доказательств. Признание нормы *jus cogens* было вновь подтверждено в 1986 году в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями. Важность нормы *jus cogens* была подтверждена тенденцией его применения вне закона договоров, в частности, в законе об ответственности государства. В частности, Комиссия по международному праву предложила понятие международных преступлений в результате нарушения государством международного обязательства “важного для защиты фундаментальных интересов международного сообщества”, которое, по сути, тесно связано с доктриной международных норм *jus cogens*. В деле Никарагуа, Международный суд четко подтвердил концепцию *jus cogens* как принятую доктрину в международном праве. Международный суд опирался на запрет применения силы как “яркий пример нормы международного права, имеющий характер *jus cogens*”.

Статус императивной нормы в международном праве

Императивная норма может, казалось бы, быть полученной из обычной или договора, но не из другого источника. Это утверждение, однако, противоречиво. В самом деле, есть серьезные проблемы, связанные с

утверждением, что норма *jus cogens* может быть результатом естественно-го права, или какого-либо традиционного основного источника международного права, а именно, договоров, обычаев или общих принципов права. Согласно профессору Майклу Байерсу из Юридической школы Университета Дюка, договоры могут, в лучшем случае, быть только вспомогательными факторами в развитии нормы *jus cogens* по двум причинам. Во-первых, договор не может ограничить способности сторон изменить условия договора, а также облегчить обязательства участника, к примеру с помощью последующего договора, с которым согласились все те же стороны. Во-вторых, все общепринятые нормы *jus cogens* применяются универсально ни к одному договору, который кодифицировал бы эти нормы, и был бы ратифицирован. Ни договор, ни даже Устав ООН не могут установить общее международное право. Договора могут только создавать обязательства между их сторонами.

В утверждении, что *jus cogens* должны рассматриваться как обычное международное право, существует неоднозначность. Обычаи, устанавливающие *opinio juris*, являются обязательными для исполнения только в тех случаях, когда государство считает необходимым обязать себя в соответствии с созданием обычной нормы.

Однако, постоянные протесты против любого обычного принципа создают исключение для обязательности характера таких норм. Есть и другие способы заменить обычные нормы, к примеру, путем разработки норм специального международного обычного права и заключения договоров. С другой стороны, в случае норм *jus cogens*, эти нормы являются обязательными, независимо от согласия заинтересованных сторон и независимо от мнения государства об обязательности для него, так как эти нормы являются основополагающими для государств во избежание ответственности. Модификация норм *jus cogens* возможна только при возникновении новой императивной нормы равного значения.

Что касается обязательности общего международного права, признание большинством такой нормы составляет универсальные правовые обязательства перед международным сообществом в целом. Эти превосходящие нормы и несут общую ценность для международного сообщества. Майкл Байерс, однако, склонен доказывать, что нормы *jus cogens* являются производными от “процесса международного обычного права”, который сам по себе является частью международного конституционного порядка. Он утверждает, что *opinio juris* (или что-то похожее на *opinio juris*) может иметь неотделимый характер, потому что государства не верят, что можно заключить договор *jus cogens* и упорно возражают против него.

Государства рассматривают эти нормы как важные для международного сообщества и того как это сообщество определяет себя, и потому они не могут требовать себе исключений. Статья 53 Венской конвенции, однако, не содержит ссылки на какой-либо элемент практики. Вряд ли можно представить *jus cogens* как усиленную форму обычая. Дэвид Кеннеди называет *jus cogens* супер-обычной нормой. На самом деле, существуют две точки зрения относительно основания *jus cogens*, во-первых, как непосредственно исходящее из международного права, во-вторых, как основывающееся на существующем источнике международного права. Однако, некоторые утверждают и признают, что *jus cogens* является совершенно новым источником, состоящий из общеобязательных норм.

Эта идея была разработана в ходе Венской конференции о праве международных договоров, при которой *jus cogens* был интерпретирован для указания, что большинство может ввести в существование императивные нормы, которые могут связать международное сообщество государств в целом, независимо от согласия отдельных государств. Таким образом, в результате новый источник права основан на базе того, что сообщество в целом может создавать нормы, которые будут обязательны для всех его членов, несмотря на возможное их индивидуальное несогласие. Другие же утверждают, что существующие источники были изменены для возможности нормотворчества большинства в контексте высшего права. Тем не менее, история переговоров Венской конвенции не поддерживает мнение, что понятие *jus cogens* объединяется как новый источник общего международного права. Наоборот, существовала четкая тенденция рассматривать *jus cogens* как продукт существующего источника. К примеру, Франция утверждала, что если в проекте статьи *jus cogens* было интерпретировано так, что большинство может ввести в существование императивные нормы, которые будут действительны *ergo omnes* (общеобязательные нормы), то как результат создается международный источник права. Франция возражала против подобной возможности на основании, что такие новые источники права могут быть субъектами не “контролируемой и отсутствующей ответственности”. Кроме того, сложности остаются в толковании статьи 53, касающейся фразы “принятие и признание международным сообществом государств в целом”. М.К. Яссен, бывший председатель Редакционного комитета конференции о праве международных договоров, говорит, что здесь речь не идет о требовании нормы, которое должно быть принято и признано как императивное всеми государствами. Было бы достаточно, если подавляющее большинство делало так, что могло значить, что, если одно государство в отдельности отказалось бы принять императивный характер нормы,

или если оно было бы поддержано небольшим количеством государств, принятие и признание императивного характера нормы международным сообществом в целом не было бы затронуто. Яссен также заявил, что ни одно индивидуальное государство не должно иметь право вето. Кроме того, в комментариях ИЛС в статье 19 Проекта статей об ответственности государств, было объяснено значение “в целом” в рамках контекста требования международного признания международных преступлений:

Это, конечно, не подразумевает требование единодушного признания всеми членами сообщества, которые дали каждому государству непостижимое право вето. Он предназначен для обеспечения того, чтобы данное международное противоправное деяние было бы предназначено как “международное преступление”, не только той или иной группой государств, даже если она составляет большинство, а всеми важными компонентами международного сообщества. Это означает, что “подавляющее большинство” не может навязать свою волю “незначительному меньшинству”, если это “незначительное меньшинство” представляет важный элемент международного сообщества. Такое же мнение было высказано на Венской конференции представителем Соединенных Штатов о том, что признание императивного характера нормы “потребует, как минимум, отсутствия разногласия любых важных элементов международного сообщества”. Представители Австралии подчеркнули, что “нормы могут рассматриваться только как имеющие статус *jus cogens*, если существует несогласие государств, принадлежащих ко всем главным правовым системам».

Дебаты продолжаются, не о существовании понятия *jus cogens*, а о двух других вопросах. Первый касается статуса *jus cogens* как нового источника международного права или в рамках других существующих источников международного права. Второй касается процесса законотворчества под нормой *jus cogens*. В то время, как не существует специальных источников для создания конституционных или основополагающих принципов в современной международной правовой системе, все мы знаем, что международное право само по себе находится под постоянным процессом развития – “развития в направлении большей согласованности”. Существование концепции *jus cogens* не было, тем не менее, отвергнуто государствами на Венской конференции по праву договоров. Вероятнее, было отмечено, что суть концепции в том, что она должна влиять на все без исключения государства. В самом деле, государства на Венской конференции достигли соглашения по конституционным признакам, что императивные нормы обязательны для всех членов международного сообщества, несмотря на их возможное несогласие. Высказывались также мнения, что главным критерием императивных норм считался тот факт,

что они служат интересам международного сообщества, а не потребностям отдельных государств. Однако, некоторые счетчики внутренних аналогий закона – хорошие обычаи, мораль и государственная политика были применимы в конкретных случаях без разрешения трудностей, даже если эти вопросы были не обязательно определены в муниципальном праве. Более того, после принятия Венской конвенции о праве международных договоров, норма *jus cogens* получила широкую поддержку среди комментаторов и авторов. Таким образом, можно утверждать, что возражение государства обязательно в соответствии с концепцией, поскольку статья 53 Венской конвенции носит декларативный характер уже существующего международного права относительно *jus cogens*. На самом деле, принцип согласия является дальнейшим структурным принципом международного права, отличного от *jus cogens*.

Неопределенность содержания императивных норм jus cogens

Проблемы остаются в отношении применения нормы с точки зрения того, какие нормы должны быть охвачены под упомянутыми понятиями. Существовало серьезное сомнение относительно того, что норма могла быть использована в интерпретировании нормы, охваченной *jus cogens*. К примеру, во время процесса переговоров Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, общий фокус в развивающихся странах был направлен на, чтобы обеспечить и представить интересы всего человечества, поскольку он составлял большинство. Тем не менее, очень небольшое число западных государств были против предложения большинства, в особенности тех, которые касаются правового статуса морского дна. В результате, развивающиеся страны обратились к понятию общего международного права. Они утверждали, что принципы общего наследия человечества, провозглашенные Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН о морском дне 1970 года, были принципами *jus cogens*. Этот аргумент был отвергнут меньшинством западных государств. Тем не менее, большинство во главе с Группой 77, продолжали опираться на понятие *jus cogens* в порядке навязывания конкретных решений в отношении норм морского дна. Группа 77 утверждала, что поскольку общее наследие человечества является нормой обычного права, которое имеет силу императивной нормы, то это одностороннее законодательство и ограниченные соглашения являются незаконными и, следовательно, были нарушения принципа. Другим примером может быть отношение правового характера принципа постоянного суверенитета над природными ресурсами, провозглашенные в ряде резолюции Генеральной Ассамблеи ООН.

Этот вопрос был поднят на Венской конференции по вопросу о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, архивов и государственных долгов. Проект конвенции о правопреемстве государств, содержащей правило, требующее, что соглашения, заключенные между государством-предшественником и новым независимым государством, касающиеся правопреемства в государственную собственность государства-предшественника, не «нарушает принцип постоянного суверенитета каждого народа над его богатствами и природными ресурсами». В своем комментарии к проекту статьи, содержащей эту норму, Комиссия международного права ООН отметила, что некоторые члены Комиссии выразили мнение о том, что соглашения, нарушающие принцип постоянного суверенитета, должны быть, в первую очередь, признаны недействительными. Опираясь на этот комментарий, развивающиеся государства заявили, что принцип постоянного суверенитета над богатствами и природными ресурсами был *jus cogens*. Конференция была также использована для придания характера *jus cogens* другим общим принципам, включая право народов на развитие, доступа к информации об их истории и на их культурное наследие. Идея привлечения некоторых из резолюций Генеральной Ассамблеи с точки зрения норм общего международного права, с просьбой, чтобы резолюции выражали достижение поддержки со стороны большинства государств, подвергся критике со стороны западных государств, которые заявляли о том, что резолюции, принятые Генеральной Ассамблей являются рекомендательными. Они не имеют обязательной силы. Таким образом, в то время как значительное большинство государств поддерживают законотворчество в рамках концепции *jus cogens* на сессии Генеральной Ассамблеи, вряд ли могло быть возможным, если только другие существенные элементы международного сообщества, а именно, западные государства, согласились бы сделать это. Тем не менее, три категории норм *jus cogens* нашли реальную поддержку, как это предложил немецкий ученый Ульрих Шеинер:

- 1) нормы, защищающие основы международного порядка (т.е. запрещение геноцида или применения силы в международных отношениях, за исключением самообороны);
- 2) нормы, касающиеся мирного сотрудничества в деле защиты общих интересов (например, свобода морей), а также правила защиты наиболее фундаментальных и основополагающих прав человека, и;
- 3) нормы по защите гражданского населения во время войны.

ГЛАВА 3 СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Введение

Субъекты Международного права, Ян Браунли¹²

Субъектом права является организация, которая способна обладать международными правами и обязанностями и имеющая способность осуществлять свои права путем предъявления международных претензий¹³. Это определение, хотя и условно, к сожалению, циркулярное, так как упомянутые указания зависят от наличия статуса юридического лица. Можно сказать, что организация такого типа, признанная нормами обычного права как способное обладать правами и обязанностями и предъявлять международные требования/претензии, и имеющая эти способности, возложенные на нее, является юридическим лицом. Если первое условие не выполняется, соответствующая организация еще обладает правосубъектностью очень ограниченного вида, зависящей от соглашения или согласия признанных юридических лиц и противопоставляемой на международном уровне соглашениям или уступкам. Основные формальные контексты, в которых возникает вопрос о субъектности: способность предъявлять претензии в связи с нарушениями международного права, возможность заключать международные договоры и соглашения, имеющие силу на международном уровне, а также пользование привилегиями и иммунитетами от национальных юрисдикций. Государства обладают этими возможностями и иммунитетами, да и признаки государственности, разработанные в рамках обычного права, предоставляют список признаков для определения правосубъектности в организациях. Помимо государств, организации также могут обладать этими способностями (дее/правоспособностью) и иммунитетами, при выполнении определенных условий. Первая из способностей, изложенных выше, для организации определенного типа, была установлена в Консультативном заключении в деле о Возмещении вреда. Первый доклад Уолдока, подготовленный Комиссией международного права по закону о договорах/соглашениях (по договорному праву), признал правоспособ-

¹² Ian Bronlie, *Principles of Public International Law*, 7th Ed. (Oxford University Press) [some citations omitted] [excerpt reprinted with permission of Oxford University Press].

¹³ Возмещение в случае травм, ICJ Reports (1949), 179.

ность международных организаций стать участниками международных соглашений, и это признание отразилось на существующей практике между организациями, а также между государствами и организациями. Наконец, в то время как организации, вероятно, не могут претендовать на привилегии и иммунитеты, как суверенное государство по праву, они могут претендовать на присуждение таких привилегий и иммунитетов. [...]

Государства и организации (при наличии соответствующих условий) представляют нормальный тип юридического лица в международном плане. Однако, реалии международных отношений не сводятся к простой формуле и картина несколько сложнее. Субъекты «нормального типа» имеют партнеров, которые создают проблемы, и также различные организации, включая самоуправляющиеся народы и личности (физические лица), обладают определенной правосубъектностью. Более того, выделение приемлемых видов субъектов по закону не соответствует истине, так как признание и согласие может принимать лицо, которое является неправильным/несоответствующим норме права, и все же имеющий сеть правовых отношений на международном уровне. Но, несмотря на сложности, надо также помнить первенство государств как субъектов права. Как отмечает профессор Фридман¹⁴.

Основная причина этой позиции состоит, конечно, в том, что «мир сегодня организован на основе сосуществования государств, и фундаментальные изменения произойдут только через действия государства, будь то положительные или отрицательные. Государства являются хранилищем/складом законной власти над народами и территориями. Только с точки зрения государственных полномочий, прерогатив, пределов юрисдикции и законотворческой возможности, территориальных границ и юрисдикции, ответственности за официальные действия, а также множество других вопросов сосуществования между народами, могут быть определены - это основное превосходство государства как субъекта международных отношений было бы существенно затронуто, и в конечном итоге заменено, если национальные субъекты/организации, как политические и правовые системы, были бы поглощены в мировом государстве.

2. Учрежденные юридические лица

(А) Государства

Эта категория самая главная и имеет свои проблемы. Существование «зависимых» государств с определенной квалификацией и делегированной правоспособностью усложняет картину, но, обеспечивая условия для

¹⁴ The Changing Structure of International Law (1964), 213.

существования государственности, «зависимое государство» сохраняет свою правосубъектность. Интересна позиция членов федеральных союзов. В конституции Швейцарии и государствах Германской Федеративной Республики составным участникам государства разрешено осуществлять определенную способность/дееспособность независимых государств, в том числе право заключать международные договоры. В нормальном случае, такие способности, вероятно, осуществляются в качестве агентов для союза, даже если соответствующие действия осуществляются под именем части государства. Однако, если союз возник как союз независимых государств, то внутренние отношения сохраняют международный элемент, а союз может выступать в качестве агента государств¹⁵. Конституция Соединенных Штатов позволяет штатам страны заключать соглашения с другими штатами или с иностранными государствами с согласия конгресса. В Канаде федеральное правительство имеет исключительное право заключать соглашения с иностранными государствами.

(Б) Политические образования, юридически соотносимые с государствами

Политические урегулирования в многосторонних и двусторонних договорах, время от времени производят политические субъекты, такие, как бывший вольный город Данциг, которые, обладая определенной автономией, фиксированной территорией и населением, а также некоторой юридической способностью в международном плане, скорее, являются государствами. Политически такие субъекты не суверенные государства в обычном смысле этого слова, но юридически различие очень незначительное. Договор происхождения субъекта и существование некоторых форм защиты со стороны международной организации - Лиги Наций в случае Данцига - имеет мало значения, если в результате субъект обладает автономией и потенциально создает более существенные правовые возможности, например, право заключать международные договоры для поддержания порядка, и осуществлять юрисдикцию на своей территории, а также иметь независимый закон о гражданстве. Судебная практика Постоянного суда признала, что Данциг обладал международной правосубъектностью, кроме рамок, установленных договорными обязательствами в отношении Лиги, а также Польши¹⁶. Особые отношения Данцига были основаны на статьях 100-8 Версальского договора. Лига Наций выполняла функции надзора, и Польша была помещена в управ-

¹⁵ Представляется, что это положение в Швейцарии.

¹⁶ См. вольный город Данциг и МОТ (1930), РС.І.І., серия В, нет. 18; и польских граждан в Данциге (1932), Серия / В, нет. 44, стр. 23-4. Германия оккупировала Вольный город в 1939 году и с 1945 года район был частью Польши.

ление внешних отношений Данцига. Результатом стал протекторат, правовой статус и конституция, которые были внешне контролируемые. Описывать юридические лица, как Данциг, в качестве «интернационализованных территорий» не очень целесообразно, так как это охватывает различные лица и ситуации, и напрашивается вопрос о правосубъектности.

(В) Кондоминиум

Кондоминиумы, как совместное осуществление государственной власти в пределах определенной территории с помощью автономной местной администрации, могут иметь сходство с субъектами вышеуказанного типа. Тем не менее, местная администрация может действовать только в качестве агентства государств, участвующих в кондоминиуме, и, как правило, даже его способность как агента ограничена¹⁷.

(Г) Интернационализованные территории

Ярлык «Интернационализованная территория» был применен авторами для различных правовых режимов. Он может быть применен очень свободно в таких случаях, как Данциг и Триест, где особый статус был создан многосторонним договором и защищен международными организациями. В таких случаях особый статус был прикреплен к лицам с достаточной независимостью и право- и дееспособностью, чтобы признать правосубъектность. Тем не менее, специальный статус такого рода может фиксироваться без создания юридического лица. Часть территории в рамках суверенного государства может быть наделена определенными правами автономии по международному договору, которое не ведет к какой-либо степени отдельной правосубъектности в международном плане: это было в случае с территорией Мемель, которая пользовалась особым статусом в период с 1924 по 1939 годы, но так и осталась частью Литвы. Другой тип режима, а именно международный, включает в себя эксклюзивное управление территорией международными организациями или их органом: это был режим, предложенный для города Иерусалима Советом по опеке в 1950 году, но который так никогда не осуществился. В таком случае, новое юридическое лицо не устанавливается, за исключением когда агентство международной организации может иметь определенную автономию (ниже).

¹⁷ См. 9 ICLQ (1960), 258. На Новые Гибриды, О'Коннелл, 43 ВУ (1968-9), 71-145.

(Д) Управление ООН территориями непосредственно перед обретением независимости

По отношению к территориям, выделенным Организацией Объединенных Наций, при режиме незаконной оккупации и квалифицированным к переходу к независимости, промежуточный переходный режим может быть установлен под наблюдением ООН. Таким образом, в заключительном этапе достижения независимости Намибии участвовали Совет Безопасности, Генеральная Ассамблея, и Группа ООН по помощи переходного периода, установленной резолюцией Совета Безопасности 435 (1978) от 29 сентября 1978 года.

В 1999 году продолжительный кризис, связанный с незаконной индонезийской оккупацией Восточного Тимора, был предметом решительных действий со стороны Совета Безопасности в резолюции 1272 (1999) от 25 октября 1999 года. Он учредил Временную администрацию Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе (ВАООНВТ) с поручением подготовить Восточный Тимор к независимости. ВАООНВТ обладал полной законодательной и исполнительной властью и взял на себя эту роль, независимо от какого-либо конкурирующего органа власти. После выборов, Восточный Тимор стал независимым в 2002 году.

(Е) Международные организации

Условия, при которых организация приобретает статус юридического лица на международном уровне, и не просто в качестве юридического лица в конкретной системе национального права, рассматриваются в главе 31. Самое важное лицо такого типа, конечно, Организация Объединенных Наций.

(Ж) Органы государств

Организации, действующие в качестве агентов государства, с делегированными полномочиями, могут иметь признак обладания отдельной правосубъектностью и значительной ответственностью на международном уровне. Таким образом, компоненты федеральных государств, вероятно, обладают правоспособностью заключать договоры, если это внутренне предусмотрено, как агенты федерального государства¹⁸. По соглашению, государства могут создавать совместные учреждения с делегированными полномочиями надзора, нормотворчества, и даже судебного характера.

¹⁸ См. Фицморис, ежегодник. ИЛС (1956), II, 118 п.; И Морин, 3 Canad. Ежегодник. (1965), 127-86. См. также проект статей о праве международных договоров, МКТ (1966), ст. 5 (2). О роли зафрахтованных компаний, таких, как Английская Ост-Индская компания и голландская Ост-Индская компания, см. Шварценбергера, международное право, i. (3-е изд.), 80-1; Макнейр, Мнения, i. 41,55, и награда-Пальмас, RIAA, II на стр. 858.

Примерами являются администрация кондоминиума¹⁹, арбитражный суд, Международная совместная комиссия, созданная в соответствии с соглашением о пограничных водах между Канадой и Соединенными Штатами в 1909 году²⁰, и бывшая Европейская комиссия (по Danube)²¹. С увеличением степени независимости и правовых полномочий конкретного учреждения, оно будет приблизительно равняться на международную организацию.

3. Специальные типы правосубъектности

(А) Несамоуправляющиеся народы

Совершенно независимо от вопроса защищенного статуса и правовых последствий, конкретных соглашений, в соответствии с которым территории были размещены под мандатом или попечительством, очень даже вероятно, что население «несамоуправляющихся территорий», в рамках смысла главы XI Устава Организации Объединенных Наций, обладают статусом юридического лица, хотя и особого типа. Это положение зависит от рассмотрения принципа самоопределения.

(Б) Национально-освободительные движения

В ходе антиколониальных действий проводившиеся в рамках Организации Объединенных Наций и в рамках региональных организаций, практики органов Организации Объединенных Наций и государств-членов был представлен юридический статус определенным национально-освободительным движениям. Большинство, но далеко не все, из народов, представленных такими движениями, приобрели государственность. В 1974 году Генеральная Ассамблея предоставила признание Анголе, Мозамбику, Палестинскому и Родезийскому движениям. Эти освободительные движения были признаны таковыми региональными организациями. Политические и правовые корни концепции национально-освободительных движений могут быть найдены в Декларации о принципах международного права, касательно дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (резолюция 2625 (XV), принятой без права голоса, 24 октября 1970 года, а также принципа самоопределения, в котором приобретателем выгоды является «народ».

Национально-освободительные движения могут и обычно имеют и другие роли, как де-факто правительства воюющих сообществ. Полити-

¹⁹ Supra, стр. 59; ниже, стр. 113-14.

²⁰ См. Бакстер, Закон международных водотоков (1964), 107.

²¹ Там же. 103-6, 126-9.

ческие организации, признанные освободительными движениями, имеют ряд юридических прав и обязанностей, наиболее значимые из которых следующие:

(А) На практике освободительные движения представлены правоспособностью заключать международные соглашения с другими международными юридическими лицами.

(Б) Права и обязанности, установленные общепризнанными принципами международного гуманитарного права. Положения Женевского протокола I от 1977 года применяются к конфликтам с участием национально-освободительных движений при выполнении определенных условий: см. статьи 1 (4) и 96 (3) Протокола.

(В) Правоспособность национально-освободительных движений находит свое отражение в праве участвовать в работе Организации Объединенных Наций в качестве наблюдателей, это право было прямо предоставлено в различных резолюциях Генеральной Ассамблеи. Таким образом, Организации освобождения Палестины (ООП) был предоставлен статус наблюдателя в резолюции 3237 (XXIX), принятой 22 ноября 1974 года.

В заключение необходимо вспомнить воздействие обозначения народов без самоуправления, занятых в процессе национального освобождения от колониальной (или доминирующей) власти. Колониальные власти не имеют, к примеру, правоспособность заключать договоры, влияющие на границы или статус территории, к которой применим процесс освобождения²².

(В) Государства *statu nascendi*

Для некоторых правовых целей удобно предполагать преемственность в политической организации и, таким образом, приводить в исполнение, после достижения государственности, правовые акты, возникающие до провозглашения независимости. Соображения, касающиеся принципа самоопределения и правосубъектности самоуправляющихся народов, конечно, могут укрепить доктрину непрерывности.

(Г) Юридическое толкование

Государственный правовой порядок может быть создан во временной плоскости для определенных целей, хотя политически он перестал существовать.

²² См. премии в делимитации морской границы между Гвинеей-Бисау и Сенегалом (1989): RIAA, Vol. XX, 138-9, пункты. 49-52.

(Д) Воюющие и повстанческие сообщества

На практике, воюющие и повстанческие группы в государстве могут вступать в законные/юридические отношения и заключать соглашения, действительные на международном уровне с государствами и другими воюющими сторонами и повстанцами. Сэр Джеральд Фитзмаурис приписал правоспособность заключать договоры «полугосударственным лицам, признанным обладающими определенной ограниченной формой международной правосубъектности, к примеру, восставшие общины признаются воюющей стороной - фактически органами власти, управляющими конкретной территорией». Это утверждение верно как вопрос принципа, хотя его применение к конкретным фактам требует осторожности. Статус определенного воюющего сообщества может быть нарушен соображениями в отношении принципа самоопределения и правосубъектности народов без самоуправления. Воюющие сообщества часто представляют собой политическое движение, направленное на независимость и отделение.

(Е) Образования SUI GENERIS

Хотя надлежащее внимание должно быть уделено именно правовой стороне, юрист не может позволить себе игнорировать лиц, которые имеют какое-то существование на международно-правовой арене, несмотря на аномальный характер. Действительно, роль политически активных организаций, таких, как воюющие общины, показывает, что в сфере правосубъектности, эффективность является влиятельным принципом. Кроме того, как и везде в законе, при условии, что правило общего международного права не нарушено, молчаливое согласие, признание и сфера действия добровольных двусторонних отношений могут сделать многое, чтобы избежать более негативных последствий аномалии. Некоторые из особых случаев могут быть очень кратко рассмотрены. В Договоре и Конкордате в 1929 году, Италия признала «Суверенитет Святого Престола в международной сфере и его исключительный суверенитет и юрисдикцию над городом Ватикан. Многие государства признают Святейший Престол, и имеют дипломатические отношения с ним. Святой Престол был участником международных конвенций, в том числе по морскому праву в 1958 году. Функционально, и с точки зрения его территориальной и административной организации, Город Ватикан, приравнен к государству. Тем не менее, он имеет определенные особенности. Он не имеет населения, за исключением резидентов и должностных лиц, и его единственной целью является поддержка Святого Престола в качестве религиозной организации. Некоторые юристы рассматривают Ватикан как государство, хотя его специальные функции ставят это под сомне-

ние. Тем не менее, он широко признан в качестве юридического лица со способностью заключать договоры. Его правосубъектность, кажется, основывается частично на приближенном сопоставлении с государством в функциях, несмотря на особенности, в том числе на родовом суверенитете Святого Престола, и частично на молчаливом согласии и признании существующими юридическими лицами. Более трудно решить вопрос о правосубъектности Святого Престола как религиозного органа помимо своей территориальной базы в городе Ватикан. Казалось бы, правосубъектность политических и религиозных учреждений такого типа может быть только по отношению к государствам, готовым вступать в отношения с такими учреждениями на международном уровне. Даже в сфере признания и двусторонних отношений, правовые способности учреждений как Суверенный орден в Иерусалиме и Мальте должны быть ограничены только потому, что они не имеют территориальных и демографических характеристик государства. В законе о войне статус упомянутого ордена лишь такой, как у «Общества милосердия», в рамках смысла Конвенции об обращении с военнопленными 1949 года, статья 125.

Двое других политических животных требуют классификации. «Изгнанные» правительства могут быть предоставлены значительными полномочиями на территории большинства государств, и принимать активное участие в различных политических сферах. Помимо добровольной уступки со стороны государств и использования изгнанных правительств как органов для незаконных действий против законно установленных правительств и государств, правовой статус изгнанных правительств является косвенным следствием законного условия общества, которое оно требует представлять, которое может быть государством, воюющим сообществом, или самоуправляющимся народом. На первый взгляд, такой правовой статус будет установлен с большей готовностью, если его исключение из сообщества, это результат действий, противоречащих общему международному праву, например, незаконное обращение к силе. И наконец, случай территории, правовой титул которой не определен, и которая населена, и имеет самостоятельное управление, создает проблемы. По аналогии на воюющие сообщества и специальные режимы, не зависящие от существования суверенитета того или иного государства (например, интернационализация территорий и подопечных территорий), общины, существующие на территории с таким статусом, могут рассматриваться как имеющие измененную правосубъектность, приравненную к государству. С одной стороны, учитывая факты, это ситуация Тайваня. С 1972 года Великобритания признала Правительство Народной Республики Китая в качестве единственного правительства Китая и подтверждает позицию

китайского правительства, что Тайвань является провинцией Китая. Возникает вопрос, является ли Тайвань «страной» в пределах определенного правового контекста²³.

(Ж) Физические лица

Не существует общего правила, что человек не может быть «субъектом международного права», и в конкретном контексте он выступает в качестве субъекта права на международной арене. В то же время классифицировать индивида как «субъекта» права будет бесполезным, так как это может подразумевать наличие способностей, которых нет и это не отменяет задачи различения индивидуального субъекта от других.

4. Спорные субъекты

Обращение к государствам и похожим политическим образованиям, к организациям, к самоуправляющимся народам, а также к физическим лицам, не исчерпывает подсчет учреждений, действующих на международной арене. Таким образом, корпорации муниципального права, будь то частные или публично-правовые корпорации, осуществляют предпринимательскую деятельность в одном или нескольких государствах, кроме государства, в рамках законодательства которого они были учреждены или в котором имеется их экономическое место. Ресурсов, имеющихся у отдельных корпораций может быть больше, чем у небольших государств, и они могут иметь мощную дипломатическую поддержку от правительств. Такие корпорации могут и должны заключать соглашения, в том числе концессионные соглашения с иностранными правительствами, и в этой связи, в частности, юристы утверждают, что отношения государства и иностранных корпораций в качестве таковых должны рассматриваться на международном уровне, а не как аспект нормальных правил, регулирующие положение иностранцев и их имущество на территории государства. В принципе, корпорации муниципального права, не обладают международной правосубъектностью. Таким образом, концессии или договора между государством и иностранными корпорациями не регулируются законом о договорах. Однако в настоящей связи следует отметить, что не всегда будет легко отличить корпорации, которые настолько тесно контролируются правительством, как государственные органы, с или без определенной степени автономии, и частные корпорации, не имеющие способности государства в международном праве. Станет ясно, что признание отдельной правосубъектности, особенным национальным зако-

²³ См. Роджерс против Фу Чэн Шэн, 31 ILR, 349; Reel против держателя [1981] 1 WLR 1226, 74 ILR, 105, CA.

ном не обязательно окончательно решает вопрос автономии для целей международного права. Таким образом, владение акциями может дать государству контрольный пакет акций в «частном праве корпораций».

Важные функции выполняются сегодня органами, которые были сгруппированы в «лейблы межправительственных корпораций частного права» и в «*etablisements publics internationaux*». Дело в том, что государства могут по договору создать юридические лица, статус которых регулируется национальным законодательством одной или нескольких сторон. Тем не менее, договор может содержать обязательства создать привилегированный статус в рамках национального законодательства или законы, которым следует корпорация. Стороны своим соглашением могут предоставить определенные иммунитеты созданным институтам, и возлагать на них различные полномочия. Если отмечена независимость сторон от национальных законодательств, то соответствующий орган может быть просто совместным агентством вовлеченных государств, с делегированными полномочиями, которые эффективны на международном уровне и с привилегированным положением по отношению к местным законодательствам относительно его деятельности. Если в дополнение к независимости от национального законодательства существует значительная доля делегированных полномочий, и также существуют органы с автономией в принятии решений и в нормотворчестве, то такой орган обладает характеристиками международной организации. Именно тогда, когда институт, созданный договором, имеет осуществимость и специальных функций, которые делают неуместным описание «совместного агентства», и все же имеет полномочия и привилегии, прежде всего в рамках национальных правовых систем и юрисдикций различных сторон, то это заставляет использовать особую категорию. Примером межправительственного предприятия такого рода является Eurofima, компания, созданная договором с участием четырнадцати государств, в 1955 году, с целью улучшения ресурсов железнодорожного подвижного материала. Соглашение учредило Eurofima как корпорацию в соответствии со швейцарским законом, с модификациями в этом законе, предусмотренными в договоре. Стороны договорились, что они будут признавать частный статус закона (Швейцария), как закреплено договором, в рамках своих правовых систем. Корпорация является международной по функции и четырнадцать участвующих железнодорожных администраций предоставляют соответствующий капитал. Корпорации также предоставлены льготы на международном уровне, в том числе освобождение от налогообложения в Швейцарии, в стране места нахождения. Несмотря на то, насколько может быть категория «*etablisements publics internationaux*»

полезной, это все же не инструмент точного анализа, и не представляет отдельный вид юридического лица в международном плане. Такая система является продуктом тесного переплетения национального и международного правового порядка на основе договора, а также характер продукта будет значительно варьироваться от случая к случаю.

5. Некоторые последствия

Содержание предыдущих разделов должно служить предупреждением против поверхностного обобщения предмета юридической правосубъектности. Учитывая сложный характер международных отношений и отсутствие централизованного корпоративного права, было бы странно, если бы правовая ситуация имела чрезмерную простоту. Число лиц с правосубъектностью для конкретных целей является значительным. Более того, число автономных органов увеличивается, если принимать во внимание органы государств и организаций с долей делегированных полномочий. Список кандидатов на правосубъектность, с которыми столкнется читатель, имеет определенное значение, и тем не менее такая процедура имеет некоторые трудности. Во-первых, многое зависит от отношения конкретного лица к различным аспектам материального права. Таким образом, физическое лицо в определенном контексте рассматривается как юридический субъект, и все же очевидно, что оно не может заключать международные договоры. Содержание проблем остается первостепенным. Далее, с учетом осуществления общего международного права, включая некоторые фундаментальные принципы, институты молчаливого согласия и признания принимали активное участие в развитии аномальных отношений. И, наконец, вторжение агентства и представительства создает проблемы, как в применении, так и в принципе. Таким образом, не всегда легко отличить зависимые государства с собственной правосубъектностью от подчиненного образования без независимости, совместные учреждения государств от организаций, или частные и государственные корпорации в той или иной степени контролируемые государством от самого государства.

Государства и государственность: аура суверенитета, Кристофер Блексли²⁴

1. Номенклатура, статус, и роль государств. В международной правовой системе термины «нации», «народы», «государства» и «государства-нации» используются как синонимы, и несколько неточно с социально-антропо-

²⁴ Christopher L. Blakesley, Edwin B. Firmage, Richard F. Scott, and Sharon A. Williams, *The International Legal System: Cases and Materials*, (5th ed. (2001), Ch. 2.

логической точки зрения, для обозначения юридически организованной политической структуры власти, которые являются высшей властью в стране, т. е. государствах. Эти организации уже давно, и до сих пор, основные структурные элементы политико-правового порядка планеты. На протяжении веков государства были признаны субъектами международно-правовой системы, где проживающие люди как таковые теоретически не имели никакого статуса, кроме как посредством своих государств. В классической теории государства являются «субъектами» «межгосударственного» права, которые они устанавливают для себя, либо принятыми обычаями или на основании специальных соглашений.

Государства традиционно имели практически исключительную роль в эволюции современной системы международного права. Некоторые ученые в последнее время видят международное право, почти полностью как продукт западного мира, вошедший в «современную» стадию в конце Тридцатилетней войны, с помощью договоров, принятых на Вестфалие в 1648 году, когда суверенное равенство перешло из нескольких ключевых монархий, Священной Римской империи, и Святого Престола, на ряд новых независимых государств [ссылки опущены].

Тем не менее, международные организации в настоящее время играют все более важную роль в качестве субъектов международного права. Можно увидеть, что региональные организации экономической интеграции (РОЭИ) в качестве наднациональных организаций, имеют новые полномочия действовать непосредственно и на юридических правах и обязанностях отдельных лиц, компаний и других субъектов государств-участников, а также непосредственно от государств-участников как таковых. Традиционные международные организации, которые обычно функционируют как центры сотрудничества между их государствами-членами, также в большей степени переходят в такие области права о правах человека, чтобы действовать непосредственно на правах и обязанностях отдельных индивидов и других негосударственных субъектов. Неправительственные организации также являются активными участниками развития и администрирования международного права, что видно в ценной работе Международного Комитета Красного Креста. В таких крупных сферах, как международная природная среда, права человека, мировая торговля и инвестиционное право, а также в развитии международного уголовного суда, неправительственные организации внесли замечательный вклад.

2. Элементы государственности. Определение государства в разделе 201 свода норм от 1987 года могут быть полезны: «субъект, который имеет определенную территорию и постоянное население под контролем его

собственного правительства, и который участвует или имеет возможность вступать в официальные отношения с другими такими лицами». Это определение не ссылается на какой-либо центральный правовой порядок, посредством которого эти факты должны быть определены. Отсутствие централизованного правового порядка для этой цели стоит в отличие от внутренней правовой системы, в которой юридические лица, такие, как корпорации, создаются с однозначными необходимыми юридическими порядками. Корпорация может быть определена как субъект, который был создан путем соблюдения предписанного порядка. В случае формирования субъекта, называемого государством, такого правового порядка не существует.

Государства

Определение государства Конвенция Монтевидео о правах и обязанностях государств²⁵

Статья 1

Государство как субъект международного права должно обладать следующими квалификациями: (а) постоянным населением, (б) определенной территорией; (в) правительством; и (г) способностью вступать в отношения с другими государствами.

Членство в Организации Объединенных Наций Устав ООН

Статья 3

Первоначальными Членами Организации Объединенных Наций являются государства, которые, приняв участие в Конференции в Сан-Франциско по созданию Международной организации или ранее подписав Декларацию Объединенных Наций от 1 января 1942 года, подписали и ратифицировали настоящий Устав в соответствии со статьей 110.

Статья 4

1. Прием в Члены Организации открыт для всех других миролюбивых государств, которые примут на себя содержащиеся в настоящем Уставе

²⁵ Подписана в Монтевидео 26 декабря 1933г., вступила в силу 26 декабря 1934г., Статья 8 подтверждена протоколом от 23 декабря 1936 г.

обязательства и которые, по суждению Организации, могут и желают эти обязательства выполнять.

2. Прием любого такого государства в Члены Организации производится постановлением Генеральной Ассамблеи по рекомендации Совета Безопасности.

***Определенная территория и постоянное население
Западная Сахара, Консультативное заключение, 1975***

75. Установив, что была отправлена просьба о консультативном заключении, которое компетентно и будет рассмотрено, для выполнения этой просьбы, Суд исследует два вопроса, которые были переданы ему резолюцией 3292 (XXIX) Генеральной Ассамблеи. Эти вопросы сформулированы так, что ответ на второй вопрос будет предоставлен только если ответ на первый вопрос будет отрицательным:

I. Была ли Западная Сахара (Рио-де-Оро и Эль-Хамра Сакиет) во время колонизации Испанией территорией, или никому не принадлежащей (ничейной землей - terra nullius)?

Если ответ на первый вопрос отрицательный,

II. Каковы правовые связи между этой территорией, Королевством Марокко и Мавританским образованием?

79. Обращаясь к вопросу 1, Суд отмечает, что запрос специально задан в контексте «времени колонизации Испанией», и поэтому очевидно, что слова «Была ли Западная Сахара. . . территорией, никому не принадлежащей (Ничейной землей)?» должен толковаться со ссылкой на закон, действовавший в тот период. Выражение «ничейной земли - terra nullius» было юридическим термином права, применимого в связи с «оккупацией», как одной из принятых правовых методов приобретения суверенитета над территорией. «Оккупация» это юридически оригинальный способ мирного приобретения суверенитета над территорией иначе, чем по уступке или правопреемству, что было кардинальным состоянием, действительно «оккупацией», то есть территорией никому не принадлежащей, ничейной землей - предполагавшейся во время действия, которое образует «оккупацию» (см. правовой статус Восточной Гренландии, РСІJ, серия/Б, № 53, стр. 44 f. и б3 сл.) Таким образом, по мнению Суда, определение того, что Западная Сахара является «ничейной землей» во время колонизации Испанией было бы возможно, только если бы было установлено, что в то время территория никому не принадлежала в смысле, что тогда она

была открыта для приобретения посредством юридического процесса «оккупации».

80. Несмотря на все разногласия, существующие среди юристов, практика государств соответствующего периода указывает, что территории, населенные племенами или народами, а также с социальной и политической организацией не рассматривалась в качестве «ничейной земли». Она показывает, что в случае таких территорий приобретение суверенитета не считалось осуществленным в одностороннем порядке через «оккупацию» ничейной земли под оригинальным названием, но на основе соглашений, заключенных с местными правителями. В отдельных случаях, правда, слово «оккупация» было использовано не в техническом смысле, обозначающем просто приобретение суверенитета, но это не означает, что приобретение суверенитета через такие соглашения с властями страны считались «оккупацией» «ничейной земли» в прямом смысле этих терминов. Напротив, такие соглашения с местными правителями рассматривались как фактическая «уступка» территории, как производные корни названия, а не оригинальные названия, полученные оккупацией «ничейной земли».

81. В данном случае, информация, представленная в суд, показывает, что во время колонизации Западной Сахары, населенные народы, если они были кочевниками, были социально и политически организованы в племена с компетентными руководителями, чтобы представлять их интересы. Она также показывает, что в колонизации Западной Сахары, «Испания не исходила из того, что она устанавливала свой суверенитет над «ничейными землями». В своем Королевском ордене от 26 декабря 1884 года, не рассматривая случаи оккупации ничейной земли, король Испании объявил, что король принимает Рио-де-Оро под свою защиту на основе соглашений, которые были заключены с руководителями местных племен: орденом называются прямо «документы, подписанные независимыми племенами этой части побережья» «с представителем «Sociedad Esrafiola de Africanistas», и также было объявлено, что король подтвердил «приверженность дела» в Испании. Кроме того, в ходе переговоров с Францией о пределах испанской территории к северу от Рио-де-Оро, то есть в районе Эль-Хамра Сакиета, Испания не полагалась на какие-либо основания суверенитета над ничейной землей.

82. Перед судом были высказаны различные мнения о характере и юридическом значении соглашений между государством и местными вождями. Но суд не задавал вопрос 1 на юридический характер или законность титулов, которые привели Испанию к положению управляющей державы

Западной Сахарой. Спрашивается только, являлось ли государством Западная Сахара (Рио-де-Оро и Эль-Хамра Сакиет) во время колонизации Испанией, или «территорией, никому не принадлежащей (ничейной землей)». Что касается этого вопроса, Суд считает, что по причинам, которые он дал, его ответ должен быть отрицательным. Соответственно, суд не считает необходимым ответ на вопрос об истинности или ложности мнения Марокко, что территория не была ничейной землей в то время, потому что местные племена, как он утверждает, были затем под суверенитетом султана Марокко, ни мнения Мавритании, что территория не была ничейной землей, потому что местные племена, по ее мнению, образуются в часть «Билад Шингути» или мавританскую единицу. Любые выводы, которые Суд может достичь по отношению к любой из этих точек зрения, не может изменить отрицательный характер ответа, который, по другим причинам, уже изложенным, он обнаружил в качестве ответа на вопрос 1.

87. Западная Сахара (Рио-де-Оро и Эль-Хамра Sakiет) является территорией, имеющей особые характеристики, которые, во время колонизации Испании, во многом определяют образ жизни и социально-политической организацией народов, населяющих ее. Следовательно, правовой режим Западной Сахары, в том числе его правовых отношений с соседними территориями, не может быть правильно оценен без ссылки на эти особенности. Территория является частью великой пустыни Сахара, которая простирается от атлантического побережья Африки до Египта и Судана. Во время ее колонизации Испанией, площадь этой пустыни, пользовалась, в связи с ее низкими и редкими осадками, почти исключительно кочевниками для выпаса своих животных и выращивания сельскохозяйственных культур, так как для этого условия были благоприятными. Можно сказать, что территория, на момент ее колонизации, имела редкое население, и что большей частью состояла из кочевых племен, члены которой проходили пустыню на более или менее регулярных маршрутах, продиктованных сезонами и колодцами или скважинами воды, доступными для них. В общем, суду сообщалось, что право на пастбище использовалось сообща этими племенами, некоторые районы были пригодны для возделывания. Многолетние источники воды, в принципе, считаются собственностью племени, которые разрабатывают их в эксплуатацию, хотя их использование также было открыто для всех, при уплате определенных таможенных сборов, а также регламентировалось количество взятой воды. Кроме того, многие племена, как известно, признали могильники, которые составляли объединяющий фактор для себя и для союзных племен. Еще одна особенность жизни в регионе, в соответствии с информацией, представленной перед судом, было то, что межплеменной конфликт не был редкостью.

88. Эти разные точки притяжения племени к отдельным местностям были отражены в его кочевых маршрутах. Но, для наших целей важно то, что редкость ресурсов и скачкообразный характер осадков вынуждал кочевые племена проходить очень широкие области пустыни. Как следствие, никакие кочевые маршруты не были ограничены Западной Сахарой, некоторые прошли также через районы южного Марокко, или современной Мавритании и Алжира, а некоторые даже путем дальних стран. Все племена были исламской веры и вся территория лежала в Дар аль-Ислам. В общем, власть в племени принадлежала шейху, при условии согласия «Juma'a», то есть собрания его ведущих членов, и у племени было свое обычное право, применяемое в сочетании с законом Корана. Не редко одно племя было связано с другим, либо зависимостью или альянсом, по племенной сути, а не по территориальной, связями верности или вассальной зависимостью.

89. Именно в контексте такой территории, и такой социально-политической организации населения, Суд должен был рассмотреть вопрос о «правовой связи» между Западной Сахарой и Королевством Марокко и Мавританией во время колонизации Испанией. По завершении устного судопроизводства, как стало видно, Марокко и Мавритания приняли общие позиции по ответу, предоставляемому Судом на вопрос II. Утверждения, на которых они, соответственно, основывали правовые связи, которые как они утверждают, были с Западной Сахарой во время ее колонизации Испанией, однако они были разные, и в какой-то степени противоположны.

Суд, таким образом, будет рассматривать их отдельно.

Принцип равенства государств

Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций²⁶

ПРЕАМБУЛА

Генеральная Ассамблея,

вновь подтверждая, что, согласно Уставу Организации Объединенных Наций, поддержание международного мира и безопасности и развитие дружественных отношений и сотрудничества между государствами входят в число основных целей Организации Объединенных Наций,

напоминая, что народы Организации Объединенных Наций преисполнены решимости проявлять терпимость и жить сообща друг с другом в условиях мира, как добрые соседи,

имея в виду все значение поддержания и укрепления международного мира, основанного на свободе, равенстве, справедливости и уважении основных прав человека, а также развития дружественных отношений между государствами, независимо от их политических, экономических и социальных систем и от уровня их развития,

имея в виду также первостепенное значение Устава Организации Объединенных Наций для установления правовых норм в отношениях между государствами,

считая, что добросовестное соблюдение принципов международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, и добросовестное выполнение в соответствии с Уставом обязательств, взятых государствами, имеют важнейшее значение для поддержания международного мира и безопасности, для достижения других целей Организации Объединенных Наций,

отмечая, что крупные политические, экономические и социальные перемены и научный прогресс, которые произошли в мире со времени

²⁶ U.N. General Assembly, Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, General Assembly resolution 2625 (XXV), of 24 October 1970. GAOR (25th Sess., 1883 Plen Mtg), UN Doc A/Res/2625.

принятия Устава, повышают значение этих принципов и необходимость их более эффективного применения в деятельности государств, где бы она ни осуществлялась,

ссылаясь на установленный принцип, согласно которому космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, не подлежит национальному присвоению ни путем провозглашения суверенитета над ними, ни путем их использования или оккупации, ни любыми другими средствами, и имея в виду, что в Организации Объединенных Наций рассматривается вопрос об установлении других соответствующих положений, вдохновляемых подобными же соображениями,

будучи убеждена в том, что строгое соблюдение государствами обязательства не вмешиваться в дела любого другого государства является существенно важным условием для обеспечения того, чтобы нации жили сообща друг с другом в условиях мира, поскольку практика вмешательства в какой бы то ни было форме не только представляет собой нарушение духа и буквы Устава, но также ведет к созданию ситуаций, которые ставят под угрозу международный мир и безопасность,

напоминая об обязанности государств воздерживаться в своих международных отношениях от военной, политической, экономической или какой-либо другой формы давления, направленного против политической независимости или территориальной целостности любого государства,

считая существенно важным, чтобы все государства в своих международных отношениях воздерживались от угрозы силой или ее применения как против территориальной целостности или политической независимости любого государства, так и каким-либо иным образом, несовместимым с целями Организации Объединенных Наций,

считая в равной степени существенно важным, чтобы все государства решали свои международные споры мирными средствами в соответствии с Уставом,

вновь подтверждая в соответствии с Уставом основополагающее значение суверенного равенства и подчеркивая, что цели Организации Объединенных Наций могут быть достигнуты лишь в том случае, если государства пользуются суверенным равенством и полностью соблюдают в своих международных отношениях требования этого принципа,

будучи убеждена в том, что подчинение народов иностранному игу, господству и эксплуатации является крупным препятствием на пути установления международного мира и безопасности, будучи убеждена в том, что принцип равноправия и самоопределения народов является

существенным вкладом в современное международное право и что его эффективное применение имеет первостепенное значение для содействия развитию дружественных отношений между государствами, основанных на уважении принципа суверенного равенства,

убеждена поэтому в том, что любая попытка, направленная на частичное или полное нарушение национального единства и территориальной целостности государства или страны или их политической независимости, несовместима с целями и принципами Устава.

Консультативное заключение о Законности угрозы или применения ядерного оружия, 1996

Особое мнение судьи Шахабуддин и судьи Виранантри²⁷

[стр. 417 О.М. Шахабуддин] Трудности представлены и в том, что что-то является неотъемлемым для некоторых государств, но является отчуждаемой для других. Это атрибут суверенитета, когда государство может по соглашению сдерживать осуществление своих полномочий, однако, как далеко оно может зайти в этом без потери своего статуса государства – это другой вопрос²⁸. Поскольку право на самооборону является «неотъемлемым» для государства, то невозможно представить себе государственность, у которого этого бы не было. Рассмотрим иллюстрацию на резолюцию Генеральной Ассамблеи 49/10 от 3 ноября 1994 года

«подтверждая ..., что Республика Босния и Герцеговина являясь суверенным, независимым государством и членом Организации Объединенных Наций, она должна обладать всеми правами, предусмотренными в Уставе Организации Объединенных Наций, включая право на самооборону в соответствии со статьей 51».

Условия для осуществления права на самооборону - это другое дело. Однако, до сих пор, такое право под сомнением, если оно как таковое включает право на применение ядерного оружия. Это было, несомненно, по причине дела, возбужденного Всемирной организацией здравоохранения, где было отмечено, что «отрицать для жертвы агрессии право использовать оружие, которое могло бы спасти ее было бы насмешкой для неотъемлемого права на самооборону»²⁹. Аргумент

²⁷ I.C.J. Reports, 8 July 1996, p. 226-227

²⁸ См. аргументом М. Яссин в I.C.J. Pleadings, интерпретация Соглашения от 25 марта 1951 между ВОЗ и Египтом, стр. 298-299...

²⁹ Заявление правительства Соединенного Королевства (пункт 24), по делу

понятный, основанный на предпосылке, что право на применение ядерного оружия является частью неотъемлемого права на самооборону. Вопрос в том, является ли такое понимание правильным. Ибо, если оно верно, то, тем самым, есть трудности в том, что государства не обладающие ядерным оружием, являясь участниками ДНЯО, расстаются с таким принципиально важным аспектом их неотъемлемого права на самооборону.

[стр. 526-527 О.М.Виранантри] Как и во всех разделах международной правовой системы, концепции равенства встроены в текстуру законов и обычаев войны.

Другая аномалия в том, что если, согласно обычному международному праву, применение оружия является законным, то это несовместимо с отрицанием, 180 из 185 членов Организации Объединенных Наций, даже права на владение этим оружием. Обычное международное право не может работать так неравномерно, особенно если, как утверждается, для ядерных держав, использование оружия необходимо для самообороны. Самозащита является одним из самых ценных прав государств и признаваемо статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций в качестве неотъемлемого права каждого государства-члена Организации Объединенных Наций. Совершенно неприемлемо утверждение, что это право предоставлено в различной степени для разных членов семьи Организации Объединенных Наций.

Де-факто неравенство всегда существует и будет существовать до тех пор, как мировое сообщество состоит из суверенных государств, которые неравны в отношении размеров, силы, богатства и влияния. Но большой концептуальный скачок сделан в переводе фактического неравенства в неравенство де-юре. Именно такой скачок, который производится теми, кто выступает, например, за то, чтобы в протоколы к Женевским конвенциям не вносить положения о запрещении применения ядерного оружия, но также, чтобы не было косвенного признания законности их использования для ядерных держав. Такое молчание означает согласие, чтобы не иметь дело с вопросом согласия на законность использования. «Понимание», которого придерживаются США и Соединенное Королевство, выражается в том, что правила, установленные или вновь введенные в 1977 году Дополнительным протоколом к четырем Женевским конвенциям 1949, не будут регулировать или запрещать применение ядерного оружия, но и не подрывают основные принципы, которые предшествовали этим официальным соглашениям и получили выражение в них. Они опираются

о законности применения государством ядерного оружия в вооруженных конфликтах (Запрос консультативного заключения)

не на концептуальные или юридические причины. И это концептуально невозможно рассматривать молчание этих договорных положений как отмену или предопределение этих принципов.

Вопрос государственности

Дело о сухопутной и морской границе (Камерун против Нигерии), 2002³⁰

Особое мнение судьи Аджибола

[стр. 568-569. О.М Аджибола] 93. Суд согласен с Камеруном в том, что он не принимает представления Нигерии, что города-государства Старого Калабара обладают международной правосубъектностью. Камерун считает, что это миф или вид миража. Он утверждает, что города-государства Старого Калабара не могут претендовать на звание международного юридического лица, отделенного от государства Нигерии. Во время устного разбирательства адвокат для Нигерии спорил о городах-государствах Старого Калабара следующим образом: «Эти Города-государства были владельцами оригинальных исторических титулов на города и их зависимые территории, и полуостров Бакасси был долго зависимой территорией Старого Калабара» (Там же, Вып. I, стр. 67 пункт 5,2.).

94. Хотя Камерун признает, что «[б] без сомнения, Эфик-торговля произошла на обширной территории, которая в настоящее время является юго-восточной Нигерией, и западным Камеруном» (Ответ Камеруна, Vol. I, стр. 247, пункт 5,24), однако, он утверждает, что были и другие этнические группы в этой области полуострова Бакасси, которые в то время показали «сложный узор человеческих поселений» (там же, Вып. I, стр. 247, пункт 5,24).

95. При принятии решения о том являются ли города-государства Старого Калабара международным юридическим лицом, следует посмотреть на характер договора, заключенного между Великобританией, царями и вождями Старого Калабара в 1884 году. Во-первых, это не первый договор такого рода, подписанный царями и вождями. Как я уже говорил, Великобритания подписала в целом 17 договоров такого рода с царями и вождями Старого Калабара. Во-вторых, Великобритания относилась к

³⁰ Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening. Judgment of 10 October 2002 (excerpt of Dissenting Opinion of Judge Ajibola) paragraphs 93-95 of the decision. See Max Planck website.

ним не как к простым соглашениям, декларациям или обмену нотами, но, как к договору на ц, то есть Договор с царями и вождами Старый Калабара от 10 сентября 1884 года (контрмеморандум Нигерии, Вып. IV, Энн. NC-M 23, стр. 109). Как же тогда Великобритания подписала бы документ, и называла бы его договором, если бы он не был таковым? Это было бы названо «постановлением», если бы это был документ с колонией Великобритании. Поэтому нет сомнений, что города-государства Старого Калабара обладают международной правосубъектностью.

Возникновение новых государств: декларация о независимости народа – признание нового государства

Консультативное заключение по делу о Косово, 2010³¹

IV. Вопрос соответствия декларации о независимости международному праву

78. Суд переходит к существу просьбы Генеральной Ассамблеи. Суд напоминает, что Генеральной Ассамблеи было предложено определить соответствие декларации независимости от 17 февраля 2008 года «международному праву» (резолюция 63 / 3 Генеральной Ассамблеи, 8 октября 2008 г.). Суд, в первую очередь, обратит свое внимание на некоторые вопросы относительно законности декларации независимости в соответствии с общим международным правом, на фоне которых поставленный вопрос и должен быть рассмотрен, и следует изучить и применить резолюцию Совета Безопасности 1244 (1999). Как только эта общая основа будет определена, суд обратится к правовой обоснованности резолюции Совета Безопасности 1244 (1999), а также определит, создает ли резолюция специальные правила и вытекающие из них обязательства в соответствии с международным правом, применимые к поднятым вопросам настоящего заявления, и имеющие отношение к законности декларации независимости от 17 февраля 2008 года.

³¹ International Court Of Justice, 22 July 2010. Accordance With International Law Of The Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo.

А. Общее международное право

79. В восемнадцатом, девятнадцатом и начале двадцатого веков были многочисленные случаи провозглашения независимости, и часто государство, от которого объявлялось отделение, усиленно выступало против этого. Иногда декларации приводили к созданию нового государства, а в других случаях этого не происходило. Однако, практика государств в целом показывает, что ни в коем случае, декларации не рассматривались как противоречащие международному праву. Напротив, практика государств в течение этого периода ясно указывает на вывод, что международное право не содержит запрета на декларацию независимости. Во второй половине двадцатого века, международное право на самоопределение было разработано таким образом, чтобы создать право на независимость для народов и территорий без самоуправления и народов, подлежащих иностранному подчинению, господству и эксплуатации (см. Правовые последствия для государств вследствие продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию Совета Безопасности 276 (1970), консультативное заключение, ICJ Reports 1971, стр. 31-32, пункты 52-53; Восточный Тимор (Португалия против Австралии), решение, ICJ Reports 1995, р. 102, пункт 29; Правовые последствия Стрительства стены на оккупированной палестинской территории, консультативное заключение, ICJ Отчеты 2004 (I), стр. 171-172, пункт 88). Очень много новых государств возникли в результате осуществления этого права. Были, однако, и случаи провозглашения независимости вне этого контекста. Практика государств в этих последних случаях не указывает на появление в международном праве нового правила, запрещающего делать провозглашение независимости в таких случаях.

80. Несколько участников разбирательства в суде утверждали, что запрет на одностороннее провозглашение независимости подразумевается в принципе территориальной целостности. Суд напоминает, что принцип территориальной целостности является важной частью международного правопорядка и закреплен в Уставе Организации Объединенных Наций, в частности, в статье 2, пункт 4, который предусматривает, что:

«Все члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы или использования силы против территориальной целостности или политической независимости любого государства или от каких-либо других методов, несовместимых с Целями Объединенных Наций». В резолюции Генеральной Ассамблеи 2625 (XXV), озаглавленной «Декларация о принципах международного права, касательно дружественных отношений и сотрудничества между государствами в

соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций», отражается обычное международное право (Военная и полувоенная деятельность внутри и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), Суждение, I.C.J. Reports 1986, стр. 101-103, пункты. 191-193), и Генеральная Ассамблея подтвердила еще раз «[п] принцип, согласно которому государства воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или использования силы против территориальной целостности или политической независимости любого государства». Эта резолюция затем перечислила различные обязательства, возлагаемые на государства по воздержанию от нарушения территориальной целостности других суверенных государств. В том же ключе, Заключительный акт Хельсинкского совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г. (Хельсинкской конференции) говорит, что «Государства-участники будут уважать территориальную целостность каждого из государств-участников» (ст. IV). Таким образом, сфера применения принципа территориальной целостности сводится к сфере отношений между государствами.

81. Некоторые участники ссылались на резолюции Совета Безопасности, признавая негодными определенные декларации независимости: см., в частности, резолюции Совета Безопасности 216 (1965) и 217 (1965) в отношении Южной Родезии; резолюции Совета Безопасности 541 (1983) в отношении Северного Кипра, а также Резолюции Совета Безопасности 787 (1992) в отношении Сербской Республики. Однако, суд отмечает, что во всех этих случаях Совет Безопасности выносил постановления в отношении конкретной ситуации, существовавшей на момент провозглашения независимости; незаконность характерная декларации независимости, таким образом, вытекает не из одностороннего характера этих деклараций, как таковой, но из того, что они были, или были бы, связаны с незаконным использованием силы или других вопиющих нарушений норм общего международного права, в частности тех, что имеют императивный характер (*jus cogens*). В связи с Косово, Совет Безопасности никогда не принимал эту позицию. Исключительный характер резолюций, перечисленных выше, представляется в суд с просьбой подтвердить, что нет общего запрета на одностороннее провозглашение независимости, которое может быть заключено из практики Совета Безопасности.

82. Некоторое количество участников в ходе нынешнего разбирательства утверждали, хотя только как второстепенный аргумент то, что население Косово имеет право на создание независимого государства, либо как проявление права на самоопределение или в соответствии с тем, что по их словам, право на «правозащитный выход» перед лицом

ситуации в Косово. Суд уже отметил (см. пункт 79 выше), что одним из главных событий международного права во второй половине XX века была эволюция права на самоопределение. Вне контекста о не самоуправляющихся территориях и народах, подлежащих иностранному подчинению, господству и эксплуатации, дает ли международное право на самоопределение определенной части населения существующих государств, право отделиться от этого государства, который, однако, является объектом, по которому радикально высказывались различные точки зрения теми, кто принимал участие в работе и выражал позицию по этому вопросу. Подобные различия существовали относительно того, предусматривает ли международное право «правозащитный выход», и если да, то при каких обстоятельствах. Существовало также резкое расхождение во мнениях относительно того, существовали ли в Косово на самом деле обстоятельства, утверждаемые некоторыми участниками, которые порождают право на «правозащитный выход».

83. Суд считает, что нет необходимости решать эти вопросы в данном случае. Генеральная Ассамблея просила мнения суда лишь о соответствии декларации независимости международному праву. Дебаты относительно степени права на самоопределение и существование каких-либо прав на «правозащитный выход», однако, касаются права отделиться от государства. Как Судом уже отмечалось (см. пункты от 49 до 56 выше), почти все участники согласились с тем, что проблема выходит за рамки вопроса, поставленного Генеральной Ассамблеей. Чтобы ответить на этот вопрос, суду нужно только определить, нарушает ли декларация независимости либо общее международное право или *Lex specialis*, созданный резолюцией Совета Безопасности 1244 (1999).

84. По уже имеющимся причинам, Суд считает, что общее международное право не содержит применимого запрета на провозглашение независимости. Соответственно, Суд делает вывод, что декларация независимости от 17 февраля 2008 года не нарушает общего международного права. Приходя к этому выводу, суд переходит к правовому соответствию резолюции 1244, принятой от 10 июня 1999 года.

Европейское сообщество: Декларация об образовании новых государств и Югославии [16 Декабря 1991]³²

Европейское сообщество и его государства-члены обсудили ситуацию в Югославии в свете их руководства, касающееся признания новых государств в Восточной Европе и в Советском Союзе. Они приняли общую позицию в отношении признания югославских республик - В связи с этим они пришли к следующим выводам: Сообщество и его государства-члены соглашаются признать независимость всех югославских республик, выполняющих все условия, изложенные ниже. Выполнение этого решения состоится 15 января 1992 года. По этой причине они приглашают все югославские республики, чтобы они до 23 декабря сообщили:

- хотят ли они быть признанными в качестве независимых государств;
- принимают ли они обязательства, содержащиеся в вышеупомянутых руководствах; [Воспроизводится из Европейского политического сотрудничества Пресс-релиз П. 129/91. [Вводное примечание к отбору документов, касающихся ситуации в бывшей Югославии, появляется в 31 ILM 1421 (1992). Подборка документов включает в себя резолюции Совета Безопасности ООН, 31 I.L.M 1427 (1992); Мнения Конференции Арбитражной Комиссии по Югославии, Вводные замечания, 31 I.L.M.L 1488 (1992); Документы, принятые на Лондонской Международной конференции по бывшей Югославии, 31 ILM 1527 (1992), а также доклад Генерального секретаря ООН о международной конференции по бывшей Югославии, 31 ILM 1549 (1992).]
 - принимают ли они положения, изложенные в проекте Конвенции – особенно те, что в главе II о правах человека и правах национальных или этнических групп – по рассмотрению Конференции по Югославии;
 - продолжают ли они поддерживать усилия Генерального секретаря и Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, и продолжение конференции по Югославии.

Заявки тех республик, чьи ответы положительные, будут представлены через Председателя Конференции Арбитражной Комиссии для рекомендации до дня введения в действие. В то же время, Сообщество и его государства-члены просят Генерального Секретаря ООН и Совет Безопас-

³² 31 I.L.M. 1485 (1992) Extraordinary IPC Ministerial Meeting/Brussels, 16 December 1991.

ности ООН продолжить свои усилия по установлению эффективного прекращения огня и содействовать мирному и согласованному разрешению конфликта. Они по-прежнему придают большое значение раннему вводу в действие миротворческих сил, упомянутых в резолюции Совета Безопасности ООН 724. Сообщество и его государства-члены также требуют от Республики Югославии взять на себя обязательства, до признания, принять конституционные и политические гарантии, обеспечивающие, что она не имеет территориальных претензий к соседнему государству сообщества и что она не будет проводить враждебную пропагандистскую деятельность против соседнего Государства сообщества, в том числе использование наименования, которое подразумевает территориальные претензии.

Декларация о «руководстве по признанию новых государств в Восточной Европе и в Советском Союзе»³³

в соответствии с просьбой Совета Европы, министры оценили события в Восточной Европе и в Советском Союзе с целью разработки подхода относительно отношений с новыми государствами.

В связи с этим они приняли следующие руководящие принципы, касающиеся официального признания новых государств в Восточной Европе и в Советском Союзе:

«Сообщество и его государства-члены подтверждают свою приверженность принципам Хельсинкского Заключительного Акта и Парижского Устава 1487, в частности, принципу самоопределения. Они подтверждают свою готовность признать с учетом обычных норм международной практики и политических реалий в каждом конкретном случае, те новые государства, которые после исторических изменений в регионе, учредили себя на демократической основе, приняли соответствующие международные обязательства и добросовестно взяли на себя обязательства мирного процесса и переговоров.

Таким образом, они вырабатывают общую позицию по процессу признания этих новых государств, которая требует: - уважение к положениям Устава Организации Объединенных Наций и к обязательствам, подписанным в Заключительном акте Хельсинки и Парижской хартии, особенно с точки зрения верховенства закона, демократии и прав человека; - гарантии прав этнических и национальных групп, и меньшинств в соответствии с обязательствами, подписанными в рамках СБСЕ; - уважение непри-

³³ 31 I.L.M. 1486 (1992).

косновенности всех границ, которые могут быть изменены только мирным путем и по взаимному согласию; - принятие всех соответствующих обязательств в отношении разоружения и нераспространения ядерного оружия, а также безопасности и региональной стабильности; - обязательство разрешить путем соглашения, в том числе в случае необходимости путем обращения в арбитраж, все вопросы, касающиеся правопреимства государства и региональных споров. Сообщество и его государства-члены не будут признавать образования, являющиеся результатом агрессии. Они будут учитывать последствия от признания на соседние государства. Обязательства по этим принципам открывают путь к признанию Сообществом и его государствами-членами, и установлению дипломатических отношений. Это может быть оговорено в соглашениях. Брюссель, Гаага, 16 декабря 1991 года.

Правопреимство государств

Проект Габчикова-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997³⁴

123. Для целей настоящего дела Суд не считает необходимым входить в обсуждение статьи 34 Конвенции 1978 года, отражая состояние обычного международного права. Более подходящим к его настоящему анализу является особая природа и характер Договора 1977 года. Рассмотрение настоящего Договора подтверждает, что, помимо своей несомненной природы в качестве совместного инвестирования, ее основными элементами являлись предлагаемые строительство и совместная эксплуатация большого и неделимого комплекса сооружений и установок по конкретным частям соответствующих территорий Венгрии и Чехословакии по Дунаю. Договором также установлен навигационный режим для важного сектора международных водных путей, в частности, перемещение основных международных судоходных путей на обводной канал. При этом он неизбежно создал ситуацию, в которой интересы других пользователей Дуная были затронуты. Кроме того, интересы третьих государств были прямо признаны в статье 18, согласно которой стороны взяли на себя обязательство обеспечить «бесперебойное и безопасное судоходство по международным фарватерам» в соответствии с их обязательствами по Конвенции от 18 августа 1948 года относительно режима судоходства на Дунае.

³⁴ I.C.J. Reports, Judgment of 25 September 1997, pp. 71-72

В своем комментарии по проекту статей о правопреемстве государств в отношении договоров, принятых на ее двадцать шестой сессии, Комиссия международного права определила, что “договоры территориального характера”, рассмотренные как в традиционной доктрине, так и в современном мнении, не изменяются с правопреемством государств (Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по вопросу о правопреемстве Государств в отношении договоров, Вып. III, док. / CONF 80/16/Add.2, стр. 27, пункт. 2). Проект текста статьи 12, которая отражает этот принцип, впоследствии был принят без изменений в 1978 году в Венской конвенции. Суд считает, что статья 12 отражает норму обычного международного права, он отмечает, что ни одна из сторон не оспаривает это. Кроме того, Комиссия указала, что «договоры о правах на воду или навигации на реках, как правило, рассматриваются в качестве кандидатов для включения в категории территориальных договоров» (там же, стр. 33, пункт 26). Суд отмечает, что без ссылок на сам договор статья 12 предоставляет права и обязанности территориального характера, установленные договором и не затрагивающие правопреемство государств, по-видимому, чтобы оказать поддержку позиции Венгрии, а не Словакии.

Однако Суд пришел к выводу, что эта формулировка была придумана, принимая во внимание тот факт, что во многих случаях договоры, которые создавали территориальные границы или режимы, больше были не в силе (там же, стр. 26-37). Те, что остались в силе, тем не менее, связывают государства-преемники.

Принимая во внимание все эти факторы, суд считает, что содержание договора 1977 указывает на то, что его следует рассматривать как установление территориального режима по смыслу статьи 12 Венской конвенции 1978 года. Она создает права и обязанности по «присоединению» к части Дуная, до которой она относится, таким образом, сам Договор не может быть затронут правопреемством государств. Поэтому Суд пришел к выводу, что Договор 1977 года стал обязательным для Словакии с 1 января 1993 года.

Представитель государственного института

Применение Конвенции о предупреждении и наказании за преступление геноцида (Босния и Герцеговина против Югославии), Международный Суд ООН, 1996³⁵

Особое мнение судьи Креча

[стр. 681 О.М. Креча] 23. В свете содержания Дейтонских соглашений и, в частности, в свете нынешнего положения дел, Босния и Герцеговина может быть квалифицирована с точки зрения международного права, как государство в «*statunascendi*». На момент вступления в силу Дейтонских соглашений Республика Босния и Герцеговина, как государство в рамках административных границ бывшей югославской федеральной единицы, не обладало буквально соответствующим атрибутом государства с точки зрения международного права.

[стр. 684 О.М. Креча] В настоящее время отсутствие важнейших элементов государства с точки зрения международного права делает Боснию и Герцеговину в рамках ее административных границ государством «*sui generis*»: сочетание договорных отношений двух лиц с сильно установленным элементом международного протектората. Это состояние выражается на двух уровнях, то есть

- (а) фактический уровень, как это отражено в положении СВС. Эти, по определению, «многонациональные военные Силы по выполнению Соглашения»³⁶, развернутые в Боснии и Герцеговине, чтобы «помочь обеспечить соблюдение положений настоящего Соглашения»³⁷. СВС является не просто вооруженной силой, которая должна «иметь полную и беспрепятственную свободу передвижения по земле, воздуху, воде в Боснии и Герцеговине»³⁸, но которая имеет даже право «принимать такие меры, которые требуются, включая применение необходимой силы, чтобы

³⁵ Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 595 Para. 44 and Dissenting Opinion Of Judge Korea (Paragraph 37-39).

³⁶ Статья 1 Соглашения о военных аспектах мирного урегулирования, док. А/50/790/S/1995/999, стр. 7.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., p. 19.

обеспечения соблюдения настоящего Приложения, и для обеспечения собственной защиты»³⁹;

- (б) правовой уровень, так как по соответствующим положениям статьи VI Конституции Боснии и Герцеговины, Конституционный суд является судебным органом с «исключительной юрисдикцией решить любой спор, который возникает в соответствии с настоящей Конституцией между лицами или между Боснией и Герцеговиной, между органами или между учреждениями Боснии и Герцеговины»⁴⁰.

Межправительственные организации как субъекты международного права

Консультативное заключение Международного Суда ООН о возмещении ущерба, понесенного на службе ООН, 1949⁴¹

Вопрос о возмещении ущерба, понесенного на службе Организации Объединенных Наций, был передан в Суд Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций (резолюция Генеральной Ассамблеи от 3 декабря. 1948) в следующих условиях:

«I. В случае если агент Организации Объединенных Наций во время исполнения своих обязанностей получил травмы в обстоятельствах, с наличием ответственности государств, имеет ли Организация Объединенных Наций как организация, способность заявлять международные требования к ответственным де-юре или де-факто правительствам с целью получения возмещения, причитающихся за причиненный ущерб (а) Организации Объединенных Наций, (б) потерпевшим или жертвам, работающим на ООН?

«II. В случае положительного ответа на пункт I (б), какие из действий Организации Объединенных Наций должны быть согласованы с государством, гражданином которого является жертва?»

³⁹ Ibid., p. 8.

⁴⁰ Ibid., p. 71.

⁴¹ Summary of the Advisory Opinion, published by the Court, See, <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>.

Что касается вопросов I (а) и I (б), то суд установил различия в зависимости от того является ли ответственным Государство членом Организации Объединенных Наций. Суд единогласно ответил на вопрос I (а) в утвердительной форме. На вопрос, который I (б) Суд, мнением на 11 голосов против 4, заявил, что организация имеет способность приносить международное требование на ответственное государство независимо от того, является ли оно членом Организации Объединенных Наций.

Наконец, пункт II, мнение Суда 10 голосами против 5 в том, что, когда Организация Объединенных Наций как организация подает иск о возмещении ущерба, причиненного ее агенту, она может сделать это только основывая свое требование на нарушении обязательств в отношении себя. Это позволит предотвратить конфликт между действиями Организации Объединенных Наций и правами, которыми может обладать национальное государство агента, кроме того, это примирение должно зависеть от соображений применимости в каждом конкретном случае, и по соглашениям, которые будут между организацией и отдельными государствами.

Суд дает ряд предварительных наблюдений по представленному вопросу. Он определяет некоторые термины в запросе мнения, то есть он анализирует содержание формулы: «Способность приносить международные претензии». Эта возможность, безусловно, принадлежит государству. Может ли она также принадлежать организации? Это равносильно тому вопросу имеет ли организация международную правосубъектность. Отвечая на этот вопрос, который не урегулирован путем фактического текста в Уставе, суд продолжает рассматривать какие характеристики Устав был призван дать Организации. В связи с этим, Суд отмечает, что Устав дает организации права и обязанности, которые отличаются от прав и обязанностей ее членов. Суд подчеркивает, кроме того, важные политические задачи организации: поддержание международного мира и безопасности. Соответственно, Суд пришел к выводу, что организация обладает правами и обязанностями, а также обладает большой мерой международной правосубъектности, и возможностью для работы на международном уровне, хотя это, конечно, не супер-государство.

Затем суд исследует самую суть вопроса, а именно, является ли совокупность международных прав Организации достаточной, чтобы составить право требовать получение возмещения от государства в отношении этого ущерба, вызванного повреждением агента Организации в ходе выполнения своих обязанностей.

По первому пункту I (а) «Просьба о вынесении заключения» Суд единогласно приходит к выводу, что организация имеет возможность выдвигать международное требование в отношении Государства (либо члена или

не члена) за ущерб, вызванный нарушением этим государством своих обязательств перед Организацией. Суд указывает на то, что он не призывает определить точные размеры возмещения, которое Организация будет иметь право требовать; мера возмещения должна зависеть от ряда факторов, которые Суд дает в качестве примеров.

Затем суд приступает к рассмотрению вопроса I (б), а именно, может ли Организация Объединенных Наций как организация иметь способность выдвигать международное требование с тем, чтобы получения возмещения, причитающегося за причиненный ущерб, не только самой Организации, но и потерпевшему или лицам, работающим на нее. Суд анализирует вопрос дипломатической защиты граждан. Суд указывает, в этой связи, что на самом деле только организация имеет возможность для предъявления иска в рассматриваемых обстоятельствах, поскольку в основе любых международных правил лежит то, что должны быть нарушения со стороны ответчика обязательства по отношению к Организации. В данном случае государства, гражданином которого жертва является, не могли жаловаться на нарушение обязательства по отношению к себе. Здесь обязательство предполагается в пользу Организации. Тем не менее, суд признал, что Аналогия традиционных правил дипломатической защиты граждан за рубежом, сама по себе, не оправдывает положительный ответ. На самом деле, не существует связи гражданства между Организацией и его агентами. Это новая ситуация, и она должна быть проанализирована.

Существуют ли положения Устава, касающиеся функций организации, которые подразумевают возможность обеспечения своих агентов ограниченной защитой? Эти полномочия, которые являются существенными для выполнения функций Организации, должны рассматриваться как необходимые условия, вытекающие из Устава. При выполнении своих функций, Организация может счесть необходимым поручить своим агентам важные задачи для поддержания мира. Эти агенты должны быть обеспечены эффективной защитой. Только, таким образом, что агент будет в состоянии выполнять свои обязанности удовлетворительно. Таким образом, Суд приходит к выводу, что организация имеет возможность осуществлять функциональную защиту в отношении своих агентов. Ситуация сравнительно проста в случае государств-членов, для этого предполагаются различные обязательства по отношению к Организации.

Но что будет в ситуации, когда иск предъявлен Государству, которое не является Членом Организации? Суд имеет мнение, что члены Организации Объединенных Наций, создали образование, обладающее признаками

международной правосубъектности. Суд, таким образом, отвечает на вопрос I (б) утвердительно.

Вопрос № II Генеральной Ассамблеи относится к примирению действий со стороны.

Законность применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте (Ходатайство Всемирной организации здравоохранения), Консультативное заключение Международного Суда ООН, 1996⁴²

[Стр. 74-75] 19. Для того, чтобы дать определение сфере деятельности или сфере компетенции международной организации, нужно обратиться к соответствующим нормам организации и, в первую очередь, к ее конституции. С формальной точки зрения учредительными документами международных организаций являются многосторонние договоры, к которым применяются хорошо обоснованные правила толкования договоров. Как Суд заявил по отношению к Уставу:

«В предыдущих случаях, когда суд должен был интерпретировать Устав Организации Объединенных Наций, он следовал принципам и нормам, применимым в целом к толкованию договоров, так как он признал, что устав представляет собой многосторонний договор, тем не менее, договор имеющий определенные особенности» (Определенные издержки Организации Объединенных Наций (статья 17, пункт 2, Устава), консультативное заключение, ICJ Reports 1962, стр. 157).

Но учредительными документами международных организаций также являются договора определенного вида; их целью является создание новых субъектов права, наделенных определенной автономией, которым стороны поручают задачи по достижению общих целей. Такие договоры могут поднять конкретные проблемы интерпретации по причине, в частности, их характера, который является традиционным и в то же время институциональным; сама природа созданной организации, цели, которые были возложены на нее ее основателями, приказы, связанные с эффективным выполнением своих функций, а также собственная практика организации, и это все элементы, которые, возможно, заслуживают особого внимания, когда придет время для интерпретации этих учредительных договоров.

⁴² Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 66 (paragraphs 19 (p 74-75), paragraphs 25-27 (pg. 78-79) and dissenting opinion Judge Koroma page 198).

В соответствии с обычной нормой интерпретации, как сказано в статье 31 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, условия договора должны толковаться «в их контексте и в свете его объекта и цели» и « вместе с контекстом должно учитываться »:

[...]

(б) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования «.

Суд имел возможность применить это правило толкования несколько раз (см. арбитражное решение от 31 июля 1989 года (Гвинея-Бисау против Сенегала), решение, ICJ Reports 1991, стр. 69-70, пункт 48; Земли, острова и Морской Пограничный спор (Сальвадор / Гондурас: Никарагуа), решение, ICJ Reports 1992, стр. 582-583, пункт 373, и стр. 586, пункт 380; Территориальный спор (Ливийская Арабская Джамахирия / Чад) решение, ICJ, Reports 1994, стр. 21-22, пункт 41; делимитация морской границы и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Катар против Бахрейна), юрисдикция и подсудность, решение, ICJ Reports 1995, р. 18, пункт 33); он будет также применять его для целей определения того, возникнет ли в соответствии с Уставом ВОЗ, вопрос, на который он должен был ответить « в рамках » деятельности этой организации.

[Стр. 82-83] 29. Тем не менее, другие аргументы были выдвинуты в ходе разбирательства, чтобы основывать юрисдикцию Суда в данном деле.

Тем самым утверждалось, что резолюция Всемирной ассамблеи здравоохранения, будучи принятой требуемым большинством», следует считать законно принятой» (см. Правовые последствия для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию Совета Безопасности 276 (1970), консультативное заключение, ICJ Reports 1971, р. 22, пункт 20). В этой связи, суд рассматривал бы, что вопрос о том, что резолюция была принята должным образом с процедурной точки зрения и вопрос о том, что резолюция была принята в пределах своей компетенции, являются двумя отдельными вопросами. Сам факт, что большинство государств, в голосовании по резолюции, выполнили все соответствующие нормы по форме, не может само по себе быть достаточным для устранения каких-либо фундаментальных дефектов, таких, как превышение полномочий, которым резолюция может быть подвержена.

Как заявил Суд «каждый орган должен, в первую очередь, по крайней мере, определить его собственную юрисдикцию» (Определенные расходы Организации Объединенных Наций (статья 17, пункт 2, Устава), консуль-

тативное заключение, ICJ Reports 1962, p. 168). Следовательно, возник вопрос для Всемирной ассамблеи здравоохранения принять решение о своей компетенции - и, тем самым, что и ВОЗ - подать заявление в суд о вынесении консультативного заключения по рассматриваемому вопросу, с учетом условий Конституции организации и условий Соглашения от 10 июля 1948 года, связывая это с Организацией Объединенных Наций. Но более того, это обязанность суда убедиться в том, что условия, регулирующие их компетенцию на дачу требуемого заключения выполнены; ссылаясь на, в установленном порядке, статью 96, пункт 2 Устава, «сфера деятельности» Организации и статьи X, пункт 2 Соглашения от 10 июля 1948 года о его «компетенции», Суд также считает себя обязанным, в данном случае, интерпретировать Конституцию ВОЗ.

Осуществление функций, возложенных на суд в соответствии со статьей 65, параграф 1, его Устава требует предоставлять такую интерпретацию, независимо от любой работы конкретного механизма обращения, который статьей 75 Устава ВОЗ оговаривается для случаев, когда возникает вопрос или спор между государствами, касательно толкования или применения этого инструмента, и при этом суд приходит к выводам отличным от тех, что были достигнуты Всемирной ассамблеей здравоохранения, когда она приняла резолюцию WNA46.40.

[стр. 203 О.М. Корума] Хотя резолюция, содержащая запрос, не является договором, впрочем, как и суд в своем большинстве мнений, ее интерпретация может руководствоваться соответствующими положениями Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, чтобы установить, что вопрос, сформулированный в резолюции, относится к компетенции или сфере деятельности Организации, как это определено в ее Конституции.

[стр. 219 О.М. Корума] На вопрос, имеет ли международная организация право определять свою собственную компетенцию и юрисдикцию, Суд сказал следующее в своем консультативном заключении по делу Определенные расходы:

«В правовых системах государств, часто бывает некоторый порядок определения законности даже законодательных или правительственных актов, но в структуре Организации Объединенных Наций не найдена аналогичная процедура. Предложения, сделанные в ходе подготовки проекта Устава, чтобы возложить окончательное право для интерпретации Устава на Международный Суд не были приняты; мнение, которое суд собирается выносить является консультативным заключением. Как и предполагалось в 1945 году, следовательно, каждый орган должен, в первую очередь, по

крайней мере, определить его собственную юрисдикцию» (Определенные расходы Организации Объединенных Наций (статья 17 пункт 2 Устава), ICJ Reports 1962, стр. 168).

В том же заключении Суд заявил, что

«Когда организация принимает меры, которые оправдывают утверждение, которое было подходящим для выполнения одной из заявленных целей Организации Объединенных Наций, презумпция такова, что такие действия не являются превышением полномочий организации» (там же).

На мой взгляд, это показывает, что до настоящего дела и в соответствии со своей судебной практикой, Суд постановил, что международные организации являются компетентными, чтобы определить свою компетенцию и юрисдикцию. На этот раз суд принял решение отойти от этой своей судебной практики, но почти без объяснений или причин, но суд не только решил не следовать своей практике в этом случае, не отказывая себе в праве проверять компетентность органа, обращающегося с просьбой, он отклонил также определенные возражения против его юрисдикции на основе претензий, что такие органы не компетентны, чтобы делать запрос (Интерпретация мирных договоров с Болгарией, Венгрией и Румынией, первый этап, ICJ Reports 1950, стр. 72 и след., и оговорки к Конвенции о предотвращении и наказании преступления геноцида, ICJ Reports 1951, стр. 19-20)

Сила резолюций Совета Безопасности

Применение Конвенции о предотвращении и наказании за преступления геноцида, Временные меры, Постановление от 13 сентября 1993 года (Босния/Герцеговина против Югославии), (Совет Безопасности/ООН)

[стр. 439-441 О.М. Лаутерпахт] 98. На первый взгляд, резолюция Совета Безопасности 713 (1991)⁴³, является действующим запретом на поставку вооружений и военной техники тем, кто вовлечен в югославский кон-

⁴³ “[...] что все государства должны, в целях установления мира и стабильности в Югославии, немедленно ввести всеобщее и полное эмбарго на все поставки оружия и военного снаряжения в Югославию, пока Совет Безопасности не примет иного решения после консультаций между Генеральным секретарем и правительством Югославии” (резолюция 713 (1991), пункт. 6).

фликт и является обязательным для всех членов Организации Объединенных Наций. Хотя резолюция открыта для замечаний, высказанных выше в пунктах 91-96, невозможно с уверенностью сказать, что сами по себе эти комментарии затрагивают сохраняющуюся законность этой резолюции. Тот факт, что некоторые члены Совета Безопасности заявили, что они бы не поддержали резолюцию, в случае отсутствия согласия Югославии, в отношении территории которой был принято эмбарго, может быть обоснованным только в отсутствии определения Совета Безопасности, что ситуация подпадает под главу VII Устава. Как только Совет Безопасности указал, что он действует «в соответствии с главой VII», уже не было необходимости получать согласие какого-либо государства к мерам, которые считались необходимыми вследствие обстоятельств.

99. Это не означает, что Совет Безопасности может действовать свободно от всех видов правового контроля, но только то, что власть суда, судебного контроля, ограничена. Вряд ли можно сомневаться в том, что суд имеет некоторую степень власти такого рода, впрочем, может быть и не меньше сомнений, что не охватывается какое-либо право суда заменить свои полномочия на те полномочия Совета Безопасности по определению наличия угрозы миру, нарушение мира или акта агрессии, или политические шаги, которые следует предпринять после такого определения. Но суд, как главный судебный орган Организации Объединенных Наций, имеет право, на самом деле обязан обеспечить верховенство права в рамках системы Организации Объединенных Наций и, в случаях, правильно поставленных перед нею, настаивать на соблюдении всеми органами Организации Объединенных Наций правил, регулирующих их работу. Суд уже, в деле Локерби, дал широкое толкование полномочий Совета Безопасности, действуя на основании главы VII, в судебном решении, что решение Совета способно, в силу статей 25 и 103 Устава, превалировать над обязательствами сторон по другим международным соглашениям (см. Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникающих в связи с воздушным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия против Соединенного Королевства), временные меры, приказ от 14 апреля 1992 года, ICJ Reports 1992, p. 15 пункт 39).

100. Данный случай, однако, не может подпадать под действие только что провозглашенной доктрины. Это потому, что запрещение геноцида, в отличие от вопросов, рассматриваемых в Монреальской конвенции в деле Локерби, в которой условия статьи 103 могут непосредственно применяться, как правило, принимаются как имеющие статус не обычной нормы международного права, но статус общего международного права (*jus cogens*). В самом деле, запрещение геноцида уже давно рассматривается

как одно из немногих несомненных примеров общего международного права. Даже в 1951 году, в своем консультативном заключении по вопросу об оговорках к Конвенции о предотвращении и наказании за преступления геноцида, суд подтвердил, что геноцид «противоречит нравственному закону, духу и целям Организации Объединенных Наций», и что

«Принципы, лежащие в основе Конвенции являются положениями, признанными цивилизованными нациями как обязательные для государств даже без какого-либо договорного обязательства» (ICJ Reports 1951, p. 22).

Прямое указание на особое свойство запрета на геноцид можно также увидеть в работе Комиссии международного права в подготовке статьи 50 проекта статей Закона о международных договорах (Ежегодник Комиссии международного права, 1966, Том II, стр. 248-249), который, в конечном счете, материализовался в статье 53 Венской конвенции Закона о международных договорах и в комментарии той же Комиссии по статье 19 (международные преступления и правонарушения) проекта статей об ответственности государств (Ежегодник Комиссии международного права, 1976, Vol. II, ч. 2, с. 103). Концепция общего международного права действует как концепция превосходящая как обычное международное право, так и договоры. Судебная защита, которая предусмотрена статьей 103 Устава может дать Совету Безопасности в случае конфликта между одним из его решений и действующим обязательством по договору иерархичности, но не может это распространить на конфликт между резолюцией Совета Безопасности и нормой *jus cogens*. На самом деле, надо только сформулировать противоположное утверждение таким образом, что резолюция Совета Безопасности может даже потребовать участия в геноциде, чтобы его неприемлемость стала очевидной.

101. Не следует упускать из виду значение положения в статье 24 (2) Устава, что при выполнении своих обязанностей по поддержанию международного мира и безопасности, Совет Безопасности действует в соответствии с целями и принципами Организации Объединенных Наций. Среди целей, изложенных в статье 1 (3) Устава, есть цель о достижении международного сотрудничества «в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам всех, без различия расы, пола, языка или религии».

102. Это не должно рассматриваться, что Совет Безопасности когда-либо сознательно принял бы резолюцию, четко и преднамеренно не подчиняющуюся правилу общего международного права или требующую нарушения прав человека. Но нельзя исключать вероятность того, что

резолюция Совета Безопасности, могла бы непреднамеренно или непредвиденным образом привести к такой ситуации. Оказывается это именно то, что произошло в данном случае. Исходя из этого, неспособность Боснии и Герцеговины достаточно сильно и эффективно бороться против Сербов, чтобы предотвратить реализацию сербской политики этнической чистки, по крайней мере в части, непосредственно связанной с тем, что доступ Боснии и Герцеговины к оружию и оборудованию был серьезно ограничен из-за эмбарго. С этой точки зрения, резолюцию Совета Безопасности, можно рассматривать как по сути призывающую членов Организации Объединенных Наций, хотя и бессознательно, и конечно не желая того, стать в некоторой степени сторонниками геноцида сербов и таким образом и в той степени действовать вопреки правилу общего международного права.

103. Какие правовые последствия могут вытекать из этого анализа? Одна из возможностей заключается в строгой логике, когда действие пункта б резолюции 713 (1991) стало делать членов Организации Объединенных Наций соучастниками к геноциду, он перестал быть действительным и обязательным в операции против Боснии и Герцеговины; и что затем члены Организации Объединенных Наций могли не соблюдать его. Тем не менее, трудно сказать, что затем они безусловно стали обязаны предоставить оружие и военную технику заявителю.

104. Существует, однако, и другая возможность, которая, пожалуй, больше соответствует действительности и ситуации. Следует признать, что цепочка гипотез в анализе включает в себя некоторые спорные ссылки - элементы фактов, как например, эмбарго на поставки оружия привело к дисбалансу в хранении оружия обеими сторонами, и, что этот дисбаланс привел в большей или меньшей степени к геноциду, к этнической чистке, а также элементы права, такие, что запрет геноцида является *ius cogens*, и, что резолюция, которая нарушает общее международное право должна затем стать недействительной и юридически недействительной. Не обязательно, чтобы Суд занял определенную позицию в этом отношении в настоящее время. Вместо этого, кажется достаточным, чтобы значимость общего международного права была доведена до сведения Совета Безопасности, как это будет предоставлено постановлением Суда с тем, чтобы Совет Безопасности мог уделять должное внимание этому в будущей переоценке эмбарго.

Дело Восточного Тимора (Португалия против Австралии), 1995⁴⁴

Генеральная Ассамблея/Совет Безопасности: Консультативное заключение по вопросу Восточного Тимора, 1995

[Стр. 103-104] 30. Австралия возражает, что Резолюция ООН в отношении Восточного Тимора не содержит требований Португалии о том, что они заявляют; что последняя Резолюция Совета Безопасности в отношении Восточного Тимора датируется 1976 годом и последняя Резолюция Генеральной Ассамблеи 1982 годом, и что Португалия не принимает во внимание прошедшее с тех пор время и развитие, которое произошли; и что Резолюция Совета Безопасности не является резолюцией, которая обязательна к исполнению согласно части VII Устава, или иначе, и, кроме того, что они не оформлены в обязательном порядке.

31. Суд отмечает, что аргумент Португалии основывается на предпосылке, что резолюции Организации Объединенных Наций, и в частности, Совета Безопасности, могут быть рассмотрены как устанавливающие обязанность государств не признавать никакой власти со стороны Индонезии в отношении территории и, в случае последнего, иметь дело только с Португалией. Суд не убежден, однако, что соответствующие резолюции зашли так далеко.

Для двух сторон важно то, что территории Восточного Тимора остаются не самоуправляемыми территориями и их, народ имеет право на самоопределение. Кроме того, Генеральная Ассамблея, которая оставляет за собой право определять территории, которые должны рассматриваться как не самоуправляемые в целях применения главы XI Устава, обошла Восточный Тимор в качестве территории как таковой. Компетентные органы Генеральной Ассамблеи продолжают рассматривать Восточный Тимор в таком качестве и по сей день. Кроме того, Совет Безопасности в своих резолюциях 384 (1975) и 389 (1976) прямо призвал к уважению «территориальной целостности Восточного Тимора, а также неотъемлемое право его народа на самоопределение в соответствии с резолюцией Генеральной Ассамблеи 1514».

Не является проблемой между Сторонами то, что Генеральная Ассамблея прямо называет Португалию «управляющей державой» Восточного

⁴⁴ I.C.J. Opinion on Question East Timor (1995), paras. 30-32 and Weeramantry dissenting opinion page 190-91.

Тимора в ряде резолюций, принятых по вопросу о Восточным Тимором, в период между 1975 и 1982 годами, и, что Совет Безопасности сделал это в своей резолюции 384 (1975). Стороны не согласны с правовыми последствиями, которые вытекают из ссылки в Португалию в качестве управляющей державы в этих текстах.

32. Суд находит, что из вышеупомянутых резолюций Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности не может быть выведено то, что эти органы относятся к Португалии как к управляющей державе Восточного Тимора, и что они намеревались установить обязательства для третьих государств разговаривать исключительно с Португалией в отношении континентального шельфа Восточного Тимора.

[стр. 190-191 О.М. Виранмантри] предположение о том, что временем изнашивается обязательная сила резолюций необходимо рассматривать с большой осторожностью. В случаях, когда резолюции фактически накладывают обязательства на международное право, этот суд может, в сущности, свести на нет решения соответствующего органа Организации Объединенных Наций, который в пределах своей компетенции решил какой-то вопрос. Более конкретно эта осторожность требуется от суда в отношении резолюций, касающихся обязательств в сфере императивных норм (*ergo omnes*) и определенных прав как самоопределение, которые имеют основополагающее значение для международной правовой системы. Суд, в отсутствие веских причин для отказа, напротив, показывает должное уважение действующим резолюциям, которые были должным образом приняты другими органами.

Следует отметить, что аргумент Австралии о том, что резолюции Совета Безопасности выпали из употребления, не могут быть приняты для дальнейшего исследования.

Такой аргумент сомнителен перед фактом того, что Комитет двадцати четырех, что является органом Генеральной Ассамблеи и ответственен за контроль вопроса деколонизации, сохранял вопрос Восточного Тимора актуальным в своей повестке дня в течение всех лет. Кроме того, комитет упоминал об этом в своем докладе Генеральной Ассамблее. Комитет не должен был держать этот вопрос в своих книгах, если он, как Австралия предполагает, является мертвым вопросом.

Спор относительно иммунитета от судебного преследования Специального докладчика Комиссии по правам человека, Консультативное заключение, 1999⁴⁵

[Стр. 84-86] 50. В процессе определения, имеет ли определенный эксперт в командировке, право, в сложившихся обстоятельствах, на иммунитет, предусмотренный в статье 22 (б), Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций играет ключевую роль. Генеральный секретарь, в качестве главного административного должностного лица Организации, имеет полномочия и ответственность осуществлять необходимую защиту в требуемых случаях. Это полномочие было признано судом, заявившим следующее:

«После изучения характера функций, возложенных на организацию и характер миссий агентов, то становится ясно, что способность Организации осуществлять меры по функциональной защите своих агентов возникает в силу необходимых намерений, вытекающих из Устава» (О возмещении за увечья, понесенные на службе Организации Объединенных Наций, консультативное заключение, ICJ Reports 1949, p. 184).

51. Статья VI, раздела 23, Генеральной конвенции предусматривает, что «привилегии и иммунитет предоставляются экспертам в интересах Организации Объединенных Наций, а не для личной выгоды отдельных лиц». При осуществлении защиты экспертов Организации Объединенных Наций, Генеральный секретарь, следовательно, защищает миссии, которые вверены экспертам. В связи с этим Генеральный секретарь несет главную ответственность и полномочия для защиты интересов Организации и ее агентов, в том числе экспертов в командировках. Как Суд постановил:

«Для того, чтобы агент мог удовлетворительно выполнять свои обязанности, он должен чувствовать, что его защита обеспечивается его организацией, и что он может рассчитывать на нее. Для обеспечения независимости агента, и, следовательно, самостоятельности действий самой Организации, очень важно, чтобы при выполнении своих обязанностей ему не приходилось полагаться на какую-либо другую защиту, кроме обеспеченной Организацией ...» (там же, стр. 183).

52. Определение того, действовал ли агент как агент Организации в ходе выполнения его миссии зависит от фактов конкретного дела. В

⁴⁵ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62.

данном случае, Генеральный секретарь или юрисконсульт Организации Объединенных Наций от ее имени неоднократно информировали правительство Малайзии о своем решении, что г-н Кумарасвами говорил слова, указанные в статье в *International Commercial Litigation* в качестве Специального докладчика Комиссии, и что он, следовательно, имел право на иммунитет от «всякого рода» судебного преследования.

53. Как видно из письменных или устных заявлений Организации Объединенных Наций, Генеральный секретарь основывался на том, что это стало стандартной практикой специальных докладчиков Комиссии иметь контакты со СМИ. Эта практика была подтверждена Верховным комиссаром по правам человека, который в письме от 2 октября 1998 года, включенном в досье, писал, что «более чем распространено для специальных докладчиков говорить с прессой о вопросах, касательно их исследований, тем самым держа широкую общественность в курсе о своей работе».

54. Как отмечалось выше (см. пункт 13), г-н Кумарасвами неоднократно ссылались в статье «Малайзийская юстиция на пробу» в международном коммерческом Судебном процессе в качестве Специального докладчика ООН по вопросу о независимости судей и адвокатов. В своих докладах Комиссии (см. пункт 18 выше), г-н Кумарасвами показал свои методы работы, выразил озабоченность по поводу независимости судебной системы Малайзии, и сослался на гражданские иски в отношении него. В его третьем докладе отмечается, что юрисконсульт Организации Объединенных Наций сообщил правительству Малайзии, что он говорил во исполнение его миссии и поэтому имеет право на иммунитет от судебного процесса.

55. Как отмечается в пункте 18 выше, в различных резолюциях Комиссия приняла к сведению доклады Специального докладчика и его методы работы. В 1997 году она продлила его мандат еще на три года (см. пункты 18 и 45 выше). Комиссия по-видимому, не поступила бы так, если бы она была того мнения, что г-н Кумарасвами вышел за рамки своего мандата и дал интервью *International Commercial Litigation* не при исполнении своих функций. Таким образом, Генеральный секретарь смог найти Поддержку для своих выводов в позиции Комиссии.

56. Суд не призвали в данном случае проверить на правомерность термины, используемые Специальным докладчиком или его оценку ситуации. В любом случае, с учетом всех обстоятельств этого дела, элементы которого изложены в пунктах с 1 по 15 записки Генерального секретаря, Суд придерживается мнения, что Генеральный секретарь правильно уста-

новил, что г-н Кумарасвами, говоря слова, указанные в статье в International Commercial Litigation, действовал в ходе выполнения его миссии в качестве Специального докладчика Комиссии. Следовательно, статья VI раздела 22 (б) Генеральной конвенции применима к нему в данном случае и дает г-ну Кумарасвами судебно-процессуальный иммунитет от любого рода судебных разбирательств.

60. Как отметил Суд, Генеральный секретарь, в качестве главного административного должностного лица Организации, несет главную ответственность за защиту интересов Организации; с этой целью он оценивает насколько его агенты действовали в пределах своих функций и, где он делает вывод о защите этих агентов, в том числе экспертов в командировках, утверждая их иммунитет. Это означает, что Генеральный секретарь имеет право и обязанность информировать правительство государства-члена о своем обнаружении и, при необходимости, просит его действовать соответствующим образом и, в частности, просит его донести свои обнаружения до местных судов, если акты агента привели или могут привести к судебным процессам.

61. Когда национальные суды рассматривают случай по иммунитету агента Организации Объединенных Наций, они должны быть немедленно уведомлены о каких-либо решениях Генерального секретаря касательно того иммунитета. Это решение и его документальное выражение, создают презумпцию, которая может быть не учтена в случае самых веских причин и, таким образом, ему дается наибольший вес национальными судами.

Органы государственной власти одной из сторон в Генеральной конвенции, следовательно, обязаны передать такую информацию соответствующим национальным судам, так как правильное применение Конвенции зависит от такой информации.

Невыполнение этой обязанности, среди прочего, может привести к возбуждению дела в соответствии со статьей VIII § 30 Общей конвенции.

[Стр. 96-97 г-н Вирамантри] Так как для сотрудников Организации Объединенных Наций очень важно, что они получают достаточную защиту, чтобы иметь возможность независимо выполнять свои миссии, и так как долг защитить своих сотрудников при исполнении таких обязанностей лежит на Организации Объединенных Наций, большое значение должно придаваться мнению главного функционера, Генерального секретаря, касательно вопроса дается ли иммунитет в данном случае или нет.

Генеральный секретарь лучше информирован, чем любой внешний орган в отношении таких вопросов как пределы функций данного агента,

цель или цели назначения, и потребности Организации Объединенных Наций в отношении какого-либо конкретного запроса. Он лучше информирован, чем любой другой орган о практике и об общих сведениях касательно конкретного вопроса. С его уникальным обзором всей схемы операций Организации Объединенных Наций, он, больше чем любой другой орган, может оценить функции данного агента в рамках общего контекста традиций и организационных основ деятельности Организации Объединенных Наций в целом.

Любая попытка определить применимость привилегий и иммунитетов Организации Объединенных Наций к определенному докладчику при определенных обстоятельствах без ссылки на мнение Генерального секретаря, не принимает во внимание важную часть материалов, необходимых для обоснованного решения.

Кроме того, в системе Организации Объединенных Наций существует практика признания неоспоримости полномочий Генерального секретаря в этом отношении, и есть резолюция Генеральной Ассамблеи, такая как разрешение 36/238 от 18 декабря 1981 года, которая указывает на особую важность предоставления мнения Генерального секретаря по всему комплексу вопросов, связанных с администрацией в рамках Организации. Точка зрения высшего административного органа Организации Объединенных Наций по существенному административному делу, по такому как пределы сферы власти определенного чиновника – это вопрос исключительно в области его знаний и надзорных функций - не может не учитываться без ущерба для всей системы.

Определение Генерального секретаря относительно того, были ли определенные действия в пределах сферы власти должностного лица или докладчика, следует рассматривать в качестве обязательного для внутреннего суда, если только не будут установлены убедительные соображения, чтобы сместить такую весомую презумпцию. Я полностью и с уважением соглашаюсь с Судом в этом отношении. Нет ни одного элемента самоуправства здесь, потому что если государство оспорит такое постановление Генерального секретаря, то всегда есть возможность предстать с вопросом перед этим судом для вынесения консультативного заключения по статье 30 Конвенции.

Национально-освободительные движения и другие группы⁴⁶

Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, 62 сессия, Вопрос о Палестине

Этот пункт, который был включен в повестку дня второй и третьей сессии Генеральной Ассамблеи, был включен в повестку дня двадцать девятой сессии, в 1974 году по просьбе 55 государств-членов (А/9742 и Corr.1 и Add.1, 2, 3 и 4). На эту сессию Ассамблея пригласила Организацию освобождения Палестины (ООП), представителей палестинского народа, чтобы принять участие в обсуждении вопроса о Палестине на пленарных заседаниях (резолюция 3210 (XXIX)). На той же сессии, Ассамблея вновь подтвердила неотъемлемые права палестинского народа в Палестине, подчеркнув, что их осуществление является необходимым для решения вопроса о Палестине (резолюция 3236 (XXIX)). Ассамблея также предложила ООП участвовать в качестве наблюдателей в ее сессиях и работе и во всех международных конференциях, созываемых под ее эгидой, и считает, что ООП имеет аналогичные права в отношении всех международных конференций, созываемых под эгидой других органов Объединенных Наций (резолюция 3237 (XXIX)).

На своей тридцатой сессии Генеральная Ассамблея пригласила ООП участвовать на равных основаниях с другими сторонами во всех программах, дискуссиях и конференциях по Ближнему Востоку, которые были проведены под эгидой Организации Объединенных Наций и принять участие в Женевской мирной конференции по Ближнему Востоку, а также во всех других программах по достижению мира (резолюция 3375 (XXX)). На той же сессии, Ассамблея учредила Комитет по осуществлению/исполнению неотъемлемых прав палестинского народа; предложила Комитету рассмотреть и рекомендовать Ассамблее программу осуществления/применения, предназначенную для того, чтобы дать палестинскому народу возможность осуществить ранее признанные права; и потребовала от Совета Безопасности рассмотреть вопрос осуществления палестинским народом своих неотъемлемых прав (резолюция 3376 (XXX)).

Генеральная Ассамблея рассмотрела пункт по вопросу о Палестине,

⁴⁶ 1974 UN General Assembly recognized and accorded recognition to the Angolan, Mozambican, Palestinian, and Rhodesian movements. Add UN GA 3237 (XXIX) (November 22, 1974 PLO observer status to UN).

начиная от тридцать первой до шестидесятой сессий (резолюции 31/20, 32/40 А и В, 33/28 С, 34/65 на D, 35/169 Е, 36/120 от А до Е, 37/86 А-Е, 38/58 А-Е, 39/49 на D, 40/96 на D, 41/43 на D, 42/66, чтобы D, 43/175 С, 43/176, 43/177, 44 / 2, 44/41 С, 44/42, 45/67 С, 45/68, 45/69, 46/74 С, 46/75, 46/76, 47/64 А-Е, 48/158, чтобы D, 49/62 на D, 50/84 на D, 51/23, 51/24, 51 / 25, 51/26, 52/49, 52/50, 52/51, 52/52, 53/39, 53/40, 53/41, 53/42, 54/39, 54/40, 54/41, 54/42, 55/52, 55/53, 55/54, 55/55, 56/33, 56/34, 56/35, 56/36, 57/107, 57/108, 57/109, 57 / 110, 58/18, 58/19, 58/20, 58/21, 59/28, 59/29, 59/30, 59/31, 60/36, 60/37, 60/38 и 60/39) .

....

На своей сорок третьей сессии Генеральная Ассамблея приняла к сведению провозглашение государства Палестины со стороны Национального совета Палестины 15 ноября 1988 года, подтвердила необходимость обеспечения палестинскому народу возможности осуществлять свой суверенитет над своей территорией, оккупированной с 1967 года, и постановила, что эффективные по состоянию на 15 декабря 1988 года, название «Палестина» следует использовать вместо обозначения «Организации освобождения Палестины» в системе Организации Объединенных Наций, без ущерба для статуса наблюдателя и функций ООП в системе Организации Объединенных Наций, согласно соответствующим резолюциям Организации Объединенных Наций и практике (резолюция 43/177).

На своей шестьдесят первой сессии Генеральная Ассамблея просила Комитет по осуществлению неотъемлемых прав палестинского народа по-прежнему прилагать все усилия по содействию реализации неотъемлемых прав палестинского народа, в поддержку ближневосточного мирного процесса и мобилизовать международную поддержку и помощь палестинскому народу, и поручила Комитету внести такие изменения в его утвержденную программу работы, которые он может счесть целесообразными и необходимыми в свете происходящих событий и представить доклад по этому вопросу Ассамблее на ее шестьдесят второй сессии, и после этого/впоследствии (резолюция 61/22).

На той же сессии, Генеральная Ассамблея просила Отдел по правам палестинцев Секретариата, в рамках проведения Международного дня солидарности с палестинским народом 29 ноября, продолжать организовывать, под руководством Комитета по осуществлению неотъемлемых прав палестинского народа, ежегодную выставку по теме права палестинского народа или культурное мероприятие в сотрудничестве с Миссией Постоянного наблюдателя от Палестины при Организации Объединенных Наций (резолюция 61/23).

Генеральная Ассамблея также просила, на ее шестьдесят первой сессии, Департамент общественной информации Секретариата в полном сотрудничестве и координации с Комитетом по осуществлению неотъемлемых прав палестинского народа продолжать с необходимой гибкостью, которая может быть потребована событиями, затрагивающими вопрос о Палестине, ее специальные информационные программы на двухгодичный период 2006-2007 годов, в частности, среди прочего, укрепить ежегодную учебную программу для палестинских дикторов и журналистов (резолюция 61/24).

Кроме того, на той же сессии Генеральная Ассамблея ... потребовала, чтобы Израиль, оккупирующая держава, выполнил свои юридические обязательства по международному праву, как это предусматривается в консультативном заключении Международного Суда и как того требуют резолюции ES-10/13 от 21 октября 2003 и ES-10/15 от 20 июля 2004 года и, в частности, чтобы он незамедлительно прекратил строительство стены на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, вновь потребовал полного прекращения всей поселенческой деятельности Израиля в оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и в оккупированных сирийских Голанах, и призвали к полному выполнению соответствующих резолюций Совета Безопасности, вновь подтвердил свою приверженность к сосуществованию двух государств Израиля и Палестины, живущих бок о бок в мире и безопасности в рамках признанных границ, на основе границ 1967 года, призвала государства-члены ускорить оказание экономической, гуманитарной и технической помощи для палестинского народа и Палестинской автономии/власти, и просила Генерального секретаря продолжать свои усилия с заинтересованными сторонами, и в консультации с Советом Безопасности, в деле достижения мирного урегулирования вопроса о Палестине и укрепления мира в регионе и представить Ассамблее на ее шестьдесят второй сессии доклад об этих усилиях и происходящих событиях по вопросу (резолюция 61/25).

***Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3237 (XXIX),
статус Наблюдателя Организации освобождения
Палестины, 22 ноября 1974.***

Генеральная Ассамблея,

Рассмотрев вопрос о Палестине,

Принимая во внимание универсальность Организации Объединенных Наций предписанного в Уставе,

Ссылаясь на свою резолюцию 3102 (XXVIII) от 12 декабря 1973 года,

Принимая во внимание резолюции Экономического и Социального Совета 1835 (LVI) от 14 мая 1974 года и 1840 (LVI) от 15 мая 1974 года.

Отметив, что Дипломатическая конференция по вопросу о подтверждении и развитии международного гуманитарного права, применяемого в вооруженных конфликтах, Всемирной конференции по народонаселению и Всемирная продовольственная конференция фактически пригласила Организацию освобождения Палестины участвовать в их обсуждении.

Отмечая также, что третья Конференция Организации Объединенных Наций по морскому праву пригласила Организацию освобождения Палестины участвовать в ее работе в качестве наблюдателя.

1. Приглашает Организацию освобождения Палестины участвовать в сессиях и работе Генеральной Ассамблеи в качестве наблюдателя;

2. Приглашает Организацию освобождения Палестины участвовать в сессиях и работе всех международных конференций, созываемых под эгидой Генеральной Ассамблеи в качестве наблюдателя.

3. Считает, что Организация освобождения Палестины имеет право участвовать в качестве наблюдателя в сессиях и работе всех международных конференций, созываемых под эгидой других органов Организации Объединенных Наций.

4. Просит Генерального секретаря принять необходимые меры для осуществления настоящей резолюции.

Физические лица, неправительственные организации и бизнес предприятия в качестве субъектов международного права

***Роль личности в международном праве, Эндрю
Кленхем⁴⁷***

[...]С издания Принципов Международного права в 1966 году, Браунли утверждал: «Не существует общего правила, что человек не может быть субъектом международного права», и в конкретном контексте он выступает в качестве юридического лица на международной арене»⁴⁸. Действительно, имеет смысл перенести дискуссию от субъективности к личности, и от общей теории к конкретному контексту. Но еще спрашивается вопрос: что именно появление человека на международной арене принесет с собой относительно прав и обязанностей по общему международному праву?⁴⁹

Рассмотрим сначала вопрос об обязательствах физических лиц по международному уголовному праву. В монологе, который открывает его книгу избранных докладов, Кассесе цитирует двух американских членов Комиссии об ответственности авторов войны и по вопросам исполнения наказаний, которые заявили в 1919 году, что “законы и принципы гуманности не конечны, они изменяются во времени, месте и обстоятельствах, и соответственно, могут зависеть от совести отдельных судей. Не существует фиксированного и универсального стандарта человечества”⁵⁰. Но

⁴⁷ Professor of Public International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, Director of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Email: andrew.clapham@graduateinstitute.ch.

⁴⁸ (7th edn, 2008), at 65.

⁴⁹ Shaw’s discussion in the 6th edition of his *International Law* (2008), at 258, asserts that ‘modern practice does demonstrate that individuals have become increasingly recognised as participants and subjects of international law, but the subsequent paras are confined to recalling those treaties which allow individuals to appeal directly to an international body, and he recalls at 259 that it is now established that international law proscribes certain heinous conduct so that it ‘imports direct individual criminal responsibility.

⁵⁰ “Soliloquy”, in Cassese, *supra* note 5, at pp. lxii-lxiii, quoting the “Report Presented to the Preliminary Peace Conference by the Commission on the Responsibility of the Authors of War and on the Enforcement of penalties”, in *Violations of the Laws*

он говорит, что к концу второй мировой войны судьи Международного военного трибунала утверждали, что:

Утверждать, что это несправедливо, чтобы наказать тех, кто в нарушение международных договоров и заверений напали на соседние государства без предупреждения, очевидно, неверно, ибо в таких обстоятельствах злоумышленник должен знать, что он делает не так, и не наказать его было бы несправедливо, так как его неверные действия останутся безнаказанными⁵¹.

Индивидуальные судьи, действующие коллективно, чувствовали, что могут определить, что было явно не так, против человечности, и несправедливым, в той степени как они чувствовали, и было очевидно, что отдельные лица имеют обязательства по международному праву и могут быть наказаны даже смертной казнью через повешение за нарушение определенных международных обязательств. Так мы находим человека носителем отдельных обязательств в рамках международного уголовного права в контексте международных вооруженных конфликтов. Почти 50 лет спустя, в Решении Апелляционной палаты Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии по Тадичу, эта идея применяется к индивидуальной уголовной ответственности за определенные нарушения гуманитарного права, совершенные в не международном вооруженном конфликте⁵². К 2002 году у нас есть вступивший в силу Статут для постоянного Международного уголовного суда с юрисдикцией в отношении лиц, охватывающей не только военные преступления, но также геноцид и преступления против человечности.

За последние 60 лет мы видели также изменение статуса личности, как правообладателя в соответствии с международным правом. Как мы можем вывести эти международные права? Для Кассезе можно предположить, что «соответствующие права» каждого человека это «строгие международные обязательства в полной мере соблюдать некоторые важ-

and Customs of War, Report of Majority and Dissenting Reports of Americans and Japanese members of the Commission of Responsibilities, Conference of Paris 1919 (1919), at 13.

⁵¹ Ibid., at p. lxii with a reference to Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal- Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946(Nuremberg International Military Tribunal, 1947), at 219 (emphasis added).

⁵² See ICTY, Appeals Chamber, Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadic, (IT-94-1-AR72), 2 Oct. 1995, especially at paras 128-137.

ные ценности (поддержание мира, защита человеческого достоинства и т. д.)⁵³. Он утверждает:

Это было бы не только последовательным с точки зрения юридической логики, но и в соответствии с новой тенденцией, наметившейся в мировом сообществе, утверждать, что международное право в отношении этих обязательств приходится на долю всех людей: они имеют право на уважение их жизни и конечностей, и их достоинства, и поэтому они имеют право не стать жертвой военных преступлений, преступлений против человечности, агрессии, пыток, терроризма. По крайней мере, на данный момент, это международное право, вытекающее из общих международных правил, однако не сопровождается конкретными средствами или властью органов, принадлежащих физическим лицам⁵⁴.

Другими словами, лица в настоящее время имеют обязательства и права, но никаких средств правовой защиты в соответствии с общим международным правом. Традиционный международный адвокат может заявить, что индуцирование прав от обязанностей, таким образом, не подходит, так как государства могут налагать обязательства на лиц, находящихся под уголовным правом, без автоматической генерации права на гражданское средство для жертвы. Кроме того, традиционалисты могут возразить, что даже договоры по правам человека просто создали права и обязанности государства-участникам. Люди извлекли выгоду из этих договоров, так же, как животные могут извлечь выгоду из конвенции о видах животных, находящихся под угрозой исчезновения. Хотя договор может создать исполнение прав на национальном уровне, которое могло бы быть причудой национального законодательства, а не неизбежным следствием международного права. Первоначально в рамках региональных договоров по правам человека, международное право иногда рассматривалось как всего лишь предоставление лицам процессуальных прав, чтобы вводить во владение, скажем, Европейскую комиссию по правам человека, но урегулирование спора с юридической точки зрения потребовало решить будет ли комиссия представлять дела на рассмотрение суда. Как известно, это изменилось в Конвенции в 1998 году с принятием 11-го протокола, позволившего отдельной жертве подавать дело в суд напрямую. То же самое теперь возможно с Африканским судом по правам человека и народов.

Можем ли мы рассуждать, что человек имеет не только уголовно-

⁵³ International Law(2nd edn, 2005), at 145.

⁵⁴ Ibid.

правовые обязательства, но и права в соответствии с международным правом? На данном этапе мы должны вспомнить доктринальные дебаты, которые бушевали по поводу того, имело ли смысл для людей считаться «субъектами международного права». Гая недавно рассмотрела этот вопрос в контексте вопроса о том, должны ли быть неправительственные организации включены в сферу деятельности КМП об ответственности международных организаций. Здесь учение о текущей категории субъектов, кажется, исключает неправительственные организации, но Гая, напомнив выводы судей Международного суда в отношении ООН и ее специализированных учреждений, предоставляет неопределенный характер концепции субъектов международного права. Гая вспоминает последствия изречения в деле Лагранда того же суда:

Утверждение суда о правосубъектности международных организаций необходимо рассматривать в контексте его более современного подхода к вопросу о правосубъектности в международном праве. Суд заявил в деле Лагранда, что люди также являются субъектами международного права⁵⁵. Такой подход может привести суд к утверждению правосубъектности даже неправительственных организаций. Было бы трудно понять, почему люди могут приобретать права и обязательства по международному праву в то время как то же самое не может произойти с любой международной организацией, при условии, что юридическое лицо отличается от своих членов⁵⁶.

[...]

Чтобы было яснее, я предполагаю, что люди могут иметь важную роль в отношении международного права, которое выходит за рамки международных обязательств уголовного права. Это может включать обязательства, которые не были преступлением, или просто означают, что действия могут привести к одновременному уголовному и гражданскому нарушениям международного права.

⁵⁵ Footnote 47 in the original reads: “I.C.J. Reports 2001, para. 77. The Court referred to the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963 and concluded that “article 36, paragraph 1, creates individual rights”.

⁵⁶ First report on responsibility of international organizations, UN Doc.A/CN.4/532, 26 Mar. 2003, at para.17. See also the Report of the ILC Working Group, “The Responsibility of International Organizations: Scope and Orientation of the Study”, UN Doc. A/CN.4/L.622, 6 June 2002, at para.11: “the topic would be considerably widened if the study were to comprise also organizations that States establish under municipal laws, for example under the law of a particular State, and non-governmental organizations. Thus, it may seem preferable to leave questions of responsibility relating to this type of organization aside, at least provisionally”.

Статья 58 проектов статей КМП об ответственности государств гласит: «Эти статьи не наносят ущерба любому вопросу индивидуальной ответственности по международному праву любого лица, действующего от имени государства». Комментарий КМП объясняет, что статья 58 была разработана так, чтобы не исключать никакого развития в связи с международной гражданской ответственностью для физических лиц⁵⁷.

Подводя итог статусу физического лица в международном праве: с Нюрнберга и с дела Тадича мы знаем, что люди имеют уголовно-правовые обязательства в соответствии с законодательством вооруженных конфликтов. Несмотря на доктринальное нежелание предоставлять лицам субъективности, люди теперь рассматриваются как имеющие не только уголовно-правовые обязательства, но и права в соответствии с международным правом. Если мы не хотим, чтобы развитие международного права не вошло в состояние стагнации, нам, возможно, следует признать прогрессивную идею, о том что частные лица имеют в дополнение к правам и обязательствам уголовного права, определенные международные гражданско-правовые обязательства; этот шаг может помочь в создании международного сообщества, которое должным образом признает роль индивида в международном праве.

Дело братьев ЛаГранд (Германия против США), 2001

75. Германия также утверждает, что «нарушение статьи 36 со стороны Соединенных Штатов не только нарушает права Германии, как государства-участника Конвенции, но и влечет за собой нарушение индивидуальных прав братьев ЛаГранд». Используя право на дипломатическую защиту, Германия также стремится получить возмещение от Соединенных Штатов на этом основании.

Германия утверждает, что право на получение информации о правах на основании статьи 36 пункта 1 (б) Венской конвенции, является индивидуальным правом каждого гражданина государства-участника Конвенции, который входит на территорию другого государства-участника. Оно

⁵⁷ “So far this principle has operated in the field of criminal responsibility, but it is not excluded that developments may occur in the field of individual civil responsibility. As a saving clause Article 58 is not intended to exclude that possibility; hence the use of the general term “individual responsibility””: Draft Articles on Responsibility of States for Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, at 142 (footnote omitted).

утверждает, что эта точка зрения поддерживается обычным значением положений статьи 36 пункта 1 (б) Венской конвенции, так как последнее предложение этого положения говорит о «правах» в соответствии с настоящим подпунктом «лица», т. е. иностранный гражданин, если он арестован или задержан. Германия добавляет, что положение статьи 36 пункта 1 (б), согласно которому арестованный решает должны ли быть предоставлены консульские уведомления, имеет эффект присвоения индивидуального права на иностранных заинтересованных граждан. По его мнению, контекст статьи 36 подтверждает этот вывод, поскольку он относится как к проблемам направляющих и принимающих государств, так и отдельных лиц. По мнению Германии, подготовительные материалы к Венской конвенции могут оказать дальнейшую поддержку этой интерпретации. Кроме того, Германия заявляет, что «Организация Объединенных Наций в Декларации о правах человека и лиц, которые не являются гражданами страны, в которой они живут», принятой Генеральной Ассамблеей в резолюции 40/144 от 13 декабря 1985 года, подтверждает мнение о том, что право доступа к консульству в государстве пребывания, а также осведомленность об этом праве, составляют индивидуальные права иностранных граждан и должны рассматриваться как права человека и иностранцев.

76. США сомневаются, что это дополнительное требование дипломатической защиты относится к делу, так как нет никаких параллелей между данным случаем и случаями дипломатической защиты с участием экономических претензий граждан государства. США утверждают, что право государства предоставлять консульскую помощь гражданам задержанным в другой стране, и права государства поддерживать требования своих граждан через дипломатическую защиту, являются юридически разными понятиями.

США утверждают, кроме того, что право консульского уведомления и доступа в соответствии с Венской конвенцией являются правами государств, а не отдельных лиц, хотя эти права могут использоваться лицами через разрешение государствам предложить им консульскую помощь. Они утверждают, что право обращения лиц в соответствии с Конвенцией неразрывно связано и производно от права государств, действующих через своих консульских должностных лиц, чтобы пообщаться со своими гражданами, и не является фундаментальным правом или свободой человека. Соединенные Штаты утверждают, что тот факт, что статья 36 в соответствии с условиями признает право личности не определяет характер этих прав или средств правовой защиты, что требуется в соответствии с Венской конвенцией в случае нарушения этой статьи. США отмечают, что статья 36 начинается со слов «и в целях облегчения вы-

полнения консульских функций в отношении граждан представляемого государства», и что эта формулировка не дает никакой поддержки о том, что права и обязанности, перечисленные в пункте 1 этой статьи, направлены на обеспечение того, чтобы граждане представляемого государства имели какие-либо особые права в контексте уголовного преследования. В подготовительных материалах Венской конвенции, по заявлению Соединенных Штатов, не отражается консенсус о том, что статья 36 касается неотъемлемых прав личности, в отличие от личных прав, которые производны от прав государств.

77. Суд отмечает, что статья 36, пункт 1 (б), излагает обязательства государства пребывания в направлении задержанного лица и представляемого государства. Она предусматривает, что по просьбе задержанного лица принимающее государство должно информировать консульское учреждение представляемого государства о задержании человека «без промедления». Она далее предусматривает, что любое сообщение от задержанного лица на имя консульского учреждения, представляемого государства, должно быть направлено властями принимающего государства «без промедления». Важно отметить, что настоящий подпункт заканчивается в следующей формулировке:

«Указанные органы должны незамедлительно сообщать этому лицу о его правах, предусмотренных настоящим подпунктом». Более того, в соответствии со статьей 36 пунктом 1 (с) право посылающего государства по оказанию консульской помощи задержанному лицу не может быть реализовано», если он определенно возражает против этого». Ясность этих положений, рассматриваемых в их контексте, недопускает сомнений. Из этого следует, как уже было указано несколько раз, что суд должен применять эти положения как они указаны (см. Приобретение польского гражданства, консульское заключение 1923 года, РСІІ, серия В, № 7, стр. 20; Компетенция Генеральной Ассамблеи для приема государств в Организацию Объединенных Наций, консульское заключение, ICJ Reports 1950, стр. 8; Арбитражное решение от 31 июля 1989 года, решение, ICJ Reports 1991, стр. 69-70, п. 48; Территориальный спор (Ливийская Арабская Джамахирия/Чад), решение, ICJ Reports 1994, стр. 25, пункт 51). На основе текста этих положений, Суд пришел к выводу, что статья 36 пункт 1 порождает права индивида, которые, в силу Факультативного протокола, могут быть использованы в настоящем Суде государством гражданства задержанного лица. Эти права были нарушены в данном деле.

78. На слушаниях, Германия далее утверждает, что право лица на получение информации без задержки в соответствии с пунктом 1 статьи 36

Венской конвенции было не только индивидуальным правом, но сегодня уже приобрело характер неотъемлемого права человека. Как результат, Германия добавляет «характер права в соответствии со статьей 36 как права человека делает применимость этого положения еще более необходимым». Суд, найдя, что Соединенные Штаты нарушили права братьев ЛаГранд, предоставленные пунктом 1 статьи 36, не считает необходимым рассматривать дополнительные аргументы, представленные Германией.

[О.М. Ши] 15. Результатом дискуссии стало принятие поправки двадцатью государствами о включении слов «если он об этом просит» в начале подпункта. Последнее предложение статьи 36 в пункте 1 (б), то есть положение, в котором компетентные органы принимающего государства «уведомляют заинтересованное лицо незамедлительно о его правах» (Конференция Организации Объединенных Наций о консульских сношениях, 1963, т. 1, стр. 336-343) был вставлен с опозданием в качестве компромисса между указанными выше двумя противоположными мнениями. Таким образом, не представляется возможным заключить из истории переговоров, что статья 36 пункт 1 (б) по замыслу переговорщиков был созданием именно индивидуальных прав. Более того, если иметь в виду, что общий тон и направленность обсуждения всей Конференции были сосредоточены на консульских функциях и их практичности, то представляется, что создание какого-либо отдельного права независимо от права государств не было предусмотрено на конференции.

[Стр.536 О.М. Ода] 23. ... Я не вижу никаких убедительных аргументов для поддержки определения суда, что «статья 36 пункт 1 создают индивидуальные права для задержанных лиц в дополнение к правам, предоставленным государству, и ... следовательно, ссылки на права «в пункте 2 следует читать, как применение не только права представляемого государства, но и права задержанного лица» (решение, пункт 89).

24. Я позволю себе выразить недоумение относительно применимости ссылки Суда в решении на статью 36 пункт 1 (с) Конвенции в связи с правами задержанного лица. Я считаю, что это положение было включено в Конвенцию, чтобы просто обеспечить ситуацию, в которой арестованный иностранный гражданин отказывается от консульского уведомления для того, чтобы недопустить того, что его преступное поведение или даже его присутствие в чужой стране, стало известным в собственной стране; это положение не может иметь никаких дополнительных значений.

[стр. 537 О.М Ода] 27. Я не уверен в правильности проведения суда о том, что Венская конвенция о консульских сношениях дает для иностранных физических лиц какие-либо права, помимо тех, которые обязательно

вытекают из обязательств, налагаемых на государства в соответствии с этой Конвенцией. Кроме того, я не могу, но думаю, что суд считает, что Венская конвенция о консульских сношениях дает более широкую защиту и более широкие права личности для иностранных граждан (в данном случае, немецкие граждане в Соединенных Штатах), чем обычно доступные для граждан в собственной стране (в данном случае, американцы в Соединенных Штатах).

Если Венская конвенция о консульских правах должна быть истолкована как предоставление права лицам, то эти права строго ограничены тем, что соответствующие обязательства покрываются государствами в соответствии с Конвенцией, и не включают основные права человека, такие, как право на жизнь, имущество и т.д. Я считаю, что решение лишено каких-либо убедительных объяснений с этой точки зрения.

Транснациональные корпорации и Международное право, Алис де Йонг⁵⁸

И теория, и практика уже твердо отказались от традиционной доктрины, что государства являются исключительными субъектами международного права. К середине двадцатого века, как международные организации, так и физические лица входили в область действия международного права. Международные организации, которых уже имеется огромное растущее количество не только ограничены инструментами, которыми они законно учреждены, но и, в разной степени, осуществляют права, с учетом обязанностей в соответствии с международным правом (Harris, 2004). Поскольку это касается физических лиц, люди в государствах, которые ратифицировали Первый Факультативный протокол, теперь могут подавать индивидуальные жалобы в Совет по правам человека ООН, в случае неспособности государства защитить права, содержащиеся в Международном пакте о гражданских и политических правах. Римский статут Международного уголовного суда (МУС) 1998 года дает возможность привлечь физических лиц к ответственности за «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества в целом» (Римский статут 1998 года, статья 5). Касательно субъектов (юридических лиц) права, то нет эквивалентных обязанностей, возложенных на них международным правом. ... ТНК имеют, однако, этот доступ к целому ряду гарантий и прав, содержащихся в двусторонних и двусторонних инвестиционных дого-

⁵⁸ Transnational corporations and international law: bringing TNCs out of the accountability vacuum, p.68. Alice de Jonge, Department of Business Law and Taxation, Monash University, Caulfield East, Australia www.emeraldinsight.com/1742-2043.htm.

ворах. Глава 11 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), например, защищает ТНК от произвольной экспроприации их активов правительством принимающей страны. Статья 1110 из НАФТА позволяет ТНК вызвать правительство принимающей страны в обязательный арбитраж в случае экспроприации без должной компенсации. Двусторонние торговые и инвестиционные договоры Америки также предусматривают защиту прав ТНК инвестирования за пределами страны регистрации, и обязательный арбитраж в случае спора инвесторов и принимающей страны.

Международный Суд: практические директивы

Практическая директива XII⁵⁹

Впервые Суд принял практические директивы в октябре 2001 года для использования государствами, предстающими перед ним. Практические директивы не связаны с изменением в Регламенте Суда, но являются дополнительными к настоящему документу. Они являются результатом проведения текущего обзора суда и методов его работы. Любые изменения в практических директивах, после их принятия судом, в настоящее время размещены на веб-сайте Суда и публикуются в ежегоднике Суда, с отметкой о любых временных оговорках, касающихся их применимости.

Практическая директива XII

1. Когда международная неправительственная организация представляет письменное заявление и/или документ в консультативном заключении по своей собственной инициативе, такое заявление и/или документ не следует рассматривать как часть дела.

2. Такие заявления и/или документы рассматриваются как доступные публикации, и могут соответственно быть переданы государствами и межправительственными организациями в представлении письменных и устных заявлений в деле таким же образом, как публикации в общественном издании.

3. Письменные заявления и/или документы, представленные международными неправительственными организациями, будут помещены в указанное место во Дворце мира. Все государства, а также межправительственные организации, представляющие письменные или устные заявления в соответствии со статьей 66 Статута, будут информированы о

⁵⁹ International Court of Justice: Practice Directions, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1+48p248p3+0>

месте, где можно ознакомиться с заявлениями и/или документами, представленными международными неправительственными организациями.

Правовой Статус НПО в современном международном праве? Э. Ребасти, Л. Вьеруччи⁶⁰

В последние годы мы стали свидетелями беспрецедентной активности неправительственных организаций (НПО) на международном уровне. НПО играют важную роль в формировании международной повестки дня, во влиянии на международное нормотворчество и в содействии осуществлению международных норм. Они доказали, что могут быть движущей силой в некоторых из основных нововведений в международной системе (например, создание постоянного Международного уголовного суда), но и важными партнерами в день за днем во время исполнения международных стандартов и программ.

Новое измерение этого явления поднимает проблему о том, необходимо ли пересмотреть традиционное содержание правового статуса неправительственных организаций в международном праве и предоставить гражданскому обществу четкие правовые рамки для ее действия. После результатов совещания, состоявшегося в Институте Европейского университета в 2002 году (семинар во Флоренции), мы концентрируемся на двух важных аспектах деятельности НПО: отношения с межправительственной организацией (МПО) и участие в международных судебных разбирательствах. Взаимодействие с международными организациями всегда представляли центральную часть деятельности НПО на международном уровне. Со времен Лиги Наций, формы сотрудничества были разработаны в ответ на сближение интересов НПО и МПО. С одной стороны, институциональные структуры международного сотрудничества обеспечивают НПО с форума, и они вынуждают сделать их голос более слышимым за пределами национального государства, с политической целью для осуществления ими своей дипломатии. С другой стороны, МПО все чаще смотрели на неправительственные организации в качестве стратегических союзников, чтобы обеспечить успех своей политики и программ, либо путем распространения информации и повышения осведомленности общественности, либо с помощью прямого воздействия.

Однако рост неправительственных действий как в количественном, так и в качественном выражении поставили под давление существующие

⁶⁰ Emanuele Rebasti and Luisa Vierucci* at: http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/VierucciRebasti_971.pdf or excerpt S. Charnovitz on NGOs.

системы интерактивного инструмента и выдвигают новые требования. НПО требуют более широкого участия в межправительственном процессе, который они критикуют за то, что он недемократичен. С другой стороны, когда гражданское сообщество получает больше власти, с него требуют оправдать свою легитимность и соответствия более высоким требованиям прозрачности. Кроме того, более высокий уровень участия требует, чтобы существующие модели отношения имеют обтекаемую форму, чтобы избежать дублирования, растраты информации и ресурсов.

Доступ к правосудию является одним из основных компонентов отношений между международными организациями и гражданским обществом. Этот компонент становится все более важным по причине увеличения числа международных судов и трибуналов, которые имели место быть в последние 15 лет. Хотя международное правосудие было до недавнего времени прерогативой государств, с ограниченным исключением некоторых прав человека и инвестиционных договоров, предоставляющих правовой статус физическим или юридическим лицам, последнее десятилетие XX века свидетельствует о создании международных судебных органов, обладающих компетенцией в отношении физических лиц (например, Международный уголовный суд), Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ) и Руанде (МТР)). Распространение судебных органов в сочетании с расширенным публичным участием НПО на международном уровне требует повторной оценки взаимосвязи между этими двумя объектами. Это означает, что расследование довольны ли НПО имеющимся доступом к правосудию, а также не видят ли ни необходимым предложить изменения «*de lege ferenda*» с целью принятия их более плодотворного участия в международном правосудии.

ГЛАВА 4 ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ

Концепция территории в международном праве

Введение в концепцию юрисдикции и территориальную юрисдикцию, Мартин Диксон⁶¹

Юрисдикция и суверенитет

Концепция «юрисдикции» в международном праве может охватывать множество понятий. В этой главе мы рассмотрим характер и степень власти государства над территорией, людьми и самолетами.

6.1. Общие принципы юрисдикции

В деле Лотос (1927), Постоянная палата Международного Суда, заявила, что «первое и главное ограничение, налагаемое международным правом на государство это то, что в отсутствии существования разрешающей нормы, наоборот, она не может осуществлять свою власть в любой форме внутри территории другого государства», другими словами, если это не разрешено явно, государство не может осуществлять юрисдикцию на территории другого государства. Тем не менее, суд стал объяснять, что это не означает, что государству было запрещено осуществлять юрисдикцию на своей собственной территории, в отношении любых действий, которые состоялись за рубежом. В международном праве нет общего запрета против государств, расширения их законодательной юрисдикций для людей, имущества и событий, происходящих за пределами их территории. На самом деле, во всех международных спорах, для государства было важным понять наличие или отсутствие юрисдикции, чтобы доказать существование нормы международного права в отношении пределов общей юрисдикции, которой обладало каждое государство. Эта общая способность взять на себя предписывающей юрисдикции право издавать законы по вопросам, выходящим за территориальные домены вытекала из абсолютного суверенитета государства и могут быть ограничены только на основании положительного ограничения.

⁶¹ Выдержки из учебника по Международному Праву, Мартин Диксон, стр. 132-34, 136-37, 5-е изд., [Перепечатано с разрешения Oxford University Press, 2005].

Как видно из дела Лотус, то, что у нас есть две конкурирующих общим правилам подсудности. С одной стороны, «в первую очередь», правило гласит, что одно государство не может осуществлять юрисдикцию на территории другого государства. С другой стороны, есть столь же общий принцип, что государство полностью свободно для осуществления своей юрисдикции в отношении любого вопроса, происходящего за пределами ее территории, пока это не запрещено международным правом в прямой форме. Может оба эти заявления в принципе правильны, ибо они, кажется, исключают друг друга? Ответ заключается в том, что концепция государственной юрисдикции в отношении лиц, имущества и территории включают в себя две различные идеи.

6.1.1 Предписывающая юрисдикция

Власть государства, которое в состоянии вынести любое положение в пределах его национального законодательства, называется предписывающей юрисдикцией. Второй принцип дела Лотос относится к этому. Полномочия государства, утверждать применимость своих национальных законов любому лицу, имуществу, территории или событию, где бы они ни находились и где бы они ни происходили. Как мы видели из изречения в деле Лотус, в осуществлении своей законодательной юрисдикции государство практически неограничено международным правом, за исключением только того, что государство приняло на себя конкретные международные обязательства, ограничивающие его компетенцию. Двумя хорошими примерами предписывающей юрисдикции является то, что Великобритания ввела закон о вещании 1990 года, который устанавливает уголовную ответственность в соответствии с законодательством Великобритании на трансляцию из открытого моря в манере, которая сталкивается с внутренним вещанием, а дело Джойс против DPP (1946J AC 347) показывает, что преступление измены может быть совершено любым верным короне человеком, который совершил предательские действия, которые произошли где бы то ни было. В сущности, предписывающая юрисдикция включает в себя неограниченную власть в отношении любого вопроса. Однако, практический эффект этой юрисдикции, как ограничивающий первый принцип, изложен в деле Лотос - юрисдикция принуждения.

6.1.2 Юрисдикция принуждения

В то время как государство может иметь общие полномочия предписывающей юрисдикции в соответствии с международным правом, эта юрисдикция в общем случае может иметь место только в пределах своей собственной территории, в частности, государство не может, как указано выше в цитате из дела Лотус, ввести в действие предписывающую юрис-

дикцию на территории другого государства. Следовательно, - фактическое осуществление юрисдикции, - работа полиции, национальных судов и т.д., - ограничивается территорией государства, утверждающего юрисдикцию, если только есть соглашение, в соответствии с которым принудительную юрисдикцию можно применить в другом месте. Так что, когда лица, в отношении которых государство предписало юрисдикцию, находятся на территории другого государства, государство может приступить к осуществлению своих полномочий, как в деле Джойс против DPP. Государство не может, в отсутствие специального разрешения, стремиться защищать свою законодательную юрисдикцию за пределами ее территории. Ярким примером такого специального разрешения является Соглашение 1999 года Великобритания / Нидерланды, которое позволило судить Локерби, относившегося к шотландскому суду, в соответствии с шотландскими законами, на голландской территории.

На самом деле, те два принципа, определенных в деле Лотос не противоречили друг другу. Они касаются двух различных видов юрисдикции. Согласно международному праву, государство может утверждать, согласно его национальному законодательству, юрисдикцию, которая является практически неограниченной. Однако любое исполнение юрисдикции ограничивается его собственной территорией и не должно, без специального соглашения, осуществляться в любой форме на территории другого государства. Как мы видим, территориальная исключительность юрисдикции принуждения является одним из важнейших принципов международного права.

6.1.3 Абсолютный характер территориальной юрисдикции

Третье, как следствие из первых принципов Лотуса, является одной из основных норм международного права - юрисдикция государства в пределах своей собственной территории, является полной и абсолютной. Государство имеет полномочия и власть над всеми лицами, имуществом и событиями, происходящими на его территории. Это основной признак суверенитета и вытекает из самого существования государства как международного юридического лица. Кроме того, никакая другая власть, в том числе, Организация Объединенных Наций (Устав ст. 2 (7)), не может осуществлять принудительную юрисдикцию на государственной территории и вопросы, возникающие в рамках внутренней юрисдикции, не могут служить предметом международной претензии, за исключением особых случаев (таких как права человека). Именно по этой причине, например, сотрудники полиции из других государств не имеют полномочий в Великобритании, и могут работать там только с согласия соответствующих органов Великобритании.

Тем не менее, ясно, что абсолютный и полный характер территориальной юрисдикции может быть изменен либо общими принципами международного права, или конкретными обязательствами, добровольно взятыми на себя территориальным сувереном. Например, государство обязано в рамках международного права воздерживаться от осуществления своей территориальной юрисдикции в отношении дипломатов и общественных судов других государств (например, шхуна биржи против *McFaddon* (1812, 7 Cranch 116). Они имеют иммунитет от юрисдикции. Кроме того, государство может подписать договор, в соответствии с которым другое государство может осуществлять некоторые формы юрисдикции в пределах своей территории (например, Соглашение 1999 - Великобритания / Нидерланды) или грант юрисдикции может быть аспектом суверенитета, как с суверенными военными базами Великобритании на Кипре и с американской военной базой на Кубе.

Подводя итоги основных принципов юрисдикции можно отметить, что во-первых, государство имеет право в рамках международного права применять свое национальное законодательство с целью урегулирования вопросов, возникающих внутри и за пределами ее территории, независимо от национальности объекта этой юрисдикции: это и есть предписывающая юрисдикция. Во-вторых, эта законодательная юрисдикция ограничена на практике тем, что исполнение юрисдикции может иметь место только на собственной территории государства, если только не существует специальное разрешение, предоставляющее право осуществлять принудительную юрисдикцию в районе, находящемся под суверенитетом другого государства. В-третьих, государство обладает абсолютными эксклюзивными полномочиями в пределах своей собственной территории, на все вопросы, вытекающие из него, если только эта власть не ограничена верховенством международного права, будь то общие или специальные нормы. Никакое другое государство или международное юридическое лицо не может вмешиваться во «внутреннюю компетенцию» территориального суверенитета.

6.2.1 Территориальная юрисдикция

Этот принцип тесно связан с тем, что было сказано выше. Он выражается в том, что государство обладает юрисдикцией в отношении всех вопросов, возникающих на его территории. Это так, несмотря на то, кем являются заинтересованные лица - гражданами, дружественными или враждебными иностранными лицами, и, например, это было первичным основанием для утверждения юрисдикции Шотландии в деле Локерби. Нет никаких сомнений, что эта норма согласуется с международной

практикой, и большая часть уголовных и гражданских юрисдикций, осуществляемых государствами основывается на этом принципе. Некоторые сомнения остаются относительно того, когда акт начнет действовать на территории государства, но они значительно развеиваются благодаря развитию «объективных» и «субъективных» подходов к территориальной юрисдикции.

(а) Объективная территориальность. Государство будет иметь юрисдикцию в отношении преступлений, которые совершаются на его территории, хотя некоторые элементы, составляющие правонарушение (или гражданское правонарушение), состоялись за рубежом. В деле *Лотус*, например, столкновения между *Лотусом*, французским кораблем, и турецким судном привело к смерти восьми человек на турецком судне. Франция возражала против осуществления юрисдикции Турцией из-за французского офицера. Тем не менее, отметив, что турецкий корабль должен быть приравнен к турецкой территории, суд решил, что Турция имеет право осуществлять юрисдикцию в силу того, что одним из составных элементов в преступлении в непредумышленном убийстве, - смерть, произошла на турецкой территории.

(б) Субъективная территориальность. Это просто обратный принцип к тому, который только что обсуждали. Таким образом, государство обладает юрисдикцией в отношении всех преступлений, и вопросов, начиная с ее территории, даже если какой-то элемент или завершение преступления, имеет место на территории другого государства.

В Соединенном Королевстве, территориальность юрисдикции рассматривается как фундаментальное значение, как ясно указано в деле *«Cristitta» Compania Naviera Vascortgado V Пароход [1938] AC 485*, когда суд подчеркнул, абсолютность достижения суда в пределах территории. Таким образом, путем следствия, в *P против губернатора тюрьмы Белмарш, в одностороннем порядке Мартин (1995) 2 All ER 548*, апелляционный суд отказал в «отсутствии четкости в истолковании закона парламента в качестве операционной экстра-территориальности, то есть в отношении действий, происходящих за пределами территории, так как это противоречит нормальной презумпции Великобритании о достигаемости ее юрисдикции. Более того, Великобритания однажды взяла позицию общего мнения, в вопросе общего права, что преступления не «происходят» в рамках государственных территорий (так и не вызывают осуществления юрисдикции), если только последнее событие, составляющее преступление не было совершено на территории Великобритании: была добровольной презумпция против субъективной территориально-

сти, хотя международное право разрешает только такой подход. Когда транснациональной преступности было мало, известно то, что то не было серьезным ограничением. Тем не менее, в «глобальной деревне» то, что человек может избежать юрисдикции Великобритании, поскольку преступление было завершено за рубежом, даже если все предварительные шаги в совершении «преступления» были предприняты в рамках его территории, стало более трудно оправдать. Таким образом, комиссия рассмотрела этот вопрос и его измененные предложения отразились в принятом Законе об уголовном правосудии 1993 г., стр. 1-3. При этом сохраняется принцип территориальности по уголовным делам, в том смысле, что не существует общего модификационного принципа, согласно которому не существует юрисдикции за действия, происходящие за пределами территории, но разрешены судам в Англии и Уэльсе на осуществление юрисдикции в отношении некоторых преступлений, где составной элемент преступления был совершен на территории Великобритании, несмотря на то был или нет последний элемент завершен на его территории. Это переход к субъективной территориальности, что вполне соответствует международному праву и является шаблоном и в других государствах. Следует также отметить, что Великобритания может по-прежнему осуществлять экстерриториальную юрисдикцию, где это специально предусмотрено Законом парламента (например, к гражданской авиации (поправка) 1996), или если это оправдано в соответствии с другими международными принципами юрисдикции, которые будут рассмотрены ниже.

6.2.2 Юрисдикция национальности

Ясно, что международное право позволяет (но не требует) государству осуществлять юрисдикцию в отношении своих граждан, где бы они ни были, когда бы преступление или гражданское правонарушение не было совершено. Гражданин имеет право на дипломатическую защиту во все времена и, как следствие, он или она находится под его гражданской и уголовной юрисдикцией. Обязательно, юрисдикция не будет осуществляться, пока лицо физически находится на территории своего родного государства, и это может быть тем, что государство не предпринимает никаких действий, потому что дело рассматривалось в соответствии с законом государства, на территории которого происходили события. Однако, есть признанное законное право на осуществление юрисдикции по признаку национальности, и это сейчас осуществляется в Великобритании в отношении преступлений серьезного характера (например, убийство, некоторые преступления на сексуальной почве). Таким образом, в деле Эрла Рассела 1901 AC 446, обвиняемый, гражданин Великобритании, был осужден за двоеженство, хотя второй акт брака был заключен за пределами

Соединенного Королевства. Это дело также (редкий) пример принципа субъективной территориальности в действии в Соединенном Королевстве.

Дело Лотус (Франция против Турции), 1927⁶²

По специальному соглашению, подписанному в Женеве 12 октября 1926 года между правительствами Франции и Турецкой Республики, ... [стороны] подали в Постоянную палату международного правосудия вопрос о юрисдикции, возникший между ними, следующего за столкновением, которое произошло в августе 1926 года, между пароходами Боз-Коурт и Лотус.

В соответствии с особым соглашением, суд должен решить следующие вопросы:

«(1) Действовала ли Турция, в нарушение статьи 15 Конвенции Лозанны от 24 июля 1923 года о соблюдении условий нахождения и бизнеса, и юрисдикции, в противоречии с принципами международного права, и если да, то с какими именно в поведении после столкновений, которые произошли в августе 1926 года, в открытом море между французским пароходом Лотус и турецким пароходом Боз-Коурт и по прибытию французского парохода в Константинополь, а также в отношении капитана турецкого парохода, в ведении уголовных дел в соответствии с турецким законодательством в отношении Деймона, офицера на борту Лотуса во время столкновения, в результате повлекшего смерти восьми турецких моряков и пассажиров парохода Боз - Коурт?

[...]

21-го августа 1926 года, незадолго до полуночи, произошло столкновение между французским пароходом Лотус, направлявшимся в Константинополь, и турецким угольщиком Боз-Коурт, в пяти или шести морских милях к северу от мыса Сигири (Митилину). Боз-Коурт, который разделился на две части, затонул, и восемь турецких граждан, которые находились на борту, погибли. После того, как было сделано все возможное, чтобы помочь потерпевшим кораблекрушение, из которых десять были спасены, Лотус продолжил свой путь в Константинополь, куда он прибыл 3 августа.

В момент столкновения, вахтенным офицером на борту Лотус был мистер Деймон, гражданин Франции, лейтенант на торговой службе и

⁶² The Case of the S.S. "Lotus" (France v Turkey), Permanent Court of International Justice (P.C.I.J.), Series A No. 70, 7 September 1927.

первый офицер судна, в то время как движение Боз-Коурта были направлены его капитаном, Хасан Беем, который был одним из тех, кто спасся в результате крушения.

[...]

5 августа, турецкие власти попросили лейтенанта Деймона сойти на берег для дачи показаний. Обследование, ... привело к заключению под арест лейтенанта Деймона без предварительного уведомления, направленного французскому генеральному консулу и Хасан Беею, среди прочих. Этот арест, который по словам турецкого агента считался как арест до суда (профилактическим задержанием), был осуществлен в целях обеспечения уголовного преследования, возбужденного в отношении двух офицеров по обвинению в непредумышленном убийстве, прокурором Стамбула, по жалобе семьи жертв столкновения.

Дело было впервые заслушано судом Стамбула по уголовным делам 28 августа. По этому случаю, лейтенант Деймон утверждал, что турецкие суды не имели юрисдикции; Суд, однако, отменил свое возражение. ...

15 сентября, уголовный суд вынес решение с условиями, которые не были доведены до суда сторонами. Тем не менее, по общему основанию лейтенант Деймон был приговорен к восьмидесяти дням тюремного заключения и штрафу в двадцать два фунта, Хасан Бей был приговорен к чуть более серьезному наказанию.

[...]

Действия турецких судебных властей в отношении лейтенанта Деймона сразу породили длительные дипломатические переговоры и другие шаги со стороны французского правительства и его представителей в Турции, либо протестовавших против ареста лейтенант Деймона или требуя его освобождения, или с целью передачи дела из турецкого суда французскому суду.

В результате этих переговоров Правительство Турецкой Республики объявило 2-го сентября 1926 года, что «оно не возражает против разрешения конфликта под юрисдикцией Гаагского суда».

Право

1. Столкновения, которые произошли 2 августа 1926 года, между пароходом Лотус, идущим под французским флагом, и судном Боз-Коурт, идущим под турецким флагом, состоялось в открытом море: территориальная юрисдикция другого государства, иного, чем Французская или Турецкая, следовательно, не должны учитываться.

2. Нарушения, если таковые имеются, принципов международного права, состояли бы в принятии уголовного дела в отношении лейтенанта Деймона. Поэтому это не является вопросом, касающимся какого-либо конкретного шага в этом разбирательстве, так как его существо было установлено в суде, его арест, его содержание под стражей до суда или судебное решение, вынесенное уголовным судом Стамбула, - но и сам факт турецких судов, осуществляющих уголовную юрисдикцию. Поэтому аргументы, выдвинутые сторонами в обоих этапах разбирательства, касаются исключительно вопроса о том, действовала ли Турция или нет в соответствии с принципами международного права, в соответствии с юрисдикцией для судебного преследования...

3. Уголовное преследование было возбуждено, поскольку потери Боз-Коурта включают смерть восьмерых турецких моряков и пассажиров. Это ... случай преследования за непредумышленное убийство ... [З]десь нет никаких сомнений в том, что их смерть может рассматриваться как прямой результат столкновения, и французское правительство не утверждало, что эта связь причины и следствия не может не существовать.

[...]

II

Теперь суд должен определить, каким принципам международного права противоречит уголовное преследование лейтенанта Деймона.

Это статья 15 Конвенции Лозанны от 24 июля 1923 года о соблюдении условий нахождения и бизнеса, и юрисдикции, которая отсылает подписавшие стороны к принципам международного права в отношении делимитации их юрисдикции. Это положение выглядит следующим образом: «При условии соблюдения положений статьи 16 и 11 вопросы юрисдикции, между Турцией и другими державами, заключившими договор, будут решаться в соответствии с принципами международного права».

Теперь суд считает, что слова «принципы международного права», как обычно используется, может означать международное право, только когда оно применяется ко всем нациям, принадлежащим к сообществу государств.

III

Международное право регулирует отношения между независимыми государствами. Правовые нормы являются обязательными для государств, потому что они исходят из их собственной воли, выраженной в конвенциях или в общепринятых обычаях как выражение принципов права и

созданные в целях регулирования отношений между этими сосуществующими независимыми общинами, либо с целью достижения общих целей. Поэтому это не может считаться ограничением независимости государств.

Сейчас первое и главное ограничение, налагаемое международным правом на государство то, что оно в отсутствие существования разрешающей нормы не может осуществлять свою власть в любой форме на территории другого государства. В этом смысле юрисдикция является, несомненно, территориальной, она не может быть осуществлена государством вне его территории, за исключением, в случае разрешительной нормы, вытекающей из международного обычая или конвенции.

Однако это не означает, что международное право запрещает государству осуществлять юрисдикцию на своей территории, по отношению к любому правонарушению, которое относится к совершению правонарушения за границей и к которому оно не может применить какую-либо разрешительную норму. Такой взгляд был бы логичным только, если международное право содержало общий запрет государствам в целях распространения действия своих законов и юрисдикций их судов для людей, имущества и актов за пределами их территории, и если, как исключение из этого общего запрета, она позволяла бы государствам делать это в конкретных случаях. Но это положение, конечно, не существует в международном праве в его нынешнем виде и в настоящее время. Далеко не устанавливающий общий запрет о том, что государства не могут распространять действие своих законов и юрисдикции своих судов для людей и имущества за пределами их территорий, оставляет им... широкие меры по усмотрению, которые только ограничены в некоторых случаях запретительными правилами; что касается других случаев, каждое государство остается свободным принимать принципы, которые оно рассматривает как лучшие и наиболее подходящие.

Это усмотрение, предоставленное государствам международным правом, объясняет большое разнообразие правил, которые они смогли принять без возражений или жалоб со стороны других государств; эта ответственность ... по устранению трудностей, связанных с таким разнообразием усилий, которые были предприняты в прошлые годы как в Европе и Америке для подготовки конвенций, которые могли ограничить свободу, в настоящее время оставленную на усмотрение государств в этом отношении международным правом, таким образом, исправляя существующие пробелы в отношении юрисдикции или решения конфликтующих юрисдикций, вытекающих из разнообразия принципов, принятых различными государствами.

В этих условиях все, что можно требовать от государства это то, что оно не должно переступать пределы, которые международное право устанавливает в отношении его юрисдикции, в этих пределах, его право на осуществление юрисдикции содержится в его суверенитете...

IV

Суд приступает к удостоверению того, что общее международное право, к которому применяется статья 15 Конвенции Лозанны, содержит норму, запрещающую Турции судебное преследование лейтенанта Деймона.

Для этой цели, ему нужно в первую очередь проанализировать значение аргументов, выдвинутых правительством Франции, однако, не забывая принимать во внимание и другие возможные аспекты проблемы, которые могли бы указать на то, что существующая ограничительная норма применима в данном случае.

Аргументы, выдвинутые французским правительством, кроме тех, которые были рассмотрены выше, состоят, по сути, из трех следующих:

(1) Международное право не позволяет государству разбирать дела о преступлениях, совершенных иностранцами за рубежом, просто по причине гражданства жертвы, и такова ситуация в данном случае, поскольку преступление должно рассматриваться как будто оно было совершено на борту французского судна.

[...]

Что касается первого аргумента ... столкновение произошло в открытом море между двумя судами, идущими под разными флагами, на одном из которых было одно из лиц, предположительно виновное в правонарушении, в то время как жертвы находились на борту другого.

Исходя из этого, суд не считает необходимым рассматривать утверждения, что государство не может рассматривать преступления, совершенные за границей иностранцами просто по причине гражданства жертвы. Это утверждение относится только к случаю, когда гражданство жертвы является единственным критерием, на котором основывается уголовная юрисдикция государства. Даже если этот аргумент был верным в принципе, - это может быть использовано только в данном случае, если международное право запрещает Турции принять во внимание тот факт, что последствия преступления были отражены на турецком судне и, следовательно, в таком месте, приравненном к турецкой территории, в которых применение турецкого уголовного права не может быть оспо-

рено, даже в отношении преступлений, совершенных там иностранцами. Но таких норм международного права не существует. Ни один аргумент не имеет значимости, из которого суд мог бы сделать вывод, что государства признают себя виновными по отношению друг к другу только в том, что касается места, где автор преступления, оказался в момент совершения преступления.

Напротив, оно уверено, что суды многих стран, даже тех стран, у которых уголовное законодательство носит строго территориальный характер, интерпретируют уголовное право в том смысле, что преступление, автор которого в момент столкновения находится на территории другого государства, тем не менее, следует рассматривать как совершенное на национальной территории, если один из составных элементов преступления, и особенно его последствий, произошли там. Французские суды, в отношении различных ситуаций, с учетом решений, приняли этот способ интерпретации территориального принципа. Опять же, суд не припомнит ни одного дела, в котором правительства протестовали против того, что уголовное законодательство некоторых стран, содержит правила на этот счет или, что суды стран толковали свое уголовное законодательство в этом смысле. Следовательно, если признано, что последствия преступления были отражены на турецком судне, становится невозможным утверждать, что существует верховенство международного права, которое запрещает Турции наказать лейтенанта Деймона только из-за того, что преступление было совершено на борту французского судна. Поскольку, как уже отмечалось, специальное соглашение не имеет отношения к вопросу о применении турецкого закона, согласно которому уголовное дело было возбуждено, но только с вопросом о том, что рассматривается ли применение закона, как противоречащее принципам международного права, нет причины позволяющей суду ограничить решение в том, что в этом случае уголовное преследование не может быть оправдано с точки зрения так называемого территориального принципа.

[...]

Преступление, за которое был осужден лейтенант Деймон было квалифицировано как акт небрежности или неосторожности, который произошел на борту судна Лотус, в то время как его последствия были отражены на судне Боз-Коурт. Эти два элемента, по закону, совершенно неразделимы, причем настолько, что их разделение указывает на отсутствие преступления. Ни исключительная юрисдикция государства, ни ограничения юрисдикции каждого государства на происшествия, которые произошли на соответствующих судах, не будут братья в расчёт в соответствии с

требованиями справедливости и эффективной защиты интересов двух государств. Вполне естественно, что каждое государство должно иметь возможность осуществлять свою юрисдикцию, и делать это в отношении инцидента в целом. Поэтому это является параллельной юрисдикцией.

По этим причинам [...] суд [находит] [...] Турция [...] не действовала в противоречии с принципами международного права. [...]

Военная и полувоенная деятельность в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов), 1986⁶³

251. Суд должен теперь упомянуть принцип уважения государственного суверенитета, который в международном праве, конечно, тесно связан с принципами запрещения применения силы и невмешательства. Основные правовые концепции государственного суверенитета в обычном международном праве, выраженные, в *inter alia*, статье 2 пункте 1 Устава Организации Объединенных Наций, распространяются на внутренние воды и территориальное море каждого государства, а также воздушное пространство над своей территорией. Что касается воздушного пространства, то Чикагская конвенция 1944 года о гражданской авиации (ст. 1) воспроизводит установленный принцип полного и исключительного суверенитета государства над воздушным пространством над своей территорией. Эта Конвенция, в сочетании с Женевской конвенцией 1958 года о территориальном море, далее уточняет, что суверенитет прибрежного государства распространяется на территориальное море и воздушное пространство над ним, так же как и Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, принятая 10 декабря 1982 года. Суд не сомневается, что эти предписания договора просто отвечают твердо установленным и установившимся принципам международного обычного права.

258. Обязанность каждого государства уважать территориальный суверенитет других, следует рассмотреть при оценке фактов, относящихся к минированию, которое происходило вдоль побережья Никарагуа. Правовые нормы, в свете которых эти акты минирования должны оцениваться зависят от того, где они имели место. Установка мин в портах другого государства, регулируется правом, связанным с внутренними водами, которые подлежат суверенитету прибрежного государства. Позиция

⁶³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

аналогична в отношении мин, установленных в территориальном море. Поэтому и существует концепция суверенитета прибрежного государства, которое оказывает влияние в таких случаях. Кроме того, это в силу своего суверенитета, прибрежное государство может регулировать доступ к своим портам.

251. Последствия принципа уважения территориального суверенитета неизбежно пересекаются с принципами запрещения применения силы и невмешательства. Таким образом, помощь к *contras* (мятежникам), а также непосредственные нападения на Никарагуанские порты, нефтяные объекты и т.д., указанные в пунктах с 81 по 86, не только составляют незаконное применение силы, но и представляют собой нарушение территориального суверенитета Никарагуа, и вторжение в его территориальные и внутренние воды. Кроме того, добыча полезных ископаемых в Никарагуанских портах не только представляет собой нарушение принципа неприменения силы, а также влияет на суверенитет Никарагуа над некоторыми морскими просторами. Суд, по сути, обнаружил, что эти операции были проведены в территориальных или внутренних водах Никарагуа или и там, и там (пункт 80), и, соответственно, они являются нарушением суверенитета Никарагуа. Принцип уважения территориального суверенитета непосредственно нарушен в результате несанкционированного пролета над территорией государства на воздушных судах, принадлежащих или находящихся под контролем правительства другого государства. Суд установил, что такие полеты были на самом деле (пункт 91).

Эти нарушения не могут быть оправданы ни коллективной самообороной, для которой, как признал суд, отсутствуют необходимые обстоятельства, ни каким-либо правом Соединенных Штатов принять ответные меры, связанные с применением силы в случае вмешательства Никарагуа в дела Сальвадора, так как такого права не существует в соответствии с применимыми нормами международного права. Они не могут быть оправданы деятельностью в Сальвадоре, отнесенной к правительству Никарагуа. Даже если такая деятельность имела место быть, то это не создает каких-либо прав, принадлежащих Соединенным Штатам, которые оправдали бы данные действия. Соответственно, такие действия являются нарушением суверенитета Никарагуа в рамках обычного международного права.

258. Внутренняя политика государства относится к его исключительной компетенции, при условии, конечно, что это не нарушает каких-либо обязательств по международному праву. Каждое государство обладает фундаментальным правом выбирать и осуществлять свои собственные политические, экономические и социальные системы. Следовательно,

как правило, нет необходимости делать любые запросы, в деле вне юрисдикции суда, чтобы выяснить, в каком смысле и в каком направлении Никарагуа фактически воспользовалась своим правом.

259. Тем не менее, утверждение обязательств поднимает вопрос о возможности государства связывая себя по соглашению в соответствии с вопросом о внутренней политике, как, например, связанные с проведением свободных выборов на своей территории. Суд не может обнаружить, в кругу вопросов, открытых для международного соглашения, каких-либо препятствий или создания препятствий государству для принятия обязательств такого рода. Государство, которое имеет право принимать решения по принципу и методу опроса населения в рамках своего внутреннего порядка, является суверенным в целях принятия ограничения своего суверенитета в этой области. Это нормальная ситуация для государства, которая связана институциональными связями с конфедерацией государств, или даже международными организациями. И Никарагуа, и США являются членами Организации Американских Государств. Устав этой организации, тем не менее, не идет дальше в направлении согласованного ограничения на суверенитет такого рода, чем указано в положении статьи 3 (d), что:

«Солидарность Американских Государств и высокие цели, к которым они стремятся требуют развития политической организации этих государств на основе эффективного осуществления представительной демократии».

С другой стороны, он предусматривает право каждого государства «к самоорганизации, как оно считает нужным» (ст. 12), а также «развивать свою культурную, политическую и экономическую жизнь свободно и естественно» (ст. 16).

263. Позиция Конгресса США также выражает мнение, что правительство Никарагуа приняло «значительные шаги в направлении установления тоталитарной коммунистической диктатуры». Однако, присоединение государства к какой-либо конкретной доктрине не является нарушением международного обычного права; в противном случае не было бы смысла в основополагающем принципе государственного суверенитета, на котором базируется международное право, а именно свобода выбора политической, социальной, экономической и культурной системы Государства. Таким образом, внутренняя политика Никарагуа, даже если предположить, что она соответствуют описанию, данному Конгрессом, не может служить оправданием действий ответчика в правовом отношении. Суд не может рассматривать создание нового правила, открывая право на вмешательство одного государства против другого на том основании,

что последнее сделало выбор в пользу той или иной идеологии или политической системы.

269. [...] В международном праве нет никаких правил, кроме тех, которые могут быть приняты государством на основании договора или иным образом, в результате чего уровень вооружения суверенного государства может быть ограничен, и этот принцип действует в отношении всех государств без исключения.

Территориальный суверенитет и самоопределение

Восточный Тимор (Португалия против Австралии), 1995⁶⁴

[стр. 270-271 О.М. Скубишевского] Здесь является важным различие между суверенитетом и его осуществлением. Как уже упоминалось, Декларация о дружественных отношениях предусматривает, что «территории колоний или других самоуправляющихся территорий имеют, согласно Уставу, статус, отдельный и отличный от [столичной] территории государства, управляющего ими». Причиной этого отделения и отчетливости является вопрос самоопределения. Но процитированное положение не ставит своей целью лишить государство его права на суверенитет, который он имел до Устава и декларации. Государство остается суверенным. Указанное положение накладывает ограничения на суверенитет государства. Эти ограничения имеют далеко идущие последствия. Португалия справедливо называет его «прерогативой [от] суверенитета» (пункт 75 выше), хотя в некоторых случаях она избегала слова «суверенитет» в описании своей позиции в отношении Восточного Тимора. Вместо этого она использовала термин «юрисдикция» (КР 95 / 4, стр. 10, пункт 2., Co-Agent, адвокат и защитник Португалии, JMS Коррейя), и «власть» (CR 95/12, стр. 44, пункт. 3, там же). Тем не менее, Португалия объясняет, что

«Управляющие державы являются независимыми государствами, которые удерживают их атрибуты как таковые, когда они действуют на международной арене по отношению к самоуправляющимся территориям, за управление которых они несут ответственность» (там же).

⁶⁴ East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

Утверждается, что эти «признаки» являются не более чем суверенитетом, осуществление которых было ограничено в пользу самоопределения. Португалия подчеркивает, что территория людей является «держателем суверенитета и ей присуща способность решить для себя свой будущий международно-правовой статус» (КР 95 / 4, стр. 13, пункт. 6, там же), и что «международное право деколонизации, передает суверенитет в отношении таких территорий к его собственному народу» (CR 95/12, стр. 44, пункт 3, там же). Согласно международному праву, эти утверждения следует понимать как указание на самоопределение: это народ, который принимает решения по ее реализации, но «народ» в качестве владельца концепции «суверенитета», которая, по крайней мере, частично, лежит за пределами области закона.

***Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан
(Индонезия против Малайзии), 2001⁶⁵***

Особое мнение судьи Франка

[стр. 652] - Я хотел бы эксплицировать правовую основу для решения суда, которое хотя и соответствует ей, не было выдвинуто судом, может быть, потому что она была недостаточно заявлена Сторонами, хотя обсуждался вскользь Малайзией (CR 2001 / 2, стр. 56, пункт. 10 (Лаутерпахт)) и Филиппины (CR 2001 / 3, стр. 23, пункт 14. (Magallona)). Я постараюсь объяснить для чего, эта правовая основа имеет определенное значение, и почему суд не должен был это объяснять. Вопрос права достаточно прост, но, в конечном счете, основной для международной законности. Он заключается в следующем: историческое название, как бы ни убедительно не звучало, на основе старых правовых документов и реализации власти, не может - кроме как в самых необычных обстоятельствах - преобладать в праве над правом не самоуправляющихся людей требовать независимости и устанавливать свой суверенитет посредством осуществления самоопределения *bona fide*.

[Стр. 655] - При традиционном международном праве, право на территорию было возложено исключительно на правителей государств. Земли были собственностью государя, защищались или передавались в соответствии с законодательством, имеющем отношение к признанию, осуществлению и передаче суверенных владений. Для того, чтобы

⁶⁵ *Sovgeregignity over Pulau Lifitan and pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Application, for Permission to Intervene, Judgement, I.C.J. Reports 2001, p. 575.*

определить в судебном порядке претензии на территориальный титул *erga omnes*, необходимо было взаимодействовать с формами международной передачи собственности, отслеживать исторические названия до критической даты или такой даты, чтобы определить, какое государство осуществляло территориальный суверенитет в тот момент времени. В современном международном праве, однако, вопрос обязательно должен быть рассмотрен шире, особенно в контексте деколонизации. В частности, вливание концепции прав «народа» в эту традиционную правовую схему, в частности, право народа на самоопределение, в корне меняет значение исторически сложившихся правовых оснований для определения суверенного титула.

Предыдущие решения этого суда (в частности, его Консультативное заключение от 26 января 1971 года о правовых последствиях для государств от продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию Совета Безопасности 276 (1970, ICJ Reports 1971, стр. . 31-32), пункты 52-53 и в своем консультативном заключении от 16 октября 1975 года в Западной Сахаре (ICJ Reports 1975, стр. 31-33, пункты. 54-59)) способствуют и признают развитие права самоуправляющегося народа на самоопределение, который «требует свободного и подлинного волеизъявления соответствующего народа» (Западная Сахара, там же., стр. 32, пункт 55). Суд признал в деле о Намибии, что «дальнейшее развитие международного права в отношении самоуправляющихся территорий, закрепленных в Уставе Организации Объединенных Наций, делают принцип самоопределения, применимым ко всем из них» (ICJ Reports 1971, р. 31, пункт. 52). В деле о Восточном Тиморе (Португалия против Австралии), суд признал принцип самоопределения «одним из основных принципов современного международного права» (ICJ Reports 1995, р. 102, пункт 29).

Решения данного суда подтверждают первостепенное значение этого принципа о самоопределении народов. Прочная основа для принципа, также закреплена в универсальном договорном праве, практике государств и *opinio juris*. Статья 1, пункт 2 Устава Организации Объединенных Наций показывает, что одна из целей Организации Объединенных Наций это «развитие дружественных отношений между нациями на основе уважения принципа равноправия и самоопределения народов». Этот принцип также представлен или подразумевается в других положениях Устава, а именно в статье 55, статье 73 и статье 76 (б). Общая статья 1 Международного пакта о гражданских и политических правах и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах предусматривает, что «[в] се народы имеют право на самоопределение», и подчеркивает в статье

1 (3), что «Государства-участники в настоящем Пакте. . . уважают Право [самоопределения], в соответствии с положениями Устава Организации Объединенных Наций».

Это договорное право было подтверждено, разработано с учетом более ощутимой формы в многочисленных резолюциях Генеральной Ассамблеи, которые неизменно получают широкую поддержку. Резолюция Генеральной Ассамблеи 637 (VII), принятая от 16 декабря 1952 года, одной из первых признала то, что «каждый член Организации Объединенных Наций, в соответствии с Уставом, должен уважать обеспечение права на самоопределение», право, которое утверждается как «необходимое условие для полного осуществления всех основных прав человека». «Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам», резолюция 1514 (XV), принятая единогласно от 14 декабря 1960 года, рассматривается как основополагающее значение для процесса деколонизации. Она применима для всех «территорий, которые еще не достигли независимости» и устанавливает, что «[в]се народы имеют право на самоопределение», настаивая при этом, что «[любая] попытка, направленная на частичное или полное нарушение национального единства и территориальной целостности страны, несовместима с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций». В резолюции Генеральной Ассамблеи 1541 (XV), принятой только с двумя разногласиями от 15 декабря 1960 года предусмотрены более чем один пути по реализации самоопределения для самоуправляющихся территорий, в том числе «[интеграция] с независимым государством». Резолюция Генеральной Ассамблеи 2131 (XX), «Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета», принятая 109 странами единогласно от 21 декабря 1965 года, определяет, что «[в]се Государства должны уважать право на самоопределение и независимость народов и наций, чтобы свободно его осуществлять без какого-либо внешнего давления, и при безусловном уважении прав человека и основных свобод». Принцип самоопределения был также включен в число «основных принципов международного права», изложенных в «Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций», принятой на основе консенсуса в качестве приложения к резолюции 2625 (XXV) от 24 октября 1970 года. Согласно этому документу, «все народы имеют право свободно определять без вмешательства извне свой политический статус и осуществлять свое экономическое, социальное и культурное развитие, и каждое государство обязано уважать это право в соответствии с положениями Устава».

Независимость Северного Борнео была вызвана в результате выражения желания большинства населения данной территории в 1963 году через выборы. Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций было поручено 31 июля 1963 года выяснить волю народа Северного Борнео, и было сообщено, что большинство народа Северного Борнео серьезно и вдумчиво рассматривало свое будущее, а также:

«Пришли к выводу, что они хотели бы положить конец их зависимому положению, и реализовать их независимость через свободно избранные ассоциации с другими народами в их регионе, с которыми они чувствуют связь этнических объединений, наследие, язык, религию, культуру, экономические отношения, идеалы и цели» (цитируется по отчету представителя Малайзии Генеральной Ассамблеи, 1219 заседание, 27 сентября 1963 года, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 18 сессия, документ ООН A/PV.1219).

В 1963 году Великобритания подала свой последний доклад Организации Объединенных Наций по Северному Борнео как Статью 73 (е) о самоуправляющейся территории (Записка Генерального секретаря, Политическая и Конституционная Информация на Азиатских Территориях, находящихся под администрацией Великобритании, документ ООН A/5402/Add.4 от 4 апреля 1963 года). После этого, Организация Объединенных Наций удалила Северное Борнео из списка колониальных территорий, находящихся под его юрисдикцией по деколонизации (см. Ежегодник Организации Объединенных Наций, 1964, стр. 411-435, в котором нет Северного Борнео в списке Комитета территорий), тем самым признав, что процесс деколонизации был завершен действительным осуществлением самоопределения.

Соответственно, в свете четкого осуществления народом Северного Борнео их права на самоопределение, не имеет значения какую интерпретацию даст данный суд какому-либо историческому документу, а также поддерживают это или нет Филиппины, претендующие на исторический титул владения. Современное международное право не признает права на суверенитет, основанного исключительно на историческом титуле/владении; в любом случае, после осуществления права на самоопределение в соответствии с требованиями международного права, добросовестность которых получила международное признание политическими органами Организации Объединенных Наций. Исходя из этого, исторические претензии и феодальные доколониальные названия являются просто остатками другой международно-правовой эпохи, которая закончилась с закатом колониального империализма.

Земли и люди, требуемые Филиппинами, ранее составляли в большинстве своем неотъемлемую часть британской зависимости. В соответствии с правом, касающимся деколонизации, это население осуществило свое право на самоопределение. То, что осталось - это просто спор о границах. Это попытка препятствовать праву на свободные и справедливые выборы, использованное почти 40 лет назад народом Северного Борнео в осуществлении их законного права на самоопределение. Суд не может быть сознательным участником этого.

Суверенитет и разработка природных ресурсов

Резолюция Генеральной Ассамблеи 1803 (XVII) от 14 декабря 1962 года «Постоянный суверенитет над природными ресурсами»⁶⁶

Генеральная Ассамблея,

Ссылаясь на свои резолюции 523 (VI) от 12 января 1952 года и 626 (VII) от 21 декабря 1952 года,

Принимая во внимание свою резолюцию 1314 (XIII) от 12 декабря 1958 года, в которой она учредила Комиссию по постоянному суверенитету над естественными ресурсами и поручила ей проведение полного обзора статуса постоянного суверенитета над природными богатствами и ресурсами как основного элемента права на самоопределение, с рекомендациями, при необходимости, для его укрепления и постановила далее, что в проведении полного исследования статуса постоянного суверенитета народа и наций над их природными богатствами и ресурсами, должное внимание следует обратить на права и обязанности государств в соответствии с международным правом, а также важность поощрения международного сотрудничества в экономическом развитии развивающихся стран.

Принимая во внимание свою резолюцию 1515 (XV) от 15 декабря 1960 года, в которой она рекомендовала, что следует уважать суверенное право каждого государства распоряжаться своими богатствами и природными ресурсами.

⁶⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1803 (XVII) of 14 December 1962, GAOR (Supp., No. 17 at 15), U.N. Doc. A/5217.

Учитывая, что любые меры в этом отношении должны основываться на признании неотъемлемого права всех государств свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами в соответствии с их национальными интересами, а также на уважении экономической независимости государств.

Учитывая, что ничто в пункте 4 и ниже в любом случае не наносит вреда положению любого государства-члена по любому аспекту вопроса о правах и обязанностях государств-преемников и правительства в отношении имущества, приобретенного до получения полного суверенитета страной, ранее находившейся под колониальным господством.

Ничего, что содержит правопреемство Государств и Правительств должно проверяться в первоочередном порядке Комиссией Международного права.

Учитывая, что желательно поощрять международное сотрудничество в целях экономического развития развивающихся странах, и что экономические и финансовые соглашения между развитыми и развивающиеся страны должны основываться на принципах равноправия и права народа и наций на самоопределение.

Учитывая, что предоставление экономической и технической помощи, займы и увеличивающиеся иностранные инвестиции не должны сопровождаться условиями, противоречащими интересам пользующихся ими государств.

Учитывая преимущества, которые будут получены от обмена технической и научной информацией, которая будет содействовать развитию и использованию таких ресурсов и богатств, а также важную роль, которую Организация Объединенных Наций и другие международные организации играют в этой связи.

Придавая особое значение вопросу поощрения экономического развития развивающихся стран и обеспечения их экономической независимости.

Отметив, что создание и укрепление неотъемлемого суверенитета государств над их природными богатствами и ресурсами, укрепляет их экономическую независимость.

Желая чтобы Организация Объединенных Наций в дальнейшем рассматривала субъекты постоянного суверенитета над природными ресурсами в духе международного сотрудничества в области экономического развития, особенно развивающихся стран.

I

Заявляет, что:

1. Право народа и наций на неотъемлемый суверенитет над своими природными богатствами и ресурсами должно осуществляться в интересах их национального развития и благосостояния народа и государства.

2. Разведка, разработка и распоряжение такими ресурсами, а также импорт иностранного капитала, необходимого для этих целей, должны осуществляться в соответствии с правилами и условиями, которые народ и нация считает необходимым или желательным в связи с их разрешением, ограничением или запрещением таких видов деятельности.

3. В случаях, когда разрешение получено, ввоз капитала и доходы с этого капитала регулируются условиями этого разрешения, национальным законодательством и международным правом. Полученная прибыль должна в пропорциях, согласованных в каждом отдельном случае, между инвесторами и государством-получателем исключить нарушения, по любой причине, суверенитета этого государства над своими природными богатствами и ресурсами.

4. Национализация, экспроприация или реквизиция должны основываться на соображениях или мотивах общественной пользы, безопасности или национальных интересов, которые признаются в качестве личных или частных интересов, как внутренних, так и зарубежных. В таких случаях владельцу выплачивается соответствующая компенсация, в соответствии с правилами, действующими в государстве, которое принимает такие меры в осуществление своего суверенитета и в соответствии с международным правом. В любом случае, когда вопрос о компенсации порождает противоречия, национальная юрисдикция государства, принимающего такие меры, должна быть исчерпывающей. Однако, по соглашению заинтересованных суверенных государств и других заинтересованных сторон, спор может быть урегулирован арбитражным или международным судебным решением.

5. Свободному и полезному осуществлению суверенитета народа и наций над их природными ресурсами должно способствовать взаимное уважение государств, основанное на суверенном равенстве.

6. Международное сотрудничество в целях экономического развития развивающихся стран, будь-то в форме государственных или частных капиталовложений, обмена товарами и услугами, технической помощи или обмен научной информацией, должны быть такими, чтобы способствовать независимому национальному развитию и основываться на уважении их

суверенитета над их природными богатствами и ресурсами.

7. Нарушение права народа и наций на суверенитет над своими природными богатствами и ресурсами противоречит духу и принципам Устава Организации Объединенных Наций и препятствует развитию международного сотрудничества и поддержанию мира.

8. Соглашения об иностранных инвестициях, свободно заключенные государствами или между суверенными государствами, должны добросовестно соблюдаться; государства и международные организации должны строго и добросовестно соблюдать суверенитет народа и наций над их естественными богатствами и ресурсами в соответствии Устава и принципов, изложенных в настоящей резолюции.

Территориальный суверенитет и море

Дело о юрисдикции в отношении рыболовства (Великобритания против Исландии), 1974⁶⁷

(Юрисдикция по вопросам рыболовства в территориальных водах)

(Обобщение мнения МС ООН)⁶⁸

История спора (пункты 19-48 решения Суда)

Суд напомнил, что в 1948 году Альтингом (парламент Исландии) принят закон о сохранении научно-континентального шельфа рыболовства, и который уполномочил правительство создать охранные зоны, где рыболовство должно быть предметом исландских правил и контроля, в совместимой степени с соглашениями с другими странами... После ряда инцидентов и ряда переговоров, Исландия и Великобритания договорились об обмене нотами, который состоялся 11 марта 1961 года, и установил, *inter alia*, что Великобритания больше не будет возражать против 12-мильной рыболовной зоны, что Исландия будет продолжать работу по осуществлению резолюции 1959 о продлении рыболовной юрисдикции, но будет уведомлять Великобританию за шесть месяцев о расширении,

⁶⁷ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

⁶⁸ Fisheries Jurisdiction Case, Summary of the Judgement, ICJ Summaries, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5979.pdf>.

и что «в случае возникновения спора в связи с таким расширением, этот вопрос должен, по просьбе любой из сторон передаваться в Международный Суд».

В 1971 году Правительство Исландии объявило, что соглашение о рыболовной юрисдикции с Великобританией будет прекращено, и, что предел исключительной юрисдикции исландского рыболовства будет продлен до 50 миль... 14 июля 1972 были представлены новые правила, в соответствии с которыми пределы рыболовства Исландии будут продлены до 50 километров с 1 сентября 1972 года и все рыболовство иностранными судами внутри этих границ запрещается. Исполнение новых правил вызвало серию инцидентов и переговоров, в то время как разбирательство в суде продолжалось, и Исландия отказывалась признавать решения суда, и это привело [к] временному соглашению между Соединенным Королевством и Исландией ... «до урегулирования основного спора ...».

Мнение МС ООН⁶⁹

11. В ходе письменного производства, следующие материалы были представлены от имени правительства Соединенного Королевства: ...

«Великобритания просит Суд вынести решение и объявить:

(А) Что нет никаких оснований в международном праве для права Исландии требовать продления ее рыболовной юрисдикции путем создания зоны исключительной юрисдикции рыболовства распространенной на 50 морских миль от исходной линии, указанной выше, и, что ее претензия, следовательно, недействительна, а также

(Б) Что вопросы, касающиеся сохранения рыбных запасов в водах Исландии не подвержены международному праву для регулирования одностороннего расширения Исландией своей исключительной рыболовной юрисдикции до 50 морских миль от вышеупомянутой исходной, но это вопросы, могут регулироваться между Исландией и Великобританией, по договоренностям, достигнутым между этими двумя странами...

49. Заявитель оспорил правила обнародованные правительством Исландии от 14 июля 1972 года, и, так как Суд должен высказаться по этому поводу, установление применимого права, становится необходимым. Как Суд заявил в деле Рыболовства: «Делимитация морских пространств является международным аспектом, и, поэтому она не может зависеть только

⁶⁹ Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

от воли прибрежного государства, как сказано в его муниципальном законе. Хотя это, правда, что акт разграничения это обязательно односторонний акт, потому что только прибрежное государство правомочно осуществлять его, действия делимитации в отношении других государств зависят от международного права « (ICJ Reports 1951, p. 132). Суд, таким образом, приступит к определению существующих норм международного права, касающихся урегулирования настоящего спора.

50. Женевская конвенция об открытом море 1958 года, которая была принята «как общая декларация установленных принципов международного права», определяет в статье 1 термин «открытое море» как «все части моря, которые не включены в территориальное море или во внутренние воды государства». Статья 2 определяет, что «открытое море открыто для всего народа, никакое государство не вправе претендовать на подчинение какой-либо части его своему суверенитету» и идет дальше, предусматривая, что свобода открытого моря включает свободу судоходства и свободу рыболовства как для прибрежных, так и не прибрежных государств. Свобода открытого моря, однако, предмет для рассмотрения в отношении того, что они «используются всеми государствами в разумной степени, учитывая интересы других государств в свободном пользовании открытым морем».

51. Ширина территориального моря не была определена Конвенцией 1958 года о Территориальном Море и Прилежащей Зоне. Это правда, что статья 24 настоящей Конвенции определяет пределы прилежащей зоны до 12 миль «от исходной линии, от которой отмеряется ширина территориального моря». На Конференции 1958 года, основные отличия ширины территориального моря были ограничены по времени разногласиями относительно того, что предел не более 12 миль, был соответствующим. Вопросы о ширине территориального моря, и о степени юрисдикции рыболовства прибрежного государства остались нерешенными на Конференции 1958 года. Эти вопросы были рассмотрены на второй Конференции по морскому праву, состоявшейся в 1960 году. Кроме того, вопрос о степени рыболовной юрисдикции прибрежного государства, которое является серьезным препятствием на пути достижения соглашения на Конференции 1958 года, стал постепенно отделяться от понятия территориального моря. Это было развитием, которое отражало все большее значение рыбных ресурсов для всех государств.

52. На конференции 1960 года с недостатком в один голос не удалось принять текст, разрешающий вопросы о ширине территориального моря и степени прав на рыболовство. Однако, после этой конференции закон был разработан практикой государств на основе дискуссий и соглашений.

Два понятия сформировались в качестве обычного права в последние годы, вытекающие из общего консенсуса, достигнутого на этой Конференции. Первая концепция это концепция рыболовной зоны, область, в которой государство может претендовать на исключительную юрисдикцию рыболовства независимо от его территориального моря; продление этой рыболовной зоны, в целом, принято сейчас до 12 морских миль от исходной линии. Вторая, это концепция преимущественного права рыболовства в прилегающих водах в пользу прибрежного государства в ситуации специальной зависимости от его прибрежного рыболовства, это предпочтение действует в отношении других государств, заинтересованных в эксплуатации одного и того же рыбного хозяйства, и будет осуществляться в указанном ниже пункте 57.

53. В последние годы вопрос о продлении рыболовной юрисдикции прибрежного государства вышел на первый план. Суду известно, что ряд государств отстаивал расширение пределов рыболовства. Суду также известно об усилиях под эгидой Организации Объединенных Наций для достижения на третьей Конференции по морскому праву дальнейшей кодификации и прогрессивного развития этой отрасли права. Различные предложения и подготовительные документы, созданные в этих рамках, должны рассматриваться как проявление взглядов и мнений отдельных государств и в качестве средства их чаяний, а не как выражение принципов действующего законодательства. Сам факт созыва третьей Конференции по Морскому праву свидетельствует о проявлении желания со стороны всех государств приступить к кодификации этого права на универсальной основе, в том числе к вопросу о рыболовстве и сохранении живых ресурсов моря... Так было в прошлом, и, поэтому это необходимо сегодня. С учетом этих обстоятельств суд, как суд закона, не может вынести решение *sub specie legis ferendae*, или предвидеть закон до того как законодатель создал его.

57. Современная практика государств приводит к выводу, что преимущественные права прибрежного государства в особых положениях, будут осуществляться по соглашению между заинтересованными государствами, либо двусторонними или многосторонними соглашениями и, в случае несогласия, с помощью средств мирного урегулирования споров, предусмотренных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций. ...

59. Не может быть никаких сомнений в исключительной зависимости Исландии от рыболовства. Эта исключительная зависимость явно признана Заявителем в обмене нотами от 11 марта 1961 года, и суд также принял в судебном порядке такое признание, заявив, что «надо иметь в

виду исключительную зависимость Исландской нации от прибрежного рыболовства для его жизни и экономического развития «(ZCJ Reports 1972, стр. 16, пункт 23).

60. Преимущественные права прибрежного государства вступают в игру только в тот момент, когда интенсификация эксплуатации рыбных ресурсов делает необходимым ввод некоторых систем догоняющего развития, ограничения и распределения этих ресурсов, сохранения рыбных запасов в интересах рациональной и экономической эксплуатации. Эта ситуация, как представляется, была достигнута в данном случае...

61. Исландские правила, оспоренные до суда, были изданы и применялись исландскими властями как утверждение исключительных прав, таким образом, выходя за рамки концепции преимущественных прав. Статья 2 Исландского положения от 14 июля 1972 установила: «В пределах рыболовства, вся промысловая деятельность иностранных судов должна быть запрещена в соответствии с положениями Закона № 33 от 19 июня 1922 года, касающегося рыболовства внутри Рыбного Предела». Статья 1 Закона от 1922 года, предусматривает, что «только исландские граждане могут заниматься рыболовством в территориальных водах Исландии, и только исландские лодки или корабли могут быть использованы для такого промысла». Язык соответствующего правительственного постановления указывает, что их целью является создание эксклюзивной зоны рыболовства, в которой рыболовство на всех судах, зарегистрированных в других государствах, включая Великобританию, будет запрещено.

62. Концепция преимущественного права не совместима с исключением всей промысловой деятельности других государств. Прибрежное государство, получившее преимущественные права не может, в одностороннем порядке и по своему собственному неконтролируемому усмотрению определять степень этих прав. Характеристика прав прибрежного государства в виде льгот подразумевает определенный приоритет, но не может означать исчезновение одновременно прав других государств, и особенно государства, которое, как заявитель, в течение многих лет занималось рыболовством в водах и такая деятельность является важной для экономики страны ... Соответственно, тот факт, что Исландия имеет право требовать преимущественное право недостаточен, чтобы оправдать претензии в одностороннем порядке, чтобы исключить рыболовство судов заявителя из всей промысловой деятельности в водах за пределами, согласованными в обмене нотами от 1961 года.

67. Положения Исландских Правил от 14 июля 1972 года и порядок их реализации пренебрегает правами Заявителя на рыболовство. Одно-

сторонние действия Исландии, таким образом, представляют собой нарушение принципа, закрепленного в статье 2 Женевской конвенции 1958 года об открытом море, который требует, чтобы все государства, включая прибрежные, осуществляли свою свободу рыболовства, в разумной степени учитывая интересы других государств..

71. [...] Должное признание должно быть уделено правам обеих сторон, а именно правам Соединенного Королевства на рыболовство в спорных водах, и преимущественным правам Исландии. Ни одно из прав не абсолютно: преимущественное право прибрежного государства ограничено в зависимости от степени ее особой зависимости от рыболовства и его обязательства с учетом прав других государств в потребности сохранения; установленные права других государств, ведущих промысел, в свою очередь, ограничены ввиду особой зависимости прибрежного государства от рыболовства и возложенных на него обязанностей с учетом прав других государств, в том числе прибрежного государства, и потребности сохранения.

Делимитация Морской границы и Территориальный вопрос (Катар против Бахрейна), 2001⁷⁰

196. Бахрейн заявляет, что Китат Джарада подпадает под суверенитет Бахрейна, поскольку он проявлял свою власть над ним разными путями, и это было признано Британским Правительством в 1947 году. В этом отношении он сослался на ряд мероприятий, в том числе возведение маяка, упорядочение бурения артезианской скважины, предоставление нефтяной концессии, а также лицензирование ловушек для рыбы. Катар утверждает, что Джарада Китат, возвышаясь будучи в отливе, не может быть присвоен, и что, поскольку он расположен в той части территориального моря, которая принадлежит Катару, Катар обладает суверенными правами над ним.

197. Суд прежде всего отмечает, что Китат Джарада это очень маленький остров, расположенный в пределах 12-мильной зоны обоих государств. Согласно докладу экспертов по заказу Бахрейна, во время прилива его длина и ширина около 12 на 4 метра, в то время как во время отлива, они составляют 600 и 75 метров. Во время прилива, его высота составляет около 0,4 метра.

Некоторые виды деятельности совершенные Бахрейном, такие как

⁷⁰ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40.

бурение артезианских скважин, взятые сами по себе, считаются спорным, как действия, совершенные *a titre de souverain*. Строительство навигационных средств, с другой стороны, может быть юридически значимым в случае очень малых островов. В данном случае, принимая во внимание размер Китат Джарада, деятельность, осуществляемая Бахрейном на этом острове должна считаться достаточной, чтобы поддержать заявление Бахрейна о том, что он обладает суверенитетом над ним.

198. В этой связи, Суд напоминает, что Постоянная палата международного Правосудия наблюдала в деле Правового статуса Восточной Гренландии то, что

«Невозможно читать записи решения в случаях относительно территориального суверенитета, не замечая, что во многих случаях судом было удовлетворено очень малое на пути фактического осуществления суверенных прав, при условии, что другое Государство не может сделать более обоснованное требование» (P.C.I.J., Series A / B, № 53, стр. 46).

Делимитация морской границы в Черном море (Румыния против Украины)⁷¹

(Демаркация территории)

Суд отмечает, что обе стороны считают побережье Крымского полуострова от мыса Тарханкут и мыса Сарыч, а также украинское побережье от их общей границы, проходящей на небольшом расстоянии в северном, а затем в северо-восточном направлении до Днестра / Днестр Ферг (Румыния обозначает эту точку как точку S), соответствующим украинским побережьем. Их несогласие касается побережья, простирающегося от этой точки до мыса Тарханкут.

Суд, при рассмотрении вопроса в споре, хотел бы напомнить два принципа как основы своей практики по этому вопросу: во-первых, «земля доминирует море» таким образом, что прибрежные проекции направленные в сторону моря создают морские требования (Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия / Дания, Федеративная Республика Германия / Нидерланды), решение, ICJ Reports

⁷¹ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Summary of the Judgment, I.C.J. Summaries, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/132/14989.pdf>
Full case, see Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61.

1969, р. 51, пункт 96); во - вторых, побережье для того, чтобы считаться соответствующим для целей делимитации, должно генерировать прогнозы, которые совпадают с прогнозами от побережья другой стороны. Следовательно «подводное продолжение любой части побережья одной стороны, которое в силу своего географического положения, не должно пересекаться с расширением берегов другой, должно быть исключено из дальнейшего рассмотрения судом» (Континентальный шельф (Тунис / Ливийская Арабская Джамахирия), решение, ICJ Reports 1982, р. 61, пункт 75).

Таким образом, Суд не может согласиться с утверждением Украины о том, что берега Каркинитского залива являются частью соответствующего побережья. Берега этого залива расположены друг к другу и их подводное продолжение не должно пересекаться с расширениями побережья Румынии. Берега Каркинитского залива не проектируют область, чтобы быть разграниченными. Таким образом, эти берега, исключаются из дальнейшего рассмотрения суда.

6. Соответствующая морская территория⁷²

Суд отмечает, что правовая концепция «соответствующего района» должна быть принята во внимание как часть методологии делимитации морских границ.

Во-первых, в зависимости от конфигурации соответствующих побережий в общем географическом контексте и методов построения их в сторону моря, прогнозы соответствующей области могут включать в себя некоторые морские пространства и исключать другие, которые не уместны в определенном случае.

Во-вторых, соответствующие области имеют отношение к проверке несоразмерности. Это будет сделано, как заключительный этап методологии. Цель делимитации не распределить равными долями этот район, не даже на пропорциональные доли. Тестирование несоразмерности само по себе не метод делимитации. Это, скорее, средство проверки того, является ли линия делимитации средством, на основе которого необходимо внести изменения из-за значительной диспропорции в соотношении между морскими районами, которые подпадают в одну сторону или в другую линию в силу делимитации, которая была произведена другими средствами.

Суд также отмечает, что для целей этого заключительного упражнения в процессе делимитации, расчет соответствующей области не должен быть точным или приближенным. Объектом делимитации является достижение

⁷² Id. Opinion of I.C.J. decision at paras. 106-114.

делимитации, которое является справедливым, а не равное распределение морских районов (Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия / Дания, Федеративная Республика Германия / Нидерланды), решение, ICJ Reports 1969, р. 22, пункт 18; разграничение морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майен (Дания против Норвегии), решение, ICJ Reports 1993, р. 67, пункт 64).

Суд отмечает, что размежевание будет происходить в закрытом Черном море с Румынией, которая является смежной, напротив Украина, и с Болгарией и Турцией находящимися на юге. Рассмотрение будет касаться территории, которая останется к северу от любой области, где могут быть вовлечены интересы третьих сторон.

7. Методология делимитации⁷³

Суд проходит определенные стадии, когда следует разграничить континентальный шельф и исключительные экономические зоны, или нарисовать одну линию делимитации.

Эти отдельные этапы, широко обсуждаемые в деле о континентальном шельфе (Ливийская Арабская Джамахирия / Мальта, решение, ICJ Reports 1985, р. 46, пункт 60), в последнее десятилетие были указаны с высокой точностью. Во-первых, суд будет устанавливать временную линию делимитации, используя методы, которые являются геометрически объективными и также подходят для географии района, в котором состоится делимитация. Что касается разграничения между смежными побережьями, то равноудаленные линии будут нарисованы, если есть веские причины, которые делают это невозможным в данном конкретном случае (см. Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа против Гондураса), решение от 8 октября 2007 года, пункт 281). Что касается противоположного берега, временная линия делимитации будет состоять из серединной линии между двумя берегами. Нет никаких юридических последствий от использования терминов «серединная линия» и «равноудаленная линия», так как метод разграничения является одинаковым для обеих.

Равноудаленные и серединные линии должны быть построены из наиболее подходящих точек на побережьях этих двух государств, при этом особое внимание уделяется тем, выпуклым прибрежным точкам, расположенным ближе всего к области, которая должна быть делимитирована. Суд определяет в какой степени можно при построении узкоспециализированных разграничительных линий, отойти от базовых точек,

⁷³ Id. at paras. 115-122.

выбранных сторонами для своих территориальных вод. В строительстве временной равноудаленной линии между соседними государствами, которую стороны попросили провести, суд будет исходить из соображений, касающихся береговых линий обеих сторон при выборе своих базовых пунктов для этой цели. Принятая таким образом линия во многом зависит от физической географии и самой отдаленной в сторону моря точки между двумя берегами.

В соответствии со своей устоявшейся судебной практикой по делимитации морских границ, на первом этапе суд создает временную равноудаленную линию. На этом начальном этапе строительства временной равноудаленной линии суд еще не связан с какими-либо соответствующими обстоятельствами, и линия построена на строго геометрических критериях, на основе объективных данных.

В данном случае Суд, таким образом, начинает с чертежа предварительной равноудаленной линии между смежными побережьями Румынии и Украины, которые затем будут продолжаться до той серединной линии между их противоположными берегами.

Направление последней линии должно привести к справедливому решению (статьи 74 и 83 ЮНКЛОС). Таким образом, суд будет на втором этапе рассматривать вопрос о целесообразности факторов, требующих корректировки или смещения временной равноудаленной линии с целью достижения справедливого результата (дело о сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией (Камерун против Нигерии: Экваториальная Гвинея), решение, ICJ Reports, 2002, стр. 441, пункт 288). Суд также дал понять, что, когда линия, которая может охватывать несколько зон совпадающих юрисдикций, так называемых «справедливых принципов», представляет соответствующий метод и при определенных обстоятельствах может с успехом применяться, этот метод также подходит для достижения «справедливого результата» (Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа против Гондураса), решение от 8 октября 2007 года, пункт 271).

Это вторая часть делимитации, к которой прибегнет суд после окончательного установления равноудаленной линии.

И, наконец, на третьем этапе, суд должен будет убедиться, что линия (предварительная равноудаленная линия, которая может или не может быть скорректирована с учетом соответствующих обстоятельств) не приводит, в ее нынешнем виде, к несправедливым результатам по причине каких-либо выраженных диспропорций между соотношением соответствующей прибрежной длины и соотношением между соответствующими

морскими площадями каждого государства со ссылкой на линии разграничения. Окончательная проверка для справедливого результата влечет за собой подтверждение того, что нет большой несоразмерности морских пространств, очевидной в сравнении с соотношением прибрежной длины.

Это не означает, что соответствующие области должны быть пропорциональны длине прибрежной линии - как заявил суд, «разделение площади является следствием делимитации, а не наоборот» (разграничению морских пространств в районе между Гренландией и Ян Майен (Дания против Норвегии), решение, ICJ Reports 1993, p. 67, пункт 64).

11. Тест на несоразмерность⁷⁴

Суд переходит к проверке того, что результат, достигнутый до сих пор, предусмотренный разграничительной линией, не приводит к какой-либо значительной несоразмерности со ссылкой на соответствующую прибрежную длину и распределение областей, которые последуют за этим. Этот Суд согласен с замечанием, что

«эта диспропорция, а не какой-либо общий принцип соразмерности, который является соответствующим критерием или фактором... никогда не будет вопросом о полной переделке природы... это скорее вопрос устранения несоразмерности и несправедливых эффектов, вызываемых определенной географической конфигурацией или функцией» (дело англо-французского континентального шельфа Case, RIAA, Vol. XVIII, стр. 58, пункт 101).

Континентальный шельф и исключительная экономическая зоны ассигнования не должны быть предписаны в пропорции к длине соответствующей береговой линии. Скорее всего, суд будет проверять, пост-фактум, соразмерность линии разграничения, которая была проведена (Делимитация морской границы между Гвинеей и Гвинеей-Бисау, RIAA, Vol. XIX, пункты 94-95).

Эта проверка может быть только приблизительной. В прошлом использовались разнообразные методы для оценки прибрежной длины, без каких-либо четких требований международного права о том, что следует ли придерживаться реальной береговой линии или базовых линий, или действительно должны быть исключены только берега, связанные с внутренними водами.

Суд не может не заметить, что различные трибуналы, и сам суд, разработали различные выводы на протяжении многих лет относительно

⁷⁴ Id. at paras. 210-216.

того, что разница в длине прибрежной зоны будет представлять собой значительную диспропорциональность, которая будет указывать на то, что линия делимитации является несправедливой, и все еще требует корректировки. Это, по-прежнему, в каждом конкретном случае, вопрос для оценки суда, который он будет осуществлять со ссылкой на общую географию района...

12. Морская граница, делимитирующая континентальный шельф и исключительную экономическую зону⁷⁵.

Суд отмечает, что морская граница разграничения континентального шельфа и исключительных экономических зон не должна быть приравнена к государственной границе, разделяющей территории государств. Первая определяет границы морских зон, где в рамках международного права прибрежные государства имеют определенные суверенные права для определенных целей. Последняя определяет территориальные пределы государственного суверенитета. Следовательно, суд считает, что никакой путаницы относительно характера делимитации морской границы исключительной экономической зоны и континентального шельфа не возникнет, и, таким образом, используют этот термин.

⁷⁵ Id. at paras. 217-218.

ГЛАВА 5 ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВ

Ответственность государства за международно-противоправные деяния

Проект статей комиссии международного права⁷⁶

Общие принципы

Статья 1. Ответственность государства за его международно-противоправные деяния

Каждое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства.

Комментарий

(1) Статья 1 устанавливает основной принцип, лежащий в основе статьи в целом, которая выражается в том, что нарушение международного права со стороны государства влечет за собой его международную ответственность. Международно-противоправное деяние государства может состоять в одном или нескольких действиях или бездействии, или в комбинации обоих. Наличие международно-противоправного деяния зависит, прежде всего, от наличия обязательства, которое, как утверждается, было нарушено, и, во-вторых, от обстоятельств и условий такого деяния

Статья 2. Элементы международно-противоправного деяния государства

Международно-противоправное деяние государства имеет место, когда поведение, состоящее в действии или бездействии:

(А) присваивается государству в соответствии с международным правом, и

⁷⁶ U.N. International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001. Full articles and comments available at: http://untreaty.un.org/olc/texts/9_6.htm.

(Б) является нарушением международных обязательств государства.

Комментарий

Статья 2 определяет условия, необходимые для установления наличия международно-противоправного деяния государства, т.е. Составляющие элементы такого акта. Определены два элемента. Во-первых, деяние должно быть связано с государством в соответствии с международным правом. Во-вторых, для отнесения ответственности к государству, поведение должно нарушать действующие международно-правовые обязательства этого государства.

Статья 3. Квалификация деяния государства как международно-противоправного

Квалификация деяния государства в качестве международно-противоправного регулируется международным правом.

На такую характеристику не влияет квалификация этого же деяния как правомерного по внутренним законодательствам.

Комментарий

(1) Статья 3 содержит принцип, который подразумевается в статье 2, а именно то, что характеристика деяния в качестве международно-противоправного не зависит от его характеристики в качестве законного в соответствии с внутренним законодательством соответствующего государства. Есть два элемента данного положения. Во-первых, деяние государства не может быть квалифицировано как международно-противоправное, если оно не представляет собой нарушение международного обязательства, даже если оно нарушает положения национального законодательства государства. Во-вторых, и самое важное, государство не может, настаивая, что его поведение находится в соответствии с положениями своего внутреннего права, избежать его квалификации в качестве противоправного согласно международному праву.

Нарушение международного обязательства

Дипломатический и консульский персонал США в Тегеране (Иран против Соединенных Штатов Америки), 1980⁷⁷

56. Основные факты для принятия решения суда по существу в данном деле были изложены ранее. Эти факты должны быть рассмотрены судом с двух точек зрения. Во-первых, он должен определить, как далеко по праву, акты, о которых идет речь, могут быть рассмотрены как относимые к Иранскому государству. Во-вторых, он должен рассмотреть вопрос об их совместимости или несовместимости с обязательствами Ирана по договорам вступившим в силу или по любым другим нормам международного права, которые могут быть применены. События, которые являются предметом претензии Соединенных Штатов относятся к двум фазам, которые нам будет удобнее рассмотреть отдельно.

Проект Габчиково-Надьямарош (Венгрия против Словакии), 1997⁷⁸

78. Более того, практика работы Варианта С позволила Чехословакии заимствовать, в основном для собственного использования и выгоды, от 80 до 90 процентов воды Дуная до возвращения их в основное русло реки, несмотря на то, что Дунай является не только общим международным водотоком, но и рекой, протекающей через международные границы.

Чехословакия заявила, что вариант С, по сути, не делал ничего более того, на что Венгрия уже согласилась, и, что были сделаны только те изменения, которые были необходимы в силу того, что Венгрия решила не выполнять свои договорные обязательства. Правда, Венгрия, при заключении Договора 1977 года, согласилась на строительство плотин на Дунае и утечки ее воды в обводной канал. Но это было только в контексте совместной работы и совместного использования его выгод, на что Венгрия дала свое согласие.

⁷⁷ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.

⁷⁸ Gabcnkovo-Nagymaros Project, (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

Приостановление и отмена такого согласия представляют собой нарушение правовых обязательств Венгрии, демонстрируя, как это было, отказ со стороны Венгрии в совместной операции, но это не может означать то, что Венгрия лишилась своих основных прав на справедливое и разумное совместное использование ресурсов международного водотока. Соответственно, Суд делает вывод, что Чехословакия, приведя Вариант С в эксплуатацию, не применила Договор 1977 года, но, наоборот, нарушила некоторые его положения, и, поступая таким образом, совершила международно-противоправное деяние.

Дело Рэйнбоу Ворриор (Новая Зеландия против Франции⁷⁹), 1990

[стр. 75]. Причина в том, что общие принципы международного права, касающиеся ответственности государств, в равной степени применимы в случае нарушения договорных обязательств, так как в международной правовой сфере нет различия между договорной и деликтной ответственностью, так что любое нарушение государством любого обязательства, независимо от происхождения, приводит к возникновению ответственности государства и ведет, следовательно, к обязанности возмещения. Конкретный договор сам по себе может, конечно, ограничить или расширить общий закон государства, например, путем создания системы средств для этого. Постоянный Суд заявил, что это основополагающий принцип в деле завода в Хожуве (юрисдикция), заявив:

Это принцип международного права, в котором нарушение взаимодействия включает в себя обязательства по возмещению в адекватной форме. Возмещение ущерба, таким образом, является необходимым дополнением неприменения конвенции.

Ясно, что отказ от выполнения договорных обязательств включает в себя международную ответственность (Договоры о Мире (второй этап) 1950, Отчеты Международного Суда, 221, 228). Выводом по этому вопросу является то, что без ущерба для условий соглашения, которое стороны подписали с применением важных положений Венской конвенции о праве международных договоров, существование в данном случае обстоятельств, исключающих противоправность, а также соответствующие вопросы о средствах правовой защиты, должны найти ответы в контексте и в свете обычного права об ответственности государств.

⁷⁹ Arbitration Tribunal 1990, vol. XX (Sales No.E/F.93.V.3), p. 215 (1990). (p. 251, para. 75).

Деяние, рассматриваемое как деяние государств/приписываемое государству

Разница относительно судебно-процессуального иммунитета специального докладчика Комиссии по правам человека, 1999⁸⁰

[стр.87] Суд приходит к выводу, что правительство Малайзии имело обязательство, в соответствии со статьей 105 Устава и в соответствии с Общей конвенцией, сообщить своим судам позицию Генерального секретаря. В соответствии с устоявшейся нормой международного права, поведение любого органа государства должно рассматриваться как деяние этого государства. Это правило, которое имеет обычный характер, находит свое отражение в статье 6 проекта статей об ответственности государств, принятого в предварительном порядке Комиссией Международного права в первом чтении, которая предусматривает, что:

«Поведение органа государства рассматривается как деяние данного государства по международному праву, независимо от того, что орган принадлежит к учредительной, законодательной, исполнительной, судебной или иной власти, будь то его функции международного или внутреннего характера, и занимает ли он ведущее или подчиненное положение в организации государства» (Ежегодник Комиссии Международного права, 1973, Vol. II, стр. 193).

В связи с тем, что правительство не передало позицию Генерального секретаря компетентным судам, и министр иностранных дел не ссылаясь на него в его собственном сертификате, Малайзия не соответствует вышеупомянутому обязательству.

Отдельное мнение судьи Ода

[стр. 107 О.М. Ода] 24. (Пункт (2) (а) постановляющей части) Национальные суды Малайзии решили рассмотреть просьбу г-на Кумарасвами в этапе разбирательства против него. Малайзия, как государство, несет ответственность за действия своих национальных судов, позволяя

⁸⁰ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62.

разрешению дела в отношении г-на Кумарасвами продолжиться, а не остановиться. Другими словами, это Малайзия как государство несет ответственность за провал ее органов - в данном случае судебной власти - обеспечить юридическую неприкосновенность г-на Кумарасвами. Вопрос, действительно ли исполнительные департаменты правительства Малайзии проинформировали свои суды о позиции Генерального секретаря, не является относящимся к делу в этом случае.

Отдельное мнение судьи Резека

[стр. 109 О.М. Резек] Я разделяю мнение большинства по этим вопросам, но я хотел бы подчеркнуть, что обязательным для Малайзии является не просто уведомление Малазийских судов о позиции Генерального секретаря, а обеспечить соблюдение иммунитета.

Это ни в коей мере не предложение линии поведения, несовместимого с самим понятием независимости судебной власти (которая кроме того представляет собой предмет миссии специального докладчика). Правительство будет обеспечивать соблюдение иммунитета, если, утвердив позицию Генерального секретаря, оно использует все имеющиеся в его распоряжении меры в отношении судебной системы (действия прокурора или главного обвинителя в большинстве стран), чтобы за это время иммунитет соблюдался, точно так же, как оно защищает свои интересы и позиции в судах. Правда, когда судебная власть является независимой властью, то всегда возможно то, что, несмотря на усилия правительства, в высшей судебной инстанции может быть отказано в иммунитете. В этом гипотетическом случае, как и в одном из конкретных отказов малазийских судов в рассмотрении вопроса об иммунитете в *limine litis*, Малайзия будет нести международную ответственность по отношению к Организации Объединенных Наций по причине действий власти кроме исполнительной власти. Это не было бы ситуацией неизвестной международному праву, или вообще редким явлением в истории международных отношений.

**Военная и полувоенная деятельность в и против
Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов
Америки), 1986**⁸¹

109. На данный момент суд должен определить были ли в отношениях контрас (оппозиционеры) и правительства Соединенных Штатов зависимость и контроль, и было бы правильно ставить знак равенства в правовом смысле между контрас и органом правительства Соединенных Штатов, или в качестве действующего от имени этого правительства. Здесь уместно отметить, что в мае 1983 года оценку комитета по разведке, в докладе, упомянутом в пункте 95 выше, было то, что контрас «составляют самостоятельную силу» и что «единственный элемент управления, который мог быть использован Соединенными Штатами «было» прекращение помощи». Парадоксальным образом эта оценка позволяет подчеркнуть обратное в отношении степени контроля, присущего степени зависимости контрас от внешней помощи. Однако, несмотря на крупные субсидии и другие меры поддержки, предоставлявшейся им Соединенными Штатами, нет никаких четких доказательств того, что Соединенные Штаты на самом деле осуществляют такую степень контроля во всех областях, чтобы оправдать положение контрас, как действующих от их имени.

111. По мнению Суда, установлено, что сила противопоставления была, по крайней мере в течение одного периода, настолько зависима от США, что она не могла осуществлять свои важные и наиболее значимые военные и полувоенные действия без многогранной поддержки Соединенных Штатов. Этот вывод имеет фундаментальное значение в данном деле. Тем не менее, не было адекватного прямого доказательства, что все или большинство мероприятий контрас в этот период получили эту поддержку, да и, наверное, не могло быть, продвинутое во всех отношениях. Для суда достаточно подчеркнуть, что степень контроля со стороны правительства Соединенных Штатов, как описано выше, присуще положению, в котором сила контрас оказывается в зависимости.

115. Суд принял точку зрения (пункт 110 выше), что участие Соединенных Штатов, даже если оно было преобладающим или решающим в финансировании, организации, обучении, поставке и оснащении контрас (оппозиционеров), выборе своих военных или полувоенных задач, и планирование всей работы, на основе доказательств в распоряжении суда

⁸¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

по-прежнему недостаточно само по себе, чтобы отнести к Соединенным Штатам деяния, совершенные оппозиционерами в ходе своих военных или полувоенных операций в Никарагуа. Все формы участия Соединенных Штатов уже упоминавшиеся выше, и даже общий контроль со стороны государства-ответчика над силой с высокой степенью зависимости от этого, сами по себе не имеют в виду, без дальнейших доказательств, что Соединенные Штаты руководили или заставляли совершать действия, противоречащие правам человека и гуманитарному праву, как это утверждает государство-заявитель. Такие действия вполне могли бы быть совершены членами оппозиционной группы без контроля США. Чтобы привести это поведение Соединенных Штатов к правовой ответственности, в принципе должно быть доказано, что это государство осуществляло эффективный контроль военных или полувоенных операций, в ходе которых предполагаемые нарушения были совершены.

116. Суд не считает, что помощь, оказываемая Соединенными Штатами оппозиционным силам, позволяет сделать вывод, что эти силы могут быть приписаны Соединенным Штатам до такой степени, что любые акты, которые они совершили будут виной этого государства. Он считает, что оппозиционеры продолжают нести ответственность за свои действия, и что Соединенные Штаты не несут ответственности за действия оппозиционеров, но за его собственное поведение по отношению к Никарагуа, в том числе поведение, связанное с действиями оппозиционеров. Суд должен исследовать не жалобы, связанных с предполагаемыми нарушениями гуманитарного права оппозиционерами, рассматриваемыми Никарагуа как вина Соединенных Штатов, а противоправные действия, за которые Соединенные Штаты могут нести ответственность непосредственно в связи с деятельностью оппозиционеров. Законность или отсутствие таких действий Соединенных Штатов это вопрос, который отличается от нарушения гуманитарного права, в котором оппозиционеры могли или не могли быть виновными. Именно по этой причине, суд не должен определять были ли нарушения гуманитарного права, приписанные оппозиционерам на самом деле совершены ими. В то же время, вопрос о том, знало ли правительство Соединенных Штатов, или должно было знать в соответствующее время, что были сделаны заявления о нарушениях гуманитарного права против оппозиционеров, имеет отношение к оценке законности действий Соединенных Штатов. В этом отношении существенные факты, в первую очередь, это те, которые связаны с вопросом о руководстве по психологическим операциям 1983 года.

155. Во-вторых, даже если предположить, что военная помощь достигает вооруженной оппозиции в Сальвадоре с территории Никарагуа,

все еще необходимо доказать, что эта помощь является виной властей последней страны. Действительно, государство-заявитель не пыталось скрыть возможности поступления оружия к вооруженной оппозиции в Сальвадоре в пересечении своей территории, но оно отрицает, что это результат какой-либо преднамеренной официальной политики со своей стороны. Как Суд отметил, в 1949 году:

«Невозможно само по себе сделать вывод, что факт контроля со стороны государства над своей территорией и водами означает, что это государство обязательно знало или должно было знать о каком-либо факте незаконного действия совершаемого в нем, и что оно обязательно знало или должно было знать об этом. Этот факт, сам по себе и отдельно от других обстоятельств, не включает в себе прямую ответственность, не перекладывает бремя доказывания» (Дело о Проливе Корфу, I.C.J., 1949, стр. 18).

157. [...] если поток оружия, на самом деле достигал Сальвадора, когда ни Гондурас, ни Сальвадор или Соединенные Штаты преуспели в его перехвате, то было бы явно необоснованным требовать от правительства Никарагуа более высокой степени осмотрительности, чем той, что может быть достигнута комбинированными усилиями других трех государств. В частности, когда Никарагуа обвиняют в разрешении прохода партии оружия через свою территорию, это равносильно тому, что Сальвадор признал свою неспособность остановить поток. Это показывает затруднительное положение любого правительства, в том числе Никарагуа, столкнувшегося с торговлей оружием: решимость положить конец была бы весьма затруднительна. Более конкретно, в той мере, в которой часть этой вооруженной помощи, как говорят, успешно проходила через Гондурас, это обвинение против Никарагуа будет также означать, что Гондурас, который не подозревался в стремлении помочь вооруженной оппозиции в Сальвадоре, представляет произвольное доказательство того, что он отнюдь не уверен, что Никарагуа может бороться с этой подпольной торговлей лучше, чем Гондурас. Имеющиеся в распоряжении меры правительств региона примерно сопоставимы, географические препятствия и внутренний характер любой подпольной торговли оружием просто показывают, что эта поставка может быть успешно проведена без какого-либо соучастия с органами государственной власти, и даже тогда, когда они стремятся положить конец этому. Наконец, даже если это правда, то исключительно обширные ресурсы развернутые США, были бессильны предотвратить этот трафик для оснащения вооруженной оппозиции Сальвадора, и это показывает еще яснее, насколько бессилён должен быть Никарагуа с гораздо меньшими ресурсами в цели подчинения этого трафика, если он проходит на его территории, и власти стремятся положить этому конец.

158. Ограничивая себя региональными государствами, Суд, соответственно, считает, что вряд ли возможна ответственность Никарагуа относительно торговли оружием, происходящей на его территории, которая будет автоматически предполагаться, в то время как противоположное предположение может быть принято в отношении соседей о подобном трафике. Принимая во внимание обстоятельства, характеризующие эту часть Центральной Америки, суд считает более реалистичным и соответствующим реальности признать, что деятельность такого рода, в ограниченном масштабе, вполне может осуществляться без ведома территориального правительства.

Отдельное мнение судьи Аго

[Стр. 188-189, О.М. Аго] С другой стороны, отрицательный ответ, возвращенный Судом, на предложение заявителя о том, что злодеяния, совершенные некоторыми членами оппозиционных сил следует рассматривать как действия, относимые к Соединенным Штатам Америки, в соответствии с положениями проекта Комиссии Международного права. Было бы действительно несовместимо с принципами, регулирующими этот вопрос, рассматривать членов оппозиционных сил, лиц или групп, как действующих во имя и от имени Соединенных Штатов Америки. Только в тех случаях, когда некоторым членам этих сил было бы специально поручено властями Соединенных Штатов совершить определенное действие или осуществить какую-то определенную задачу от имени Соединенных Штатов, тогда было бы возможно такое отнесение. Только в таких случаях международное право признает, как редкое исключение из правила, что поведение лиц или групп, которые не являются ни агентами, ни органами государства, ни членами его аппарата даже в самом широком смысле этого слова, могут считаться действиями этого государства.

***Права человека и ответственность государства, Джеймс Кроуфорд*⁸²**

Присвоение государству нарушений прав человека негосударственными субъектами

(а) Подгосударственные образования и органы государства

Ситуация является очевидной, если организация, осуществляющая действие, является органом государства. Акты территориальных подразделений и административных органов, составляющих государство,

⁸² 12th Raymond & Beverly Sackler Distinguished Lecture Series. Human Rights and State Responsibility. James Crawford. Reprinted with permission of the author.

приравниваются в вопросах международной ответственности к самому государству. Это так, независимо от положения этих органов согласно внутригосударственному законодательству. Право международной ответственности не позволяет государству избежать ответственности через разделение ответственности между, например, Аризоной и Соединенными Штатами Америки, или французским административным агентством и Францией, даже если национальное право имеет положение о разделении ответственности. Вспомогательные части и государство в целом, рассматриваются для целей ответственности, как одно и то же. Эта позиция отражена в проекте статьи:

«Статья 4

Поведение органов государства

1. Поведение любого органа государства рассматривается как деяние этого государства по международному праву, будь то орган имеющий законодательную, исполнительную, судебную или любые другие функции, независимо от позиции, которую он занимает в системе государства, и независимо от его характера, как органа центральной власти или административно-территориальной единицы государства.

2. Орган включает в себя любое физическое или юридическое лицо, которое имеет такой статус в соответствии с внутренним правом государства».

Норма, изложенная в статье 4, была применена в нескольких случаях, в которых Соединенные Штаты оспаривали на основании Венской конвенции о консульских сношениях отступления для лиц, приговоренных к смертной казни за преступления в соответствии с законодательством некоторых американских штатов, например, Вирджинии (в деле Бреда (Парагвай против США⁸³)), Аризоны (в деле Лагранды (Германия против США⁸⁴)) 2) и Аризоны, Арканзаса, Калифорнии, Иллинойса, Невады, Огайо, Оклахомы, Орегона и Техаса (в деле Авены)⁸⁵.

Аналогичная ситуация наблюдается с административными органами и с территориальными единицами. Международный суд в споре относительно судебного-процессуального иммунитета специального докладчика Комиссии по правам человека, сказал:

⁸³ I.C.J. Reports 1998 p 248.

⁸⁴ I.C.J. Reports 2001 p 466.

⁸⁵ I.C.J. Reports 2004 p 12.

«В соответствии с устоявшейся нормой международного права, поведение какого-либо органа государства должно рассматриваться как деяние этого государства. Это правило имеет обычный характер»⁸⁶.

Государство не уйдет от ответственности, просто показывая, что его орган или отдельный агент «превышает свои полномочия, либо противоречит инструкциям». Оно может избежать ответственности только там, где действия под вопросом были сделаны в совершенно личном качестве, без участия государственной власти. Это правило, изложено в ARSIWA статья 7:

«Превышение полномочий или нарушение указаний»

Поведение органа государства, либо физического или юридического лица, уполномоченных осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как действие государства в соответствии с международным правом, если орган, физическое или юридическое лицо действуют в этом качестве, даже если он(о) превышает его полномочия или нарушают указания».

Правила статьи 7 были закреплены в отношении прав человека. Например, Межамериканский суд по правам человека по делу Веласкеса Родригеса сказал:

«Этот вывод [что имело место нарушение Американской конвенции о правах человека] не зависит от того, что орган или должностное лицо нарушило положения внутреннего законодательства или вышло за пределы своих полномочий: согласно международному праву государство несет ответственность за действия своих агентов, предпринятые в их официальном качестве, и за их упущения, даже если эти агенты действуют вне сферы их полномочий или нарушают внутреннее право»⁸⁷.

(б) Частные лица и негосударственные организации

Более сложными случаями для определения ответственности государства являются те, в которых указанные действия осуществляются при помощи частной стороны.

(I) Презумпция автономности частной стороны от государства

Поведение любого человека или юридического лица, если оно имеет связь гражданства, постоянного проживания или включения в конкретном

⁸⁶ I.C.J. Reports 1999 p 62, 87 (para 62).

⁸⁷ Inter-Am Ct.H.R. Ser C No 4 (1989), 95 ILR 259, 296 (para 170).

государстве, может быть отнесена к этому государству. Но международное право признает автономию отдельных лиц и организаций, которые они представляют, и также рассматривает государство отдельно от граждан. Таким образом, существует презумпция, более или менее сильная в зависимости от контекста, что поведение частных лиц как таковое не относится к государству. Это было засвидетельствовано делом Теллини в 1923 году. Международная комиссия была создана для определения границы между Грецией и Албанией. Ее председатель и несколько ее членов были убиты на территории Греции. Совет Лиги Наций представил вопросы, вытекающие из инцидента, Комитету юристов. Комитет заявил:

«Ответственность у государства может быть только за раследование на ее территории политического преступления в отношении лиц, иностранцев, если государство пренебрегает принять все разумные меры для предотвращения преступлений и преследования, ареста и привлечения преступника к правосудию»⁸⁸.

Нормы об ответственности государств являются ограничительными, в том смысле, что государство не несет ответственности за поведение негосударственных субъектов, если государство специально согласилось принять атрибуции или обстоятельства подпадают под одну из исключительных категорий, определенных в правилах. Трибунал по спору между Ираном и Соединенными Штатами Америки сказал: «Для того, чтобы атрибут действовал, необходимо чтобы государства идентифицировали себя в достаточной степени уверенности с участниками и их связью с государством»⁸⁹.

Установив, что положение не является абсолютным, и, что поведение частных лиц, не может быть возложено на государство, оно подпадает на рассмотрение обстоятельств, при которых такое поведение будет вовлекать ответственность государства.

(II) Негосударственные агенты как действующие лица государства

Негосударственный субъект может быть привлечен государством, чтобы «осуществлять элементы правительственной власти». Если это так, то поведение негосударственного действующего лица может быть возложено на государство. По статье 5 ARSIWA:

«Поведение физического или юридического лица, которое не является государственным органом в соответствии со статьей 4, но которое имеет

⁸⁸ League of Nations, OJ, 5th Year, No. 4 (April 1924), p. 524.

⁸⁹ Yeager v. Islamic Republic of Iran (1987) 17 Iran-U.S.C.T.R. 92, 101-2.

право по закону этого государства осуществлять определенные прерогативы государственной власти, рассматривается действием государства по международному праву, при условии, что физическое или юридическое лицо, действует в этом качестве в конкретном случае».

Существуют различные ситуации, в которых негосударственные субъекты являются агентами государства. Например, в последние годы в некоторых странах государственные органы заключили контракт с частными охранными фирмами, чтобы они приняли управление тюрьмами. Это пример, когда частное лицо выступает в качестве агента государства - ситуация, в которой его действия будут отнесены на счет государства для целей международного права. Управление тюрьмой, казалось бы, почти как само собой разумеющееся, является одной областью, которая порождает проблемы по правам человека⁹⁰. Альфред Аман выражает обеспокоенность тем, что частные компании могут повлиять на государственные органы, чтобы увеличить количество предложений и, таким образом, число «клиентов». Аман признает, что «здесь нет никаких доказательств того, что частные провайдеры пытаются либо влияют на приговоры или разработки законов с целью увеличения числа заключенных», но идентифицирует это, тем не менее, как риск. По его мнению, удаление органов государственного мониторинга от частных тюрем приведет к риску того, что менеджеры тюрьмы не будут ответственными за нарушения прав человека⁹¹.

(III) Негосударственные агенты под руководством и контролем государства

Также могут быть представлены ситуации, в которых государство, хотя оно официально не привлекало частную сторону в качестве своего агента, тем не менее, направляет или контролирует его деятельность. Согласно статье 8 КМП:

«Поведение отдельного лица или группы лиц, считается действием государства в соответствии с международным правом, если лицо или группа лиц фактически действовали по поручению либо под руководством или контролем этого государства в осуществлении такого поведения».

⁹⁰ Some 140,000 prison beds in the U.S, UK and Australia are managed by private firms, and problems of international human rights law have been identified in this: Colin Fenwick, "Private Use of Prisoner's Labor: Paradoxes of International Human Rights Law," (2005) 27 Human Rights Quarterly 249.

⁹¹ Alfred C. Aman, Jr, "Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law," (2005) 12 Indiana J Global Legal Studies 511, 543-5.

Норма, изложенная в статье 8, возникла на практике в связи с государственной поддержкой мятежных движений, выступающих против правительства другого государства.

(в) Вооруженные оппозиционные группы: атрибуция своих действий государству

Действия вооруженных оппозиционных групп, вовлеченных, например, в гражданскую войну против правительственных войск государства, как правило, не относятся к государству. Однако есть ситуации, в которых поведение такой группы может быть связано с государством, на территории которого она работает или в другом государстве. Положение вооруженных оппозиционных групп в соответствии с международным правом ответственности имеет непосредственное отношение к вопросу о правах человека, так как нарушения прав человека могут размножаться в ситуации восстания против установленного правительством государства.

Когда вооруженная оппозиционная группа действует по поручению и под руководством или контролем другого государства, поведение группы может быть отнесено к этому государству. Однако, международные трибуналы требуют четкого вывода, что конкретный вид поведения был фактически осуществлен под руководством иностранного государства или под его контролем, или, это происходило из инструкций иностранного государства, прежде чем ответственность будет отнесена к иностранному государству. Международный Суд, в деле о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа постановил, что:

«несмотря на крупные субсидии и другую помощь, предоставленную им Соединенными Штатами Америки, нет четких доказательств того, что Соединенные Штаты Америки фактически осуществляли контроль такой степени во всех областях, чтобы оправдать отношение оппозиционеров действующих от его лица... Все формы участия Соединенных Штатов уже упоминались выше, и даже общий контроль государством-ответчиком силы с высокой степенью зависимости от нее, не будут сами по себе означать без дальнейших доказательств, что Соединенные Штаты руководили или совершали действия, противоречащие правам человека и гуманитарному праву, как утверждает государство-заявитель. Такие действия вполне могли бы быть совершены оппозиционерами без контроля США. Чтобы это поведение, породило правовую ответственность Соединенных Штатов, в принципе должно быть доказано, что государство осуществляло эффективный контроль военных

или полувоенных операций, в ходе которых якобы имевшие место нарушения были совершены»⁹².

Апелляционная палата Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии сформулировала положение несколько по-иному – подчеркнув свой подход и отличие от подхода Международного суда по делу о Никарагуа. В деле прокурор против Тадича, палата заявила:

«Требование международного права для присвоения США действий, совершенных частными лицами в том, чтобы государство осуществляло контроль за лицами. Степень контроля, однако, может варьироваться в зависимости от фактических обстоятельств каждого конкретного случая. Апелляционная палата не может понять, почему в каждом обстоятельстве международное право устанавливает высокий порог для теста контроля»⁹³.

МТБЮ был посвящен уголовной ответственности отдельных лиц, и это отличает его от позиции Международного Суда по делу Никарагуа, где ответственность государств была под вопросом. Более того, вопрос, рассматривающийся в деле Тадича, был о том, были ли нормы международного гуманитарного права применимы к случаю, а не в том, существовала ли ответственность за конкретные действия.

Негосударственная группа может оказаться исполняющей государственную функцию, когда правительство государства исчезло, и требуется осуществление общественных функций. В такой ситуации, поведение негосударственной группы может быть возложено на государство. Это исключительный случай, но не неслыханный: пост-революционные ситуации, например, могут привести к такой форме присвоения, так же как и ситуация во время исламской революции в Иране.

Это устоявшиеся позиции, отраженные, например, в ранних мексиканских и венесуэльских смешанных комиссиях XX века по рассмотрению претензий, что деятельность мятежнического движения, которое затем успешно захватило государство, могут быть приписаны государству.

⁹² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, I.C.J. Rep 1986 p 14, 62, 64-5 (para 109, 115).

⁹³ IT-94-1, Prosecutor v Tadić (1999) 38 ILM 1518, 1541 (para 117) (emphasis original).

Обстоятельства, исключаящие противоправность

Дело Рэйнбоу Ворриор (Новая Зеландия против Франции), 1987⁹⁴

76. Под названием «Обстоятельства, исключаящие противоправность» Комиссия международного права предложила в статьях 29-35 набор правил, которые включают в себя три положения, ссылки на форс-мажорные обстоятельства и непредвиденный случай (статья 31), бедствие (статья 32), и крайнюю необходимость (статья 33), которые могут иметь значение для решения по данному делу.

77. [З]десь есть несколько причин для исключения применимости предлога форс-мажорных обстоятельств в этом случае. Как отмечается в докладе Комиссии международного права, статья 31 относится к «ситуации, сталкивающейся с предметом в действии, который ведет его, как бы, несмотря на себя, действовать в порядке, несоответствующем требованиям международных обязательств, возложенных на него» (YbkJLC, 1979, вып. II, пункт. 2, р. 122, выделено в оригинале). Форс-мажорные обстоятельства «в целом служат оправданием невольного, или, по крайней мере, непреднамеренного поведения», они относятся «к непреодолимой силе или непредвиденному внешнему событию» против которого нет правовой защиты, и что делает это материально невозможным «для того, чтобы действовать в соответствии с обязательством», поскольку «ни одно лицо не обязано делать невозможное» (там же, стр. 123, пункт 4).

Новая Зеландия права, утверждая, что предлог форс-мажорных обстоятельств не существенен в этом случае, так как тест его применимости это абсолютная и материальная невозможность, и потому то, что обстоятельства производительности более сложные или обременительные, не является случаем непреодолимой силы. Следовательно, этот предлог не имеет никакого значения в данном случае.

78. Статья 32 из статей разработанных Международной комиссией по правовым сделкам, указывает другое обстоятельство, которое может исключить противоправность в международном праве, а именно, что

⁹⁴ 26 ILM 1346, Special Arbitration Tribunal (1987).

«бедствие» автора деяния, образующего действие государства, противоправность находится под вопросом.

В комментарии Комиссия Международного права, объясняет, что «бедствие» означает положение крайней опасности, в которой орган государства, который принимает такое поведение в данный момент, не имея иного средства спасения для себя или лица, возложенного на его попечение, кроме как действовать в манере, не соответствующей с требованиями данного обязательства». Таким образом, вопрос заключается в определении обстоятельства бедствия в случае крайней необходимости с участием элементарных гуманитарных соображений, влияющих на действующие органы государства, может исключать противоправность.

79. В соответствии с предыдущими правовыми соображениями, потребуются три условия для оправдания поведения Франции в отношении майора Мафарта и капитана Прёр:

1) существование очень исключительных обстоятельств крайней срочности с участием медицинских или иных соображений элементарного характера при условии, что имеется признание существования тех исключительных обстоятельств, четко продемонстрированное или полученное впоследствии от других заинтересованных сторон;

2) восстановление первоначальной ситуации с назначением в Хао, как только причины чрезвычайного вызова для оправдания репатриации перестали существовать;

3) наличие добросовестных усилий, чтобы попытаться получить согласие Новой Зеландии в терминах Соглашения 1986 года.

Дело майора Мафарта

80. Реакция Новой Зеландии на французскую инициативу по устранению майора Мафарта представляется как осуществленная в соответствии с вышеуказанными соображениями.

81. Отправка доктора Кроксона изучить майора Мафарта в тот же день прибытия последнего в Париж имела последствия, указанные выше, а именно, что если предполагаемые условия срочности оправдывающие эвакуацию были проверены, согласие очень вероятно было бы дано на то, что было до этого односторонним поведением. Первый доклад Доктора Кроксона от 14 декабря 1987 года, признает, что майору Мафарту необходимы «детальные исследования, которые не были доступны в Хао», и его ответ на важный вопрос о том, есть ли оправдание экстренной эвакуации, сомнителен.

[...]

83. Шестой доклад от 12 февраля 1988 года, с другой стороны, свидетельствует о том, что к тому времени было ясно обязательство французских властей вернуть майора Мафарта в Хао, по причине исчезновения срочной неотложной медицинской помощи, которая определила его эвакуацию. Этот доклад вместе с отсутствием других медицинских отчетов, показывающих повторение симптомов, которые определяются эвакуацией, свидетельствует о том, что майор Мафарт должен был быть возвращен в Хао по крайней мере 12 февраля 1988 года, и неспособность сделать это является нарушением со стороны французского правительства своих обязательств по Первому соглашению. Это нарушение не оправдано решением французских властей сохранить майора Мафарта в метрополии Франции на том основании, что он был «неподходящим для службы за границей».

88. [...] Обе стороны признали, что возвращение майора Мафарта в Хао зависит главным образом от состояния его здоровья. Таким образом, французское министерство иностранных дел в его записке от 30 декабря 1987 года в Посольство Новой Зеландии с ссылкой на отношение Франции к Соглашению 1986 года сообщило, что майор Мафарт вернется в Хао, когда состояние его здоровья позволит это сделать. Следовательно, не было никакого законного основания для майора Мафарта продолжать оставаться в столице Франции и неизбежен вывод о том, что это упущение представляет собой существенное нарушение Первого Соглашения французским правительством.

Дело капитана Прёр

89. Что касается ситуации капитана Прёр, 3 мая 1988 года французские власти сообщили правительству Новой Зеландии, что она была беременна, добавив, что медицинское заключение отметило, что «эта беременность должна рассматриваться с особой тщательностью...». Совет добавил, что «медицинские учреждения в Хао не способны проводить необходимые медицинские обследования и дать г-же Прёр заботу, необходимую ввиду ее состояния».

[...]

93. Вышеизложенные факты, которые в деле не оспариваются, показывают, что Новая Зеландия не возражала бы против вылета капитана Прёр, если это стало необходимым из-за особого ухода, который может потребоваться в связи с ее беременностью.

94. С другой стороны, представляется, что в течение дня от 5 мая фран-

цузское правительство вдруг решило представить правительству Новой Зеландии свершившийся факт поспешного возвращения капитана Прёр с новой причиной - здоровье отца г-жи Прёр, который был серьезно болен и госпитализирован по поводу рака.

[...]

96. В течение дня 5 мая 1988 г., Франция не искала одобрения Новой Зеландии в духе доброй воли для внезапного отъезда капитана Прёр; и соответственно, для возвращения капитана Прёр, которая оставила Хао в четверг, 5 мая в 11:30 часа (по французскому времени) и прибыла в Париж в пятницу, 6 мая. Таким образом, произошло нарушение обязательств по Соглашению 1986 года.

97. Кроме того, Франция продолжала нарушать свои обязательства, оставляя капитана Прёр в Париже после несчастной смерти ее отца 16 мая 1988 года.

[...]

99. Таким образом, обстоятельства бедствия, крайней необходимости и гуманитарных соображений, называемые Францией, возможно, были обстоятельствами, исключающими ответственность за одностороннее удаление майора Мафарта без согласия Новой Зеландии, но ясно и то, что эти обстоятельства совершенно не в состоянии оправдать ответственность Франции за удаление капитана Прёр и с нарушением ее обязательств в результате невозвращения двух офицеров в Хао (в случае майора Мафарта причины для его удаления исчезли). Здесь существовало явное нарушение обязательств и нарушения права материального характера.

Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997⁹⁵

49. Теперь Суд рассмотрит вопрос о том, было ли в 1989 году состояние необходимости, которое позволило бы Венгрии, без какой-либо международной ответственности приостановить, и отказаться от работы, которую она должна была совершить для выполнения обязательства в соответствии с Договором 1977 г. и связанных с ним документов.

⁹⁵ Gabčnikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

50. В данном случае Стороны согласны, считая, что существование состояния необходимости должно оцениваться в свете критериев, установленных по международному праву Комиссией в статье 33 проектов статей о международной ответственности государств, которые он принял в первом чтении. Это положение сформулировано следующим образом:

«Статья 33. Состояние необходимости

1. Государство не может ссылаться на состояние крайней необходимости, как на основание для исключения противоправности деяния этого государства не в соответствии с международно-правовым обязательством Государства, исключая случаи когда:

(А) акт был единственным средством защиты существенного интереса государства от серьезной и неминуемой опасности, и

(Б) акт не наносит серьезного ущерба существенному интересу государства, к которому обязательство существовало.

2. В любом случае, государство не может ссылаться на состояние крайней необходимости, как на основание для исключения противоправности:

(А) если международное обязательство, с которым деяния государства не соответствуют, возникает из императивной нормы общего международного права, или

(Б) если международное обязательство, с которым деяния государства не соответствуют, заложено договором, который, явно или неявно, исключает возможность ссылки на состояние необходимости в отношении этого обязательства; или

(В) если данное государство способствовало возникновению состояния необходимости.

«(Ежегодник Комиссии международного права, 1980, Вып. II, ч. 2, стр. 34.)

В своем комментарии Комиссия определила «крайнюю необходимость», как

«Ситуация в государстве, чье единственное средство защиты существенного интереса, которому угрожает тяжкая и неминуемая угроза, заключается в принятии поведения не соответствующего тому, что требуют от него международные обязательства к другому государству» (там же, пункт 1).

Он пришел к выводу, что «понятие состояния необходимости является... глубоко укорененным в общей правовой мысли» там же, р. 49, пункт. 31).

51. Суд считает, что в первую очередь состоянием необходимости является основание, признанное обычным международным правом для исключения противоправности деяния, не соответствующего международному обязательству. Кроме того, он отмечает, что такое основание для исключения противоправности может приниматься только в исключительных случаях. Комиссия международного права была одного и того же мнения, когда сделала выбор в пользу отрицательной формы слов в статье 33 своего проекта.

«Для того, чтобы также показать этим формальным способом, что при вызове состояния необходимости как обоснования должно рассматриваться как действительно составляющее исключение - и одним еще реже допустимым, чем в случае с исключающим противоправность других условий [...]» (Там же, стр. 51, пункт 40).

Так, по данным комиссии, состояние необходимости может быть вызвано только при строго определенных условиях, которые должны быть удовлетворены в совокупности, и государство не было бы единственным судьей, решающим выполнение этих условий.

52. В данном случае используются следующие относящиеся к делу основные условия, изложенные в статье 33 проекта: оно должно быть вызвано «существенным интересом» государства, которое совершает действие, конфликтующее с одним из своих международных обязательств, то есть интересу должна угрожать «большая и неминуемая опасность»; действие поставленное под сомнение должно «означать всего лишь» защиту этих интересов; что действие не должно наносить «серьезный ущерб существенному интересу». Государство, к которому обязательство существовало, и государство, которое является автором такого поведения не должны «способствовать возникновению состояния необходимости». Эти условия отражают обычное международное право.

Суд теперь стремится установить, были ли эти условия выполнены во время приостановления и отказа Венгрии в работах, которые она должна выполнять в соответствии с Договором 1977 года.

53. Суду не составит труда признать, что озабоченность, выраженная Венгрией ее естественной окружающей средой в регионе, пострадавшей от Габчико-Надьмарош, связано с «существенным интересом» этого государства, в значении, определенном в выражении статьи 33 Проекта Комиссии международного права.

Комиссия в своем комментарии указала, что не следует в этом контексте, уменьшать «существенный интерес» к вопросу, только о «существова-

нии» государства, и что весь вопрос, в конечном счете, будет оцениваться в свете конкретного случая (см. Ежегодник Международной правовой комиссии, 1980, Вып. II, ч. 2, стр. 49, пункт 32), в то же время, он включен в число ситуаций, которые могут являться случаем крайней необходимости, «серьезной опасностью для экологического... сохранения всей или некоторой части территории [государства]» (там же, стр. 35, пункт 3), а также указано, со ссылкой на практику государств, что «в последние два десятилетия охрана экологического равновесия стала рассматриваться как «существенный интерес» всех государств» (там же, стр. 39, пункт 14).

Суд напоминает, что недавно он имел возможность подчеркнуть большое значение, которое он придает уважению к окружающей среде, не только для государства, но и для всего человечества:

«Окружающая среда не абстракция, а представляет жизненное пространство, качество жизни и самого здоровья человека, в том числе поколений еще не родившихся. Существует обязательство государства обеспечить, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции и контроля отношения к окружающей среде других государств или районов за пределами национального контроля, и это в настоящее время часть международного права, касающейся окружающей среды» (Угрозы или применения ядерного оружия, консультативное заключение, Отчеты Международного Суда 1996, стр. 241-242, пункт 29).

54. Проверка существования в 1989 году «опасности», вызванной Венгрией, ее «серьезной и неизбежной», а также отсутствия каких-либо «средств», чтобы дать на него ответ, за исключением мер, принятых Венгрией, чтобы приостановить и отказаться от работы, являются сложными процессами.

Как Суд уже указывал (см. пункты 33 и след. выше), Венгрия в 1989 году несколько раз выражала ее «неопределенность» в отношении экологических последствий внедрения Габчиково-Надьмарош, и именно поэтому она настоятельно потребовала новых научных исследований, которые бы были проведены.

Суд считает, однако, что эти серьезные неопределенности не могли бы в одиночку создавать объективное существование «угрозы», в смысле компонента элемента состояния необходимости. Слово «опасность», безусловно, вызывает идею «риска», то есть именно то, что отличает «опасность» от материального ущерба. Но состояние необходимости не может существовать без «опасности», должным образом установленной на соответствующий момент времени; простое опасение из возможной «опасности» было бы недостаточным в этом отношении. Более того, вряд

ли могло бы быть иначе, когда «опасность», составляющая государственную необходимость является в то же время «серьезной» и «неизбежной». «Предстояние» является синонимом «непосредственности» или «близости» и выходит далеко за рамки понятия «возможности». Как Комиссия международного права подчеркнула в своем комментарии «крайне серьезная и непосредственная» опасность должна «быть угрозой интересу в реальное время» (Ежегодник Комиссии Международного права, 1980, Вып. II, часть 2, стр. 49, пункт 33). Это не исключает, по мнению Суда, того, что «опасность» стоящая в долгосрочном сроке может считаться не «неизбежной», как только она будет создана в соответствующий момент времени, и что реализация этой опасности может быть в будущем, и вследствие этого не является менее определенной и неизбежной.

Венгерский аргумент о состоянии крайней необходимости, не смог убедить суд, если бы он по крайней мере доказал, что реальная, «серьезная» и «неизбежная опасность» существовала в 1989 году и что меры, принятые Венгрией, были единственным возможным ответом на нее.

57. Суд приходит к выводу из вышеизложенного, что по отношению к Надьмарош и Габчиково, опасность, заявленная Венгрией, не предвещая возможной тяжести, была не достаточно оформлена в 1989 году, она не была «неизбежной», и что Венгрия имела доступные ей в то время средства реагирования на эту опасность кроме приостановления и отказа от работы, которая ей была доверена. Более того, велись переговоры через путь, который мог привести к обзору проекта и расширению некоторых его сроков, без наличия необходимости отказаться от него. Суд делает вывод из этого, что уважение Венгрии в 1989 году своих обязательств в соответствии с условиями договора 1977 года не привело бы к ситуации, «характеризующейся выражением *maximum summum jus summa injuria*» (Ежегодник Комиссии Международного права, 1980, Вып. II, часть 2, стр. 49, пункт. 31).

Более того, Суд отмечает, что Венгрия решила заключить договор 1977 года, договор который - независимо от политических обстоятельств, сложившихся на момент заключения договора - считался Венгрией действительным и находился в силе до даты его окончания в мае 1992 года. Как можно увидеть из материалов Суда, очень много исследований научно-технического характера были проведены в более раннем времени обеими Венгрией и Чехословакией. Венгрия затем, по-видимому, была осведомлена о ситуации, как стало известно позднее, когда она взяла на себя свои обязательства по договору. Венгрия утверждала в суде, что эти исследования были недостаточными, и что состояние знаний в то

время не было таким, чтобы сделать возможным полную оценку экологических последствий Габчиково-Надьмарош. Это, тем не менее, случай, когда стороны понимали необходимость обеспечить защиту окружающей среды, как можно увидеть из статей 15, 19 и 20 Договора, хотя в нем и было основной целью строительство системы плотин для производства электроэнергии, улучшение судоходства на Дунае и защита от затопления.

Более того, Суд не может не отметить позиции Венгрии после вступления в силу Договора 1977 года. В 1983 году Венгрия попросила, чтобы работы по Договору шли медленнее по причинам, которые были в основном экономические, но и, субсидиарно, связаны с экологическими проблемами. В 1989 году, когда, по словам самой Венгрии, состояние научных знаний претерпело значительное развитие, она попросила ускорения работ, а потом решила, спустя три месяца приостановить их, а затем отказаться от них. Суд, однако, осведомлен о глубоких изменениях, имевших место в Венгрии в 1989 году, и что в тот переходный этап, было более трудно координировать разные точки зрения, преобладающие в разное время.

Суд делает вывод из всех этих элементов, что в данном случае, даже если оно было создано в 1989 году, состояние крайней необходимости, связанное с выполнением Договора 1977 года, не может быть использовано Венгрией для оправдания невыполнения своих договорных обязательств, так как она помогла, посредством действия или бездействия создать это состояние.

80. Словакия также утверждала, что действовала под обязанностью уменьшить ущерб, когда она осуществляла Вариант С. Она заявила, что «это общий принцип международного права, когда сторона пострадавшая в результате невыполнения другой стороной договора, должна стремиться смягчить ущерб, который имеет устойчивый характер».

Это будет следовать из такого принципа, когда потерпевшее государство, которое не смогло принять необходимые меры по ограничению ущерба не будет иметь право требовать компенсации за ущерб, который можно было бы избежать. Хотя этот принцип мог бы послужить основой для расчета убытков, с другой стороны, он не мог оправдать иным образом противоправное деяние.

83. Для того, чтобы быть оправданными, контрмеры должны соответствовать определенным условиям (см. Военная и полувоенная деятельность в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки). Рассмотрение по существу, суд, Отчеты Международного Суда 1986, стр. 127, пункт 249; см. также Арбитражное решение от 9 декабря 1978 по делу о соглашении Воздушной службы от 27 марта 1946 года между Соединенными

Штатами Америки и Францией, доклады Организации Объединенных Наций о международных арбитражных решениях (RIAA), Вып. XVIII, стр. 443 и далее; также статьи 47 по 50 из проекта статей о государственной ответственности в принятом акте Международной комиссией в первом чтении «Доклад Комиссии Международного права о работе ее сорок восьмой сессии, 6 мая-26 июля 1996 года», Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 51 сессия, Дополнение 110 (A/51/10), стр. 144-145.

В первую очередь, должны быть приняты ответы на предыдущее международно-противоправное деяние другого государства, и должны быть направлены против этого государства. Хотя и не в первую очередь они представлены как контрмеры, ясно, что вариант С был ответом на приостановление и отказ от работы Венгрией, и что мера была направлена против этого государства, и столь же ясно Суду, что действия Венгрии были международно-противоправными.

84. Во-вторых, потерпевшее государство должно призвать государство, совершившее противоправное деяние, прекратить свое противоправное поведение или возместить ущерб. Как видно из фактов в данном случае, как упоминалось выше Судом (см. пункты 61 и след.), Чехословакия многократно просила Венгрию возобновить выполнение своих договорных обязательств.

85. По мнению Суда, важным фактором является то, что последствия контрмер должны быть соразмерны причиненному вреду.

В 1929 году Постоянная палата международного правосудия в отношении навигации на реке Одер, выразилась следующим образом:

«Общности интересов в судоходной реке становятся основой общего юридического права, основным элементом которого является полное равенство всех прибрежных государств в пользовании целого течения реки и исключения какой-либо льготной привилегии какого-либо одного прибрежного государства по отношению к другим» (Территориальная юрисдикция международной комиссии по реке Одер, постановление №16, 1929, П.П.М.П., Серия А, 123, стр. 27).

Современное развитие международного права усилило этот принцип для несудоходных видов использования международных водотоков, о чем также свидетельствует принятие Генеральной Ассамблеей ООН Конвенции от 21 Мая 1997 года о несудоходных видах использования международных водотоков.

Суд считает, что Чехословакия, взяв в одностороннем порядке под контроль общий ресурс, и тем самым лишая Венгрию ее права на спра-

ведливую и разумную долю природных ресурсов Дуная - с сохраняющимися последствиями утечки этих вод на экологию прибрежной области Сигеткоз, создала ситуацию когда отсутствует соразмерность, которая требуется международным правом.

86. Более того, как суд уже отмечал (см. пункт 78), тот факт, что Венгрия была согласна в контексте первоначального проекта на отвод вод Дуная (и, в Совместном Договорном плане существовала предварительная мера забора воды из Дуная) не может пониматься как предоставление полномочий Чехословакии приступить к одностороннему определению этой величины и меры без согласия Венгрии.

87. Таким образом, Суд считает, что отвод Дуная, осуществленный Чехословакией не являлся законной контрмерой, поскольку он не был пропорциональным. Поэтому не требуется прохождение проверки на еще одно условие правомерности контрмер, а именно, что его целью должно быть побуждение государства-нарушителя выполнить свои обязательства по международному праву, и что мера должна быть обратимой.

Несовпадающее мнение судьи Херцгега

[Стр. 182-183 -О.М. Херцгега] Состояние необходимости в целом есть очень узкое понятие международного права. В ходе работы Комиссии Международного права по кодификации норм по ответственности государств, большинство ее членов выразили мнение, «что возможность понятия состояния необходимости применяется, когда это действительно опасно, и это, безусловно, должно быть предотвращено, но это не должно быть так и в тех случаях, когда опасность есть, и не может быть отменена...». Настоятельная необходимость соблюдения закона не должна приводить к ситуациям, которые метко характеризуются как «*summum jus summa injuria*» (Ежегодник Комиссии Международного права, 1980, Вып. II, ч. 2, стр. 49, пункт 31). Таким образом, Международная правовая комиссия, выразив почти общий подход и убеждения, подчеркнула, что ситуация должна была включать «основные» интересы государства. Этот «основной» характер, естественно, зависит от обстоятельств, в которых государство оказывается, и которые не могут быть определены или предвидены заранее. Угрожающая опасность существенному интересу должна быть крайне тяжелой и неизбежной, и она должна быть предотвратимой только с помощью мер, противоречащих международным обязательствам. В состоянии необходимости, есть

«Серьезная опасность для существования самого государства, его политического или экономического выживания, поддержания условий, в которых государственные структуры могут функционировать, поддержания его внутреннего мира, выживания части его населения, экологического со-

хранения всей или некоторой его территории...» (там же, стр. 35, пункт 3).

Вызов состояния необходимости не является способом прекратить договорные обязательства на законных основаниях, то есть, прекращением международного договора. Тем не менее, сторона в вопросе будет освобождена от последствий нарушения международного права, так как она действовала в состоянии необходимости. Состояние необходимости является обстоятельством, которое освобождает от ответственности: другими словами, оно реабилитирует автора незаконного действия от международной ответственности. Следовательно, проблема не была решена - и не может быть решена - по праву международных договоров, но относится к положениям международного права об ответственности государства.

Несовпадающее мнение судьи Флайшхауэра

[Стр. 212-213 Д.О. Флайшхауэр] Принцип, что ни одно государство не может получать прибыли от собственных нарушений юридических обязательств не оправдывает чрезмерное возмездие. Принцип, как было заявлено и применено к схожему делу Постоянной палатой, означает, что одна сторона, Венгрия, не будет иметь право воспользоваться тем, что другая сторона, Чехословакия, не выполнила обязательства, если первая сторона, Венгрия, незаконным действием помешала другой, Чехословакии выполнить обязательства. Это, однако, не происходит в данном случае. Обязательство, не исполненное Чехословакией это обязанность уважать право Венгрии к справедливой и разумной доле в водах Дуная. Венгрия не сделала невозможным для Чехословакии уважать это право; как я уже отметил выше, односторонняя реализация Варианта С Чехословакией не было ни автоматическим, ни единственно возможной реакцией на нарушение договора Венгрией. Широкое толкование принципа в вопросе, который бы проигнорировал требование пропорциональности, будет означать, что право на принятие контрмер будет идти дальше, в отношении непропорционально пересекающихся нарушений договора, как она идет согласно общему международному праву. Поэтому неправильно применять принцип схематично, чтобы в случаях, когда есть пересекающиеся («взаимные») нарушения договора, где суд отмечает:

«Что, хотя он нашел, что обе Венгрия и Чехословакия не смогли выполнить свои обязательства по Договору 1977 года, это взаимное противоправное поведение не принесло конца Договору, ни оправдало его прекращения «(пункт 114).

Несовпадающее мнение судьи Верещетина

[стр. 222 О.М. Верещетин] Основные условия правомерности контрмер:

(1) Наличие предварительного противоправного деяния, совершенного государством, которому предназначены контрмеры.

(2) Необходимость противодействия.

(3) Соразмерность его в обстоятельствах дела. Некоторые виды действий полностью запрещены в качестве контрмер, но они не актуальны в данном случае (это действия или угрозы силой или ее применением, экстремальные экономические или политические принуждения, нарушения неприкосновенности дипломатических агентов, отступления от основных прав человека или норм общего международного права).

[стр. 230-231 О.М. Верещетин] Статья 30 проекта Комиссии международного права об Ответственности государства, которая закрепляет общее международное право, гласит:

«Противоправность деяния государства, не соответствующего обязательству этого государства по отношению к другому государству, исключается, если это деяние является законной мерой в рамках международного права против этого другого государства в результате международно-противоправного деяния».

17. Все условия, определенные статьей 30 проекта Комиссии международного права об ответственности государств, имеются в настоящем деле. Вариант С был задуман как временное и обратимое решение (см. пункт 10. выше), которое может быть объяснено как попытка побудить Венгрию соблюдать свои обязательства по Договору 1977 года, и это не может считаться непропорциональной реакцией. Поэтому, даже если предположить, что строительство и ввод в работу Варианта С можно охарактеризовать как международно-противоправное деяние, совершенное Чехословакией, его противоправность будет устранена, т.к. это было законной контрмерой.

18. Решение вступает в иную точку зрения и

«Считает, что Чехословакия, в одностороннем порядке взяла под контроль общий ресурс, и тем самым лишила Венгрию ее права на справедливую и разумную долю природных ресурсов Дуная - с сохраняющимися последствиями утечки этих вод на экологию прибрежной области Сигеткоз - не удалось выдержать требование соразмерности, которое требуется международным правом» (см. пункт. 85).

19. Тем не менее, «забор воды из Дуная» регулируется статьей 14 Договора 1977 года. Помимо статьи 14, все положения Договора, которые могут поддерживать поведение Чехословакии, продолженное Словакией, должны применяться для определения того, что не было законным, так как решение подтверждает, что Договор 1977 года и связанные с ним документы находятся в силе между сторонами.

20. На мой взгляд, не стоит выбирать между вышеупомянутыми основаниями, чтобы оправдать действия, предпринятые Чехословакией, продолженные Словакией, потому что юридические последствия те же, то есть, строительство и ввод в эксплуатацию Варианта С не был международно-противоправным деянием, совершенным Чехословакией и Словакией, в качестве единственного преемника государства, не совершившего никакого международно-противоправного деяния, эксплуатируя Вариант С до настоящего времени.

Правовые последствия международного противоправного деяния

Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997⁹⁶

Несовпадающее мнение судьи Скибушевского

[Стр. 239-240 О.М. Скубишевский] 22. Государство, которое заключило договор с другим государством, предусматривающий исполнение проекта, как Габчиково-Надьмарош, не может, просто сказать, что все должно быть отменено и оставшаяся проблема это только компенсация, когда этот проект близится к завершению. Это ситуация, когда решение, особенно на справедливых принципах, должно выходить за рамки простой денежной компенсации. Суд установил, что отказ со стороны Венгрии выполнить положения Договора был незаконным. В нарушение договора, Венгрия не может лишить Чехословакию, а затем Словакию всех преимуществ договора и уменьшить их права только до компенсации. Продвинутая стадия работы над проектом произвела некоторые действия необходимые для того, чтобы избежать вреда: Чехословакия и Словакия были вправе

⁹⁶ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

ожидать, что некоторые части проекта будут введены в эксплуатацию.

23. Таким образом, денежная компенсация не может, в данном случае, уничтожить даже некоторые, не говоря уже о всех, последствия отказа от проекта со стороны Венгрии. Как денежные средства могут компенсировать отсутствие защиты от паводков, улучшение условий судоходства и производство электроэнергии? Достижение этих целей в договоре 1977 года было законным не только в рамках договора, но и по общему закону и справедливости. Выгоды ни в коем случае не могут быть заменены и компенсированы выплатой денежной суммы. Некоторые работы должны были быть проведены и было крайне важно, чтобы они были введены в действие. Вопрос здесь не ставится об убытках за понесенный ущерб, но о создании новой системы использования и утилизации воды.

Ордер на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии), 2002⁹⁷

75. Суд уже заключил (см. пункты 70 и 71), что выпуск и обращение ордера на арест от 11 апреля 2000 года бельгийскими властями не уважают неприкосновенность действующего министра иностранных дел Конго и, в частности, был нарушен иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность г-на Йеродиа по международному праву. Эти действия влекут международную ответственность Бельгии. Суд считает, что результаты, достигнутые таким образом, являются одной из форм удовлетворения, которое улучшит моральный вред, на который жалуется Конго.

76. Однако, как заявила Постоянная палата международного правосудия в своем решении от 13 сентября 1928 года в деле о фабрике в Хожуве:

«Основной принцип, содержащийся в самом понятии противоправного деяния - принцип, который, кажется, установлен международной практикой и, в частности, решениями арбитражных судов, - это то, что возмещение должно, насколько возможно, устранить все последствия незаконного акта и восстановить ситуацию, которая, по всей вероятности, существовала бы, если это деяние не было бы совершено» (П.П.М.П., серия А, №17, стр. 47).

В данном случае, «ситуация, которая, по всей вероятности, существовала бы тогда, когда [незаконные действия] не были бы совершены» не может быть восстановлена лишь путем подачи иска в суд на то, что арест был

⁹⁷ I.C.J. Reports.Judgment of 25 September 1997.

незаконным по международному праву. Ордер по-прежнему сохранился и остается незаконным, несмотря на то, что г-н Йеродиа перестал быть министром иностранных дел. Соответственно, Суд считает, что Бельгия должна, средствами по своему выбору, отменить ордер на вопрос и информировать об этом власти, которыми он был распространен.

77. Суд не видит необходимости в дальнейших исправлениях: в частности, суд не может, в постановлении, решающем спор между Конго и Бельгией, указать, какие последствия это решение могло бы принести третьим государствам, поэтому суд не может принимать представления Конго по этому вопросу.

Несовпадающее мнение судьи Ода

[стр. 53 О.М. Ода] 15. Я считаю, что мало смысла в позиции Суда в пункте (3) постановляющей части решения, которая по логике Суда, похоже, является следствием позиции, изложенной в пункте (2) (решение, пункт 78). Учитывая, что Суд пришел к выводу, что нарушение международного права произошло в 2000 году и Суд, как представляется, считает, что в 2002 году нет ничего предотвращающего Бельгию от выдачи нового ордера на арест в отношении г-на Йеродиа, на этот раз, как бывшего министра иностранных дел, а не действующего министра иностранных дел, нет никакого практического значения в решении Бельгии отменить ордер на арест в апреле 2000 года. Если суд считает, что это вопрос суверенного достоинства Конго и что это достоинство было нарушено в 2000 году, в результате чего принесся вред Конго, вред не может быть исправлен путем отмены ордера на арест; единственный выход был бы извинением от Бельгии. Но я не верю, что Бельгия причинила вред Конго, потому что в отношении г-на Йеродиа в соответствии с ордером никогда никаких действий предпринято не было. Кроме того, Бельгия не была обязана предоставить Конго какую-либо гарантию того, что иммунитет действующего министра иностранных дел от уголовной юрисдикции будет соблюден законом 1993 года с поправками, внесенными в 1999 году, но это не проблема [Р. 89-90 J.S.O. Хиггинс, Коойманс, Бюргенталь].

87. В пункте (3) постановляющей части, суд «находит, что Королевство Бельгии должно, с помощью средств по своему выбору, отменить ордер на арест от 11 апреля 2000 года, и информировать об этом власти, которыми ордер был распространен». Делая этот вывод, Суд опирается на утверждение, провозглашенное в деле о фабрике в Хожуве, в соответствии с которым «возмещение должно, насколько это возможно, ликвидировать все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая бы... существовала, если бы это деяние не было совершено» (П.П.М.П., серия

А, №17, стр. 47). Ранее обнаружив, что выпуск и обращение ордера Бельгией было незаконным в соответствии с нормами международного права, Суд пришел к выводу, что он должен быть отозван, потому что «ордер на его арест по-прежнему сохранился, и остается незаконным, несмотря на то, что г-н Йеродиа перестал быть Министром иностранных дел».

Мы были озадачены тем, что Суд полагался на дело о фабрике в Хожуве для поддержки его позиции в пункте (3). Казалось бы, что Суд рассматривает его для того, чтобы рассматривать отмену ордера как форму *restitutio in Integrum*. Даже в самых разных обстоятельствах, с которыми столкнулась постоянная палата в деле о фабрике в Хожуве, возмещение в этом случае оказалось невозможным. Мы также не считаем, что восстановление статус-кво возможно здесь, учитывая, что г-н Йеродиа больше не является министром иностранных дел.

Более того - и это более важно - решение указывает, что здесь идет речь о продолжающемся беззаконии, учитывая, что призыв к выводу инструмента, как правило, воспринимается как относящееся к прекращению продолжающегося международного правонарушения (Комиссия международного права, комментарий к статье 30 статей об ответственности государств, А/56/10 (2001), стр. 216). Однако, позиция Суда о том, в данном случае, что выпуск и обращение ордера были незаконными, и вывод, который мы разделяем, был основан на том, что эти действия произошли в то время, когда г-н Йеродиа был министром иностранных дел. Как только он перестал быть министром иностранных дел, незаконные последствия, касающиеся ордера также прекратились. Сам факт, что ордер продолжает работу, описывая г-на Йеродиа в качестве министра иностранных дел, с точки зрения международного права ничего не меняет в этом отношении, хотя вполне может оказаться, что неверно названный ордер на арест, которым он и является сейчас, может быть признан дефектным, и это будет вопросом бельгийского внутреннего права, но это не представляет и не может представлять интерес для этого суда. Соответственно, мы считаем, что суд допустил ошибку в его позиции по этому пункту.

[Стр. 83 О.М. Ван ден Вингарт] 83. Мне по-прежнему необходимо указать причины по моему голосу против пункта 78 (3) постановляющей части, призывающем к отмене и «переобращению» спорного ордера на арест. Даже если предположить, что в ходе аргументации, арест был незаконным в 2000 году, он уже не был незаконным в момент, когда суд вынес решение в этом деле. Предполагаемое нарушение Бельгией международно-правового обязательства не имеет длящийся характер: это, возможно, продолжалось до тех пор пока г-н Йеродиа был в кабинете, но это не про-

должалось во времени после этого. По этой причине, я полагаю, Международный Суд не может попросить, чтобы Бельгия отменила и убрала из обращения акт, который не является незаконным сегодня⁹⁸.

Дело о сухопутной и морской границе (Камерун против Нигерии: Экваториальной Гвинеи), 2002⁹⁹

318. Камерун, однако, не только просит Суд прекратить административное и военное присутствие Нигерии в камерунской территории, но и гарантии не повторения в будущем. Такие представления, несомненно, являются допустимыми (дело Лагранда, Германия против Соединенных Штатов Америки, постановление от 27 июня 2001 года, пункты 117 и след.). Тем не менее, решение, вынесенное сегодня указывает на окончательное и обязательное условие сухопутной и морской границы между двумя государствами. Со всей неопределенностью, развешанной в связи с этим, суд не может предусмотреть ситуацию, когда любая из сторон, после вывода своих вооруженных сил и полиции, и администрации с территорий друг друга, не сможет уважать территориальный суверенитет другой Стороны. Следовательно, представления Камеруна по этому вопросу не могут быть поддержаны.

319. В обстоятельствах данного дела, Суд считает, кроме того, что сам факт настоящего заключения и эвакуации камерунской территории, занятой Нигерией, вред, причиненный Камеруну по причине оккупации его территории, будет в любом случае достаточно адресован. Суд не будет таким образом стремиться убедиться в том, существует ли и в какой-то мере ответственность Нигерии перед Камеруном за то, что случилось в результате этой оккупации.

⁹⁸ See Art. 14 of the 2001 ILC Draft Articles on State Responsibility, United Nations doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, concerning the extension in time of the breach of an international obligation, which states the following:

¹ The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

² The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation ...”

⁹⁹ Land and Maritime boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgement. I.C.J. Reports 2002, p. 303.

ГЛАВА 6 РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ И СОБЛЮДЕНИЕ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Споры между государствами

Мартин Диксон, «Мирное разрешение споров»¹⁰⁰

Согласно ст.2(3) Устава ООН, все члены должны разрешать все международные споры мирным путем в такой манере, чтобы международные мир, безопасность и справедливость «не были поставлены в опасность». Хотя это обязательство касается в первую очередь членов организации, нет сомнений в том, что этот принцип является одним из центральных обязательств в международном праве, которое все страны должны соблюдать. (Дело о правомерности использования силы, Югославия против Бельгии, 1999). Это естественный аналог запрета использования силы и тоже может получить статус императивной нормы “*jus cogens*”. Силовое разрешение споров и использование силы одним государством против другого уже нормативно запрещены, и обязательство разрешения споров мирным путем является следствием этого.

Однако, конкретика данного обязательства в обязательстве государства разрешать споры мирными средствами, а не в разрешении спора как такового. Другими словами, нет общего правила, обязывающего государство разрешить его проблемы. Скорее, правило заключается в том, что если государство решит разрешить свою проблему, то оно должно делать это только мирным путем. Как мы увидим, отсутствие общего обязательства разрешать споры отражено в факте, что юрисдикция Международного Суда (и большинства других трибуналов) не обязательна. Государство не может быть обязано передать свой спор с другим государством третьей стороне для разрешения, обратное возможно если только оно дало согласие на это в какой-либо форме. Единственным исключением к этому обязательству по ст.3 Устава ООН будет разрешение споров, которые поставят в опасность международные мир и безопасность. Более того, обязанность разрешать споры мирным путем относится только к между-

¹⁰⁰ Excerpt from Martin Dixon, Textbook on International Law, pp. 132-34, 136-37, 5th ed. (2005)[Reprinted with permission Oxford University Press].

народным спорам. В общем международном праве нет явного правила, обязывающего государства, разрешать внутренние конфликты мирным путем. Поэтому государство может использовать силу в отношении своих граждан на своей территории, только с ограничениями установленными правом прав человека или другими специальными обязательствами, как требования обязательной резолюции Совета Безопасности ООН. И наоборот, спор может быть «международным» даже если стороны (или некоторые из них) не являются государствами. Последними примерами могут быть Боснийские мусульмане, сербы и хорваты, и споры между соперничавшими группами в Судане. Следовательно, обязанность разрешать споры мирным путем включает в себя все споры, происходящие на международной арене.

Важно чтобы обязанность разрешать споры мирным путем была поддержана практическими мерами. На самом деле международное право имеет много методов разрешения споров и важно помнить, что Международный Суд в этом играет лишь маленькую роль. Существует много других трибуналов - международных, региональных и двусторонние - которые разрешают споры «по-судейски». Пока не существует определенных критериев определения «судебных» методов разрешения споров, обычно это означает разрешение спора в соответствии с международным правом, чаще третьей стороной, решение которой является юридически обязательным для обоих государств в споре. Хорошим примером является возрастающий список дел, рассмотренных в Международном трибунале морского права. Однако, даже в режимах разрешения споров, которые по своей природе являются «дипломатическими», международное право неприменимо. В прямых переговорах, к примеру, каждая сторона будет иметь запас правовых принципов для поддержания своих экономических и политических аргументов. Следовательно, не стоит думать, что какой-либо из перечисленных методов является только «судебным» или «дипломатическим». Международное право будет играть роль в каждом, начиная от единственного критерия Международного Суда и до одного из нескольких в «переговорах» и «посредничестве». Также нет эксклюзивного метода, которым любой спор или же аспект мог бы быть разрешен, и мы видим множество применимых методов, указанных в Конвенции 1982 г. о морском праве. На практике, меры разрешения споров применяются в сумме друг с другом, но не в изоляции.

10.1. Переговоры

Как и в национальном праве, самым распространенным методом разрешения споров являются прямые переговоры между сторонами. Этот

метод применяется в большинстве случаев между государствами, и является самым предпочтительным. Не существует определенной процедуры для переговоров, и они могут пройти на расстоянии вытянутой руки или лицом к лицу. Любое разрешение путем переговоров непременно будет обязательным для сторон в случае их согласия, и потом может быть отражено в договоре. В другом случае, условия договора могут быть записаны в обмене нотами или дипломатическими меморандумами без юридической силы. Далее международное право может сыграть значительную роль в переговорах между сторонами, как это было в споре между Конго и Угандой об актах агрессии и вторжении в 1999-2000 гг. Очевидно, что политические, экономические и социальные соображения также важны. Это неудивительно, так как международное право не может функционировать в вакууме. Прямые переговоры между сторонами позволяют заинтересованным государствам достичь всеобъемлющего регулирования с учетом всех факторов, одним из которых может быть международное право.

Иногда государство может поддерживать переговоры угрозой судопроизводства. Это не такое мощное оружие, как в национальном праве, из-за отсутствия обязательного судебного решения. Однако, если возможно, угроза или реальность судебного производства могут быть использованы для кристаллизации вопроса между сторонами и принятия резолюции, как в случае с Конго и Угандой. Тем не менее, часто случается так, что ни одна из сторон не желает использовать судебные меры именно из-за узкой нацеленности, которые они в себя включают. Как только государство соглашается вступить в переговоры, то оно попадает под юридическую обязанность вести переговоры добросовестно. Если это было бы правилом международного права, то казалось бы, что государства обязаны вести себя честно и разумно, и сделать искреннюю попытку достичь соглашения. Это бы не означало, что они обязаны разрешить спор, но попытаться сделать это добросовестно. В реальности это обязательство слишком расплывчато, чтобы иметь практическую ценность, хотя надо помнить, что вполне возможна ситуация, где государства могут обязать себя через договор провести переговоры в случае возникновения спора, и тогда это бы было и правовой обязанностью вести переговоры, и возможно обязанностью предпринять истинные и рациональные попытки придти к решению.

10.2. Посредничество и добрые услуги

Очень трудно различить посредничество и добрые услуги от переговоров, так как в практике они часть одного и того же процесса. «Добрые услуги» - это предварительные переговоры для направления основных переговоров между сторонами. Человек, предлагающий свои «добрые

услуги» - обычно нейтрален и ему доверяют обе стороны - будет пытаться убедить стороны вести переговоры. Таким было задание госсекретаря США, Александра Хейга, в дни оккупации Фолклендских островов Великобританией, а также это было заданием ООН в споре между Конго и Угандой. Посредничество обычно является продолжением этого, и обычно посредником является тот, кто сумел убедить стороны прийти к переговорам. Посредник - это человек, также избранный обеими сторонами, который принимает участие в переговорах и чьим заданием является предложить условия разрешения спора и попытаться найти компромисс между двумя противоположными взглядами. В последние годы генеральный секретарь ООН предлагал свои «добрые услуги» во многих ситуациях и также был посредником в дальнейших переговорах сторон. Примером может служить спор между Советским Союзом, Пакистаном и Афганистаном о присутствии советских военных на территории Афганистана. Похожую функцию выполняли Евросоюз и миротворцы ООН в конфликтах в бывшей Югославии.

10.3. Расследование

Использование комиссий расследования часто направлено на установление фактических данных для разрешения спора между государствами. Стороны в споре соглашаются обратиться к постороннему лицу, чьим заданием будет беспристрастное установление фактов. Хот это редкий случай когда стороны соглашаются быть юридически обязанными принять установленные данные расследования, на практике стороны чаще всего принимают заключения комиссий. Комиссии по расследованию не оценены в нынешней системе международного права, в которой не существует обязательных механизмов по нахождению фактов, и где в реальности много споров основаны на размытости ситуации, когда стороны не способны принять версию событий другой стороны.

10.4. Урегулирование споров с помощью ООН

ООН имеет разнообразные институты и неформальные методы, через которые государства могут разрешить свои споры. Очевидно, что «добрые услуги» генерального секретаря ООН и судебские решения Международного Суда (органа ООН) попадают в эту категорию.

10.4.1. Генеральная Ассамблея

Генеральная Ассамблея имеет широкие полномочия для заявления рекомендаций в разрешении споров. Отдающая первенство Совету Безопасности в вопросах об угрозе или нарушении мира, Ассамблея «может рекомендовать меры для мирного разрешения любой ситуации, незави-

симо от ее происхождения, которая может повлиять на общее благосостояние и дружественные отношения между нациями» (ст. 14, Устав ООН). Однако, как с большинством резолюций Ассамблеи, эти «рекомендации» юридически не обязывающие и Ассамблея не имеет полномочий издавать властные и обязывающие установления факта. Она не может применить решение на стороны, хотя она часто направляет необходимый для решения стимул. В практике эффект дискуссий и резолюций Ассамблеи разнообразен. Любое формальное определение или рекомендация должны нести определенный вес, и является правдой то, что Ассамблея – это политический орган, который выносит решения согласно блокам приверженности чем беспристрастному суждению. Ассамблея внесла значительный вклад в решение проблемы в бывшей Юго-Западной Африке (ныне Намибии), и поддержала генерального секретаря в его попытках вернуть мир в Ирак и Иран. Но она имела незначительный успех в споре между Индией и Пакистаном о Кашмире и в решении Киприотской проблемы - когда-то очень успешной, но сейчас уже нет. Много, как всегда, зависит от желания сторон в споре, чем от желания Ассамблеи. На самом деле политическая природа Ассамблеи означает, что вопросы международного права не всегда являются ее интересом, и она более подходит к решению политических и экономических споров, особенно тех, в которых Ассамблея сама заинтересована. Поэтому Ассамблея играет наиболее важную роль в вопросах определения государственности и членства, как это было с Китаем в 1974, государствами бывшей Югославии в 1992 и Восточным Тимором в 2002. Это вопросы, имеющие правовую значимость, по отношению к которым Ассамблея обладает исключительным опытом.

10.4.2. Совет Безопасности

В соответствии с главой 5 Устава ООН, Совет Безопасности имеет разнообразную власть и обязанности по отношению к разрешению споров. Во-первых, в случае если все меры провалились, стороны спора, который может поставить под угрозу международный мир и безопасность, обязаны обратиться в Совет Безопасности. Во-вторых, любой член или не член ООН вправе без согласия другой стороны обратиться в Совет Безопасности, чтобы выяснить может ли данный спор поставить под угрозу сохранение международного мира и безопасности. В обоих случаях, Совет может рекомендовать соответствующие процедуры или методы разрешения спора, так же как и настоящие условия компромисса. На практике, процедурные аспекты этих положений редко применимы, в особенности от лиц, не вовлеченных в спор государств. Обычно Совет не хочет давать конкретные рекомендации без участия всех заинтересованных сторон, как это было в случае с конфликтом между Индией

и Пакистаном в 1971 году. Также очевидно, что Совет Безопасности не может заставить государства следовать принятому им решению, но имеет полномочия работать с угрозами миру и безопасности и актами агрессии (к примеру, резолюция по Уганде), и это может привести к тому, что Совет обяжет стороны к исполнению его решения, если будут установлены условия ст.39 (нарушение мира, угроза миру, акты агрессии). И снова Совет Безопасности в первую очередь заинтересован политическими, а не правовыми вопросами, и его задача сохранять мир, а не судить правых и виноватых в споре. В соответствии со ст. 36(3) Устава ООН, Совет должен помнить, что «правовые споры по общему правилу должны быть перенаправлены в Международный Суд», хотя он не имеет власти подчинять государства этой юрисдикции. В этом отношении, должны быть отмечены 3 судебных дела, которые касаются отношений между Советом и Международным Судом. В деле о Локерби, одним из оснований для решения Международного Суда не предоставлять «временные меры защиты» государству-ответчику было то, что Совет Безопасности предпринял конкретные меры в отношении спора после установления того, что ситуация подпадает под ст. 39. Это иллюстрирует не только то, что большинство споров имеют правовое и политическое измерение, но и то, что Совет Безопасности может предполагать первостепенную ответственность за разрешение спора в соответствующих делах. С обратной стороны, в деле о Военных Действиях на Территории Конго (Конго против Уганды) от 1 июля 2000 г., Международный Суд предоставил временные меры защиты Конго, которые в своих условиях были очень схожи с «требованиями» Резолюции 1304 от 16 июня 2000 г. Видимо, в контрасте с действиями Совета Безопасности в деле о Локерби, в ситуации с Конго Совет не достиг решения об устанавливаемом праве Конго, которое требовало защиты. Нет сомнений, что это логически защищаемое отличие, но оно требует своего решения Судом. В-третьих, в Экспертном Мнении о Правовых Последствиях Постройки Стены в Оккупированной Палестинской Территории (отчет Международного Суда 2004 года) Суд снова затронул отношения ООН и Суда (включая Совет Безопасности). По общему признанию, это было скорее экспертное мнение, чем решение Суда, но Суд показал, что сам факт того, что дело рассматривалось в других органах ООН для Суда запретом не является, так как он рассматривал правовые аспекты того же самого дела.

10.4.3. Другие учреждения

Множество других специализированных агентств, функционирующих под эгидой ООН, также могут помочь в разрешении спора между государствами. Эти агентства занимаются разнообразными делами со

специфической природой, и они обеспечивают форум для обсуждений и стимул для урегулирования, так же как и Совет Безопасности. В эту категорию включены Международная трудовая организация, Международный валютный фонд, Международная гражданская авиация и Международное Агентство атомной энергии.

10.5. Примирение

Примирение может быть рассмотрено как «не судебная» или «полусудебная» процедура разрешения споров. Процесс примирения может столкнуться с разнообразными вопросами, включая вопросы международного права. Помня об этом, примирение обозначает переход спора к третьей стороне, часто комитету или комиссии, чьим заданием будет предоставление отчета с предложениями по разрешению спора. Комиссии примирения отличаются от комиссий расследования, потому что последние не предоставляют определенных предложений. В этом отношении, примирение похоже на арбитражные суды. Однако, есть очень важное различие. Обычно отчеты комиссий примирения не являются юридически обязывающими для сторон, хотя факт того, что вопрос был передан третьей стороне в сочетании с силой формальной рекомендации означает, что большинство предложенных путей урегулирования не могут быть проигнорированы. Отчет и предложенное решение комиссий примирения может, конечно же, также послужить основой для будущих переговоров. Таким образом, примирение это нечто среднее между расследованием и арбитражем. Решение предлагается нейтральной третьей стороной, но не является обязывающим. Комиссии примирения были установлены в 1899 и в 1907 гг. Гаагской конвенцией для мирного разрешения споров и основным актом для мирного разрешения споров в 1928 году. Более недавними примерами может быть Комиссия примирения Джана Мейна (Исландия против Норвегии, 1981) о разграничении морских пространств. Комиссии примирения могут использоваться как одна из процедур разрешения споров, установленных Конвенцией 1982 года о морском праве.

10.6. Урегулирование региональным механизмом

Существует большое разнообразие региональных организаций, которые служат инструментами в мирном разрешении споров. Они начинаются с политических органов, таких, как Организация американских государств и Организация африканского единства, и продолжаются экономическими форумами, такими, как Карибское общество и Общий рынок, и Всемирная торговая организация (бывшая ГАТТ), и заканчиваются судебными органами, такими как Европейский суд по правам чело-

века, Центрально-американский суд и Межамериканский суд по правам человека. В этом контексте должен быть отмечен политико-правовой Механизм разрешения конфликтов Организации безопасности и сотрудничества в Европе (ОБСЕ). Эта организация выросла в своем значении, следуя сильным политическим изменениям в восточной Европе в конце XX века. Очевидно, что эти форумы подходят только для разрешения местных споров, и их условия будут меняться.

10.7. Арбитраж

Комиссия международного права определила арбитраж, как «процедуру для разрешения споров между государствами путем принятия обязывающего решения на основе права, которое впоследствии должно быть принято как следствие обязательства». Это самый часто применяемый «судебный» способ разрешения споров, и обращения в Арбитраж Международного Суда внесли значительный вклад в развитие многих отраслей права, и сейчас имеется множество хорошо развитых судов. К примеру, решение комиссии США и Мексики в 1926г. хорошо раскрывает вопросы по обязательствам государств. Трибунал между Ираном и США разрешил много споров, возникших из-за разрыва отношений между этими двумя государствами в 1979 году, и привнес важные заключения по праву, относящихся к вопросам по экспроприации иностранного имущества.

Как и все методы мирного разрешения споров в международном праве, арбитраж является добровольным. Государства должны согласиться с юрисдикцией арбитража. Это может быть сделано на разовой (*ad hoc*) основе, как в делах Гвинея/Гвинеи Бисау и Канада/Франция о разграничении морских границ, или согласие может быть дано в предварительной специальной процедуре, как было в Постоянном арбитражном суде, хотя представление самих споров может зависеть от получения будущего согласия. Это последний орган, основанный Гаагскими конвенциями о мирном разрешении 1899 и 1907 годов, который представляет установленную процедуру разрешения споров через арбитраж, и в последнее время были предприняты шаги для возврата его роли в разрешении споров. Последним примером является Арбитраж в деле Эритрея/Йемен о разграничении морских границ в 1999 году. Также нужно отметить, что процедуры арбитража не ограничены установлением спора между государствами. Важной функцией арбитража, которой нет у Международного Суда, является то, что в нем может быть принято решение для спора между государствами и другими организациями, обладающими международной правоспособностью. Обычно, такие арбитражи вовлекают государства и многонациональные корпорации, хотя иногда исключительно физические лица получают право

инициировать дело против государства. Одним из самых важным примеров такого арбитражного процесса является деятельность Международного центра для разрешения споров об инвестициях, основанном Международной конвенцией в 1964 году, который обеспечивает форум для разрешения споров между государствами и корпорациями по поводу инвестиций, сделанных в данном государстве. Примерами арбитражных процессов в этом центре являются дела - «AAPL» против Шри-Ланки, и «Саузерн Пасифик» против Египта, которые представляются важными для понимания права о государственной ответственности. Вдобавок к этому, существует комплекс Типовых правил для Международного коммерческого арбитража, отражающий практическую важность арбитража в мире коммерции.

Не касаясь техники арбитража, интересным представляется вопрос - какими являются его правовые характеристики? В общем языке, «арбитраж» может означать любое урегулирование, достигнутое путем обращения к третьей стороне. Однако, как указал постоянный Международный Суд в экспертном мнении об интерпретации договора в деле Лозанны (1925), арбитраж в международном праве имеет более специфическое значение. Во-первых, арбитраж - это процедура для разрешения правового спора. Арбитраж касается прав и обязанностей сторон по международному праву и решение достигается применением этого права к фактам дела. Это не говорит о том, что экономические и политические факторы не относятся к делу, но подразумевается, что они сами по себе не способны изменить исход дела. Как и Международный Суд, арбитраж в первую очередь связан с вопросами международного права.

Устав ООН, Глава I, Глава VI

Глава I. Цели и принципы

Статья 1.

Организация Объединенных Наций преследует Цели:

Поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить мирными средствами, в согласии с принципами справедливости и международного права, улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира.

Развивать дружественные отношения между нациями на основе уважения принципа равноправия и самоопределения народов, а также при-

нимать другие соответствующие меры для укрепления всеобщего мира.

Осуществлять международное сотрудничество в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии.

Быть центром для согласования действий наций в достижении этих общих целей.

Статья 2.

Для достижения целей, указанных в статье 1, Организация и ее Члены действуют в соответствии со следующими принципами:

Организация основана на принципе суверенного равенства всех ее Членов.

Все Члены Организации Объединенных Наций добросовестно выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства, чтобы обеспечить им всем в совокупности права и преимущества, вытекающие из принадлежности к составу Членов Организации.

Все Члены Организации Объединенных Наций разрешают свои международные споры мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость.

Все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций.

Все Члены Организации Объединенных Наций оказывают ей всемерную помощь во всех действиях, предпринимаемых ею в соответствии с настоящим Уставом, и воздерживаются от оказания помощи любому государству, против которого Организация Объединенных Наций предпринимает действия превентивного или принудительного характера.

Организация обеспечивает, чтобы государства, которые не являются ее Членами, действовали в соответствии с этими Принципами, поскольку это может оказаться необходимым для поддержания международного мира и безопасности.

Настоящий Устав ни в коей мере не дает Организации Объединенных Наций права на вмешательство в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства, и не требует от Членов

Организации Объединенных Наций представлять такие дела на разрешение в порядке настоящего Устава; однако этот принцип не затрагивает применения принудительных мер на основании Главы VII.

Глава VI: Мирное разрешение споров

статья 33

Стороны, участвующие в любом споре, продолжение которого могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности, должны прежде всего стараться разрешить спор путем переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным органам или соглашениям или иными мирными средствами по своему выбору.

Совет Безопасности, когда он считает это необходимым, требует от сторон разрешения их спора при помощи таких средств.

Статья 34

Совет Безопасности уполномочивается расследовать любой спор или любую ситуацию, которая может привести к международным трениям или вызвать спор, для определения того, не может ли продолжение этого спора или ситуации угрожать поддержанию международного мира и безопасности.

Статья 35

Любой Член Организации может довести о любом споре или ситуации, имеющей характер, указанный в статье 34, до сведения Совета Безопасности или Генеральной Ассамблеи.

Государство, которое не является Членом Организации, может довести до сведения Совета Безопасности или Генеральной Ассамблеи о любом споре, в котором оно является стороной, если оно примет на себя заранее в отношении этого спора обязательства мирного разрешения споров, предусмотренные в настоящем Уставе.

Разрешение Генеральной Ассамблеей дел, о которых доведено до ее сведения на основании настоящей статьи, производится с учетом положений статей 11 и 12.

Статья 36

Совет Безопасности уполномочивается в любой стадии спора, имеющего характер, указанный в статье 33, или ситуации подобного же характера, рекомендовать надлежащую процедуру или методы урегулирования.

Совет Безопасности принимает во внимание любую процедуру для разрешения этого спора, которая уже была принята сторонами.

Делая рекомендации на основании настоящей статьи, Совет Безопасности принимает также во внимание, что споры юридического характера должны, как общее правило, передаваться сторонами в Международный Суд в соответствии с положениями Статута Суда.

Статья 37

Если стороны в споре, имеющем характер, указанный в статье 33, не разрешат его при помощи указанных в этой статье средств, они передают его в Совет Безопасности.

Если Совет Безопасности считает, что продолжение данного спора в действительности могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности, он решает, действовать ли ему на основании статьи 36 или рекомендовать такие условия разрешения спора, какие он найдет подходящими.

Статья 38

Без ущерба для положений статей 33–37 Совет Безопасности уполномочивается, если все стороны, участвующие в любом споре, об этом просят, делать сторонам рекомендации с целью мирного урегулирования.

Резолюция ООН «Манильская декларация о мирном разрешении международных споров»¹⁰¹

Генеральная Ассамблея,

подтверждая принцип Устава Организации Объединенных Наций, согласно которому все государства разрешают свои международные споры мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир и безопасность и справедливость,

сознавая, что Устав Организации Объединенных Наций закрепляет средства и необходимые рамки для мирного разрешения международных споров, продолжение которых могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности.

признавая важную роль Организации Объединенных Наций и необходимость повышения ее эффективности в мирном разрешении международных споров и поддержании международного мира и безопасности

¹⁰¹ Резолюция Генеральной Ассамблеи 37/10 от 15 ноября 1982, GAOR (68th Plen. Sess.) U.N. Doc. A/Res/37/10 (1982).

согласно принципам справедливости и международного права, в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций,

вновь подтверждая принцип Устава Организации Объединенных Наций, согласно которому все государства воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства или каким-либо иным образом, несовместимым с целями Организации Объединенных Наций,

вновь заявляя, что ни одно государство или группа государств не имеют права вмешиваться прямо или косвенно по какой бы то ни было причине во внутренние или внешние дела любого другого государства,

вновь подтверждая Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций¹,

учитывая важность поддержания и укрепления международного мира, безопасности и развития дружественных отношений между государствами независимо от их политических, экономических и социальных систем или уровней экономического развития,

вновь подтверждая принцип равноправия и самоопределения народов, как он воплощен в Уставе Организации Объединенных Наций и о котором упоминается в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, и в других соответствующих резолюциях Генеральной Ассамблеи,

подчеркивая необходимость всех государств воздерживаться от каких-либо насильственных действий, лишаящих народы, в частности народы, находящиеся под господством колониальных и расистских режимов или под другими формами иностранного господства, их неотъемлемого права на самоопределение, свободу и независимость, упомянутого в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций,

памятуя о существующих международных документах, а также о соответствующих принципах и нормах, касающихся мирного разрешения международных споров, включая использование всех внутренних средств, когда они применимы,

преисполненная решимости содействовать международному сотруд-

ничеству в политической области и поощрять прогрессивное развитие международного права и его кодификацию, в частности, в отношении мирного разрешения международных споров,

торжественно провозглашает:

I

1. Все государства действуют добросовестно и в соответствии с целями и принципами, воплощенными в Уставе Организации Объединенных Наций, с целью избегать споров между собой, могущих нарушить дружественные отношения между государствами, содействуя тем самым поддержанию международного мира и безопасности. Они должны жить в мире друг с другом, как добрые соседи, и стремиться к принятию позитивных мер в целях укрепления международного мира и безопасности.

2. Все государства разрешают свои международные споры исключительно мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость.

3. Международные споры разрешаются на основе суверенного равенства государств и при соблюдении принципа свободного выбора средств в соответствии с обязательствами по Уставу Организации Объединенных Наций и принципами справедливости и международного права. Применение какой-либо процедуры урегулирования спора или согласие на такую процедуру, свободно согласованную между государствами в отношении существующих или будущих споров, в которых они являются сторонами, не должно рассматриваться как несовместимое с принципом суверенного равенства государств.

4. Государства, являющиеся сторонами в споре, продолжают соблюдать в своих взаимоотношениях их обязательства в соответствии с основными принципами международного права, касающимися суверенитета, независимости и территориальной неприкосновенности государств, а также другими общепризнанными принципами и нормами современного международного права.

5. Государства стремятся в духе доброй воли и сотрудничества к скорейшему и справедливому урегулированию своих международных споров с помощью любого из следующих средств: переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным соглашениям, или органам, или иными мирными средствами по своему выбору, включая добрые услуги. В поисках такого урегулирования стороны должны приходить к согласию в отношении таких мирных средств, которые соответствовали бы обстоятельствам и

характеру их спора.

6. Государства — участники региональных соглашений или органов прилагают все усилия для достижения мирного разрешения местных споров при помощи таких региональных соглашений или органов до передачи этих споров в Совет Безопасности. Это не мешает государствам доводить любой спор до сведения Совета Безопасности или Генеральной Ассамблеи в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций.

7. В случае если стороны в споре не достигнут его скорейшего разрешения с помощью любого из вышеуказанных средств урегулирования, они продолжают стремиться к его мирному разрешению и незамедлительно консультируются в отношении взаимно согласованных средств для разрешения спора мирным путем. В случае если стороны не разрешат при помощи любого из вышеуказанных средств спор, продолжение которого может угрожать поддержанию международного мира и безопасности, они передают его на рассмотрение Совета Безопасности в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и без ущерба для функций и полномочий Совета, изложенных в соответствующих положениях главы VI Устава.

8. Государства, являющиеся сторонами в международном споре, а также другие государства воздерживаются от каких бы то ни было действий, которые могут обострить положение настолько, что будет поставлено под угрозу поддержание международного мира и безопасности, и тем самым затруднить разрешение спора или явиться препятствием для его мирного урегулирования, и действуют в этом отношении в соответствии с целями и принципами Организации Объединенных Наций.

9. Государствам следует рассматривать вопрос о заключении соглашений о мирном разрешении споров между ними. Им следует также включать, когда это целесообразно, в заключаемые двусторонние соглашения и многосторонние конвенции действенные положения, касающиеся мирного разрешения споров, возникающих в связи с их толкованием или применением.

10. Государствам следует иметь в виду, без ущерба для права свободного выбора средств, что прямые переговоры являются гибким и эффективным средством мирного разрешения их споров. Когда государства решают прибегнуть к прямым переговорам, их следует вести целенаправленно для достижения скорейшего разрешения, приемлемого для сторон. Государствам следует проявлять в равной степени готовность разрешать их споры с помощью иных средств, упомянутых в настоящей Декларации.

11. Государства в соответствии с международным правом добросовестно выполняют все положения соглашений, заключенных между ними для разрешения своих споров.

12. С целью содействия осуществлению соответствующими народами права на самоопределение, как об этом упоминается в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, стороны в споре могут иметь возможность, если они согласны на это и считают целесообразным, прибегать к соответствующим процедурам, упомянутым в настоящей Декларации, для мирного разрешения этого спора.

13. Ни наличие спора, ни безрезультатное применение процедуры мирного разрешения спора не дают права применять силу или угрозу силой ни одному из государств, являющихся сторонами в споре.

II

1. Государствам-членам следует в полной мере использовать положения Устава Организации Объединенных Наций, включая процедуры и средства, предусмотренные в нем, в частности, в главе VI, касающейся мирного разрешения споров.

2. Государства-члены добросовестно выполняют обязательства, принятые ими в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций. В соответствии с Уставом им следует надлежащим образом принимать во внимание соответствующие рекомендации Совета Безопасности, касающиеся мирного разрешения споров. Им следует также, в соответствии с Уставом, надлежащим образом принимать во внимание соответствующие рекомендации, принятые с соблюдением положений статей 11 и 12 Устава Генеральной Ассамблеи в области мирного разрешения споров.

3. Государства-члены подтверждают важную роль, возложенную Уставом Организации Объединенных Наций на Генеральную Ассамблею в области мирного разрешения споров, и подчеркивают необходимость эффективного осуществления Ассамблеей ее функций. Соответственно им следует:

а) иметь в виду, что Генеральная Ассамблея может обсуждать любую ситуацию, независимо от ее происхождения, которая, по ее мнению, может нарушить общее благополучие или дружественные отношения между нациями, и, с учетом положений статьи 12 Устава, рекомендовать меры для ее мирного улаживания;

б) рассматривать вопрос об использовании, когда они сочтут это уместным, возможности доведения до сведения Генеральной Ассамблеи о любом споре или ситуации, которая может привести к международным трениям или вызвать спор;

с) рассматривать вопрос об использовании для мирного разрешения своих споров вспомогательных органов, учрежденных Генеральной Ассамблеей в осуществление ее функций по Уставу;

д) рассматривать, когда они являются сторонами в споре, о котором доведено до сведения Генеральной Ассамблеи, вопрос об использовании консультаций в рамках Ассамблеи с целью содействия скорейшему разрешению спора.

4. Государствам-членам следует укреплять центральную роль Совета Безопасности, с тем чтобы он мог в полной мере и эффективно выполнять свои обязанности в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций в области разрешения споров или любой ситуации, продолжение которых могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности. С этой целью им следует:

а) полностью сознавать свою обязанность передавать в Совет Безопасности такой спор, сторонами в котором они являются, если они не разрешили его при помощи средств, указанных в статье 33 Устава;

б) более широко использовать возможность доведения до сведения Совета Безопасности о любом споре или любой ситуации, которая может привести к международным трениям или вызвать спор;

с) поощрять Совет Безопасности более широко использовать возможности, предусматриваемые Уставом, с целью рассмотрения споров или ситуаций, продолжение которых могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности;

д) рассматривать вопрос о более широком использовании возможностей Совета Безопасности для расследования фактов в соответствии с Уставом;

е) поощрять Совет Безопасности в качестве средства содействия мирному разрешению споров шире использовать вспомогательные органы, учрежденные им в осуществление его функций по Уставу Организации Объединенных Наций;

ф) учитывать, что Совет Безопасности уполномочивается на любой стадии спора, имеющего характер, указанный в статье 33 Устава, или ситуации подобного же характера рекомендовать надлежащую процедуру

или методы урегулирования;

g) поощрять Совет Безопасности действовать без промедления в соответствии со своими функциями и полномочиями, особенно в случаях, когда международные споры перерастают в вооруженные конфликты.

5. Государствам следует в полной мере сознавать роль Международного Суда, который является главным судебным органом Организации Объединенных Наций. Их внимание обращается на возможности, предоставляемые Международным Судом для урегулирования споров юридического характера, особенно после пересмотра Регламента Суда.

Государства могут поручать разрешение своих разногласий другим судам в силу уже существующих соглашений или таких, которые могут быть заключены в будущем.

Государствам следует иметь в виду:

a) что споры юридического характера должны, как общее правило, передаваться сторонами в Международный Суд в соответствии с положениями Статута Суда;

b) что желательно, чтобы они:

i) рассмотрели возможность включения в договоры, когда это уместно, положений, предусматривающих передачу в Международный Суд споров, которые могут возникнуть при толковании или применении таких договоров;

ii) изучили возможность, в порядке свободного осуществления своего суверенитета, признания юрисдикции Международного Суда обязательной в соответствии со статьей 36 его Статута;

iii) рассмотрели возможность определения дел, для решения которых может быть использован Международный Суд.

Органам Организации Объединенных Наций и специализированным учреждениям следует изучить вопрос о целесообразности использования возможности запрашивать консультативные заключения Международного Суда по юридическим вопросам, возникающим в пределах их круга деятельности, при условии что они должным образом уполномочены на это.

Обращение к судебному урегулированию споров юридического характера, в частности обращение в Международный Суд, не следует рассматривать как недружественный акт в отношениях между государствами.

6. Генеральному секретарю следует в полной мере использовать положения Устава Организации Объединенных Наций, касающиеся возло-

женных на него обязанностей. Генеральный секретарь может доводить до сведения Совета Безопасности о любых вопросах, которые, по его мнению, могут угрожать поддержанию международного мира и безопасности. Он выполняет такие другие функции, какие возлагаются на него Советом Безопасности или Генеральной Ассамблеей. Подготавливаемые в связи с этим по их требованию доклады представляются Совету Безопасности или Генеральной Ассамблее.

призывает все государства добросовестно соблюдать и поддерживать положения настоящей Декларации при мирном разрешении своих международных споров;

заявляет, что ничто в настоящей Декларации не должно истолковываться как каким-либо образом наносящее ущерб соответствующим положениям Устава, или правам и обязанностям государств, или объему функций и полномочий органов Организации Объединенных Наций в соответствии с Уставом, в частности тех, которые относятся к мирному разрешению споров;

заявляет, что ничто в настоящей Декларации не может каким-либо образом наносить ущерб вытекающему из Устава праву на самоопределение, свободу и независимость народов, которые насильственно лишены этого права и о которых упоминается в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, в частности народов, находящихся под господством колониальных и расистских режимов или под другими формами иностранного господства, а также праву этих народов бороться с этой целью и просить и получать поддержку в соответствии с принципами Устава и согласно вышеупомянутой Декларации;

подчеркивает необходимость в соответствии с Уставом продолжения усилий в процессе мирного разрешения споров путем соответствующего прогрессивного развития или кодификации международного права в зависимости от того, что будет сочтено целесообразным, а также путем повышения эффективности Организации Объединенных Наций в этой области.

Теория согласования международного права и внутригосударственных норм, В.В. Гаврилов¹⁰²

То обстоятельство, что государства выступают в нормотворческих процессах как создатели одновременно и внутригосударственных, международных правовых норм, обуславливает содержательную согласованность данных правил поведения, позволяющую им объединяться в правоприменительные комплексы и регулировать однообъектные общественные отношения. При этом международные и национальные правовые нормы не образуют новой системной конструкции, а остаются частью своих собственных систем права, вступающих друг с другом в определенное функциональное взаимодействие.

В международно-правовой доктрине наибольшее распространение получили три - теории трансформации, инкорпорации и имплементации.

Своим рождением и развитием теория трансформации обязана дуалистическому подходу к проблеме соотношения международного и внутригосударственного права. Как и дуализм, она базируется на утверждении о самостоятельном существовании и раздельном функционировании этих двух систем права.

С точки зрения приверженцев рассматриваемой теории, суть процесса трансформации, а следовательно, и юридического механизма согласования международных и национальных правовых норм «заключается в изменении самой «vis obligandi» международно-правовой нормы, в ориентации ее на «новых» адресатов - субъектов внутригосударственного права, собственно в изменении самого содержания нормы, связанного с введением ее в действие в другом, теперь уже внутригосударственном правопорядке». В результате трансформации создается новое внутригосударственное право особого рода, которое является однородным первоначальной международной нормой по содержанию, но не идентичным ей, так как формально это уже внутреннее право.

Один из наиболее известных российских сторонников концепции трансформации международно-правовых норм в рамках внутригосударственного правопорядка Е. Т. Усенко, доказывая безусловную необходимость этого процесса, писал, что «суверенитет государства в принципе исключает возможность действия в пределах его территории государственной воли других государств, в том числе согласованной воли, заключенной в норме

¹⁰² В.В.Гаврилов, Право и международные отношения. Теории согласования международных и внутригосударственных норм (2005). [ссылки опущены]. [опубликовано с разрешением автора].

международного права. Для того, чтобы правило, представляющее собой норму международного права, приобрело юридическую силу в пределах действия национального права, оно должно приобрести силу национально-правовой нормы. Но это может сделать только территориальный суверен, издав соответствующий национально-правовой акт.

Принцип верховенства государственной власти не означает, что в рамках границ соответствующей страны может действовать только один правовой регулятор - национальное право. Суть проблемы, следовательно, заключается не в том, что международная правовая норма в силу своей природы и предназначения не в состоянии выступать в качестве регулятора отношений на внутригосударственном уровне, как это утверждают «трансформисты», а в том, допускает или не допускает соответствующее государство ее действие в таком качестве. Поэтому, на наш взгляд, международные правовые акты и обычаи способны выступать в качестве источников норм, непосредственно регулирующих отношения между национально-правовыми субъектами различных государств или даже одной страны в тех случаях, когда это санкционировано соответствующим государством.

В отличие от «трансформистов» сторонники другой распространенной теории согласования норм международного и национального права - теории инкорпорации - считают, что международные правовые нормы становятся частью национального права (законодательства) автоматически без издания каких бы то ни было внутригосударственных нормативных правовых актов.

В. А. Каланда считает что речь в данном случае идет о виде трансформации, смыслом которого является включение в национальное законодательство норм международного договора «путем применения существующих материальных норм внутригосударственного права для использования международного договора»

Доктрина инкорпорации зародилась в практике английских судов XVIII-XIX вв. и первоначально распространялась только на действие международных обычных норм в правовой системе Великобритании. Один из наиболее известных представителей этой теории - английский юрист У. Блэкстоун так характеризовал ее содержание в своих «Комментариях»: «Право народов во всех вопросах, на которые распространяется его юрисдикция, принимается во всем своем объеме общим правом и считается частью права страны». При этом в отношении применения международных договорных норм английские суды придерживались теории трансформации.

Одним из первых государств, воспринявших идеи доктрины инкорпорации на законодательном уровне, стали Соединенные Штаты Америки. В разделе 2 ст. VI Конституции США 1787 г. нашла закрепление так называемая верховная клаузула (*supremacy clause*) следующего содержания: «Настоящая Конституция и законы Соединенных Штатов, изданные в ее исполнение, равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены властью Соединенных Штатов, являются высшими законами страны, и судьи в каждом штате обязываются к их исполнению, даже если в Конституции и законах какого-либо штата встречаются противоречащие положения». Нетрудно заметить, что в соответствии с указанным правилом действие основного принципа теории инкорпорации - «международное право является частью права страны» - было распространено на международные договорные нормы.

Кроме США к числу государств, провозгласивших нормы международного права частью права страны, относятся, в частности, Германия и Греция. Статья 25 Конституции ФРГ 1949 г. предусматривает, что «общепризнанные нормы международного права являются составной частью права Федерации. Они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории». А согласно п. 1 ст. 28 Конституции Греции 1975 г. «общепринятые нормы международного права, а также международные соглашения с момента их ратификации законом и вступления их в силу являются неотъемлемой частью внутреннего греческого права и имеют приоритет перед любым противоречащим им положением закона».

Другие страны объявили международные правовые нормы частью своего внутреннего законодательства. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 96 Конституции Королевства Испания 1978 г. «заключенные в соответствии с законом и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства. Аналогичные положения можно встретить в конституциях Казахстана, Кыргызстана, Украины и некоторых других государств.

Нетрудно заметить, что в основе теории инкорпорации лежит монистический подход к проблеме соотношения международных и национальных правовых норм, а ее суть сводится к объявлению международного права целиком и без изменения его природы составной частью внутреннего права. Делается это на основе правила, выработанного судебной практикой соответствующего государства, или в силу прямого указания его конституционной нормы. Суть теории инкорпорации, следовательно, может быть кратко представлена в виде следующих основных тезисов:

1. Международное право и внутригосударственное право представляют собой две согласующиеся друг с другом системы права. Поэтому первое может быть составной частью второго.

2. В силу указания конституционной нормы или практики, выработанной национальными судебными органами, международные договоры и (или) нормы общего международного права становятся частью национального права (законодательства) соответствующей страны целиком без необходимости издания каких-либо дополнительных внутренних правовых актов.

Не следует забывать и о том, что эти нормативные конструкции существенно отличаются друг от друга не только по содержанию и источникам правовых норм, но и по способам их создания и осуществления. У этих систем права различная природа, сфера действия, предназначение, в силу чего они объективно не могут быть или становиться частью друг друга.

Достаточно показательным в этом смысле является высказывание немецкого юриста Д. Раушнинга, который, комментируя положения ст. 25 Конституции ФРГ, подчеркивает, что содержащаяся в этой статье фраза о том, что «общие нормы международного права являются составной частью права Федерации», может ввести в заблуждение. «Это положение не означает, - пишет он, - что нормы международного права становятся нормами национального права ФРГ. Они остаются нормами международного права. Смысл данной статьи Конституции в том, что она предписывает применять такие нормы в рамках правовой системы ФРГ». Точно так же профессора Т. Бургенталь и Г. Майер отмечают: «Когда мы в США говорим, например, что международное право является «правом страны», мы в действительности имеем в виду, что оно представляет собой часть нашей правовой системы».

Как указывает Р. А. Мюллерсон, независимо от дуалистического или монистического подхода к соотношению международного права и национального права «национальное право любого государства и международное право - различные системы права, и международные договоры при любом способе их заключения или имплементации являются нормами международного права, которые могут действовать внутри государства только с разрешения национального права страны. Специфика состоит лишь в том, что в рамках теории инкорпорации такое разрешение приобретает форму объявления международного права не частью правовой системы, а частью внутреннего права или законодательства соответствующего государства.

Теория инкорпорации, таким образом, вслед за теорией трансформации дает неверное представление о действительном статусе междуна-

родных правовых норм в рамках национальных правовых систем.

Во-первых, в рамках теории инкорпорации не делается различий между международными правовыми нормами, предназначенными для регулирования отношений, возникающих внутри государства, и отношений, выходящих за пределы его границ.

Во-вторых, теория инкорпорации (как, впрочем, и трансформации) не учитывает того очевидного обстоятельства, что, даже если международные правовые нормы имеют целью достижение определенной степени урегулирования отношений с участием субъектов национального права, они не всегда пригодны для непосредственной регламентации этих отношений. Отсюда возникает проблема самоисполнимых и несамоисполнимых международных договоров или их положений, которая так и не нашла удовлетворительного разрешения ни в одном из государств, объявивших международное право частью своего внутреннего права. Кроме того, следует иметь в виду, что некоторые из таких государств объявили частью своего права только обычные международные правовые нормы, что, по мнению проф. Д. Бедермана, свидетельствует о существовании не только стран, придерживающихся концепции «договорного монизма», но и государств, признающих только «монизм норм обычного права». А этот факт далеко не всегда учитывается в рамках теории инкорпорации.

В-третьих, при объявлении международных правовых норм частью права страны возникает целый ряд проблем «технического» характера, которые также не получили единообразного и исчерпывающего решения в доктрине, законодательстве и правоприменительной практике соответствующих государств. Эти проблемы, в частности, затрагивают вопросы о юридической силе международных договоров, вступающих в противоречие с положениями принимаемых позднее национальных правовых актов, а также о соотношении норм международных договоров, заключенных от имени государств разными его органами, с нормами национального права различного уровня.

Большинство из указанных проблем и неточностей довольно успешно преодолеваются в рамках теории имплементации (от англ. «implementation» - осуществление, претворение в жизнь), которая в последние годы получила широкое распространение в правовой доктрине.

Теория имплементации, как и теория трансформации, основывается на постулате о самостоятельности систем международного права и внутригосударственного права. Другими словами, в соответствии с теорией имплементации итогом согласования становится не преобразование норм международного права в национальные правовые нормы, не объявление

их частью внутреннего права, а наделение первых способностью действовать в своем собственном качестве в правовой системе соответствующего государства с санкции и при помощи вторых.

Похожие идеи высказывались еще в 60-х годах прошлого века, когда Немецкое общество международного права выдвинуло теорию исполнения международно-правовых норм. По их мнению, государство может и должно ограничиться в данном случае лишь актом введения международно-правовой нормы в исполнение. Этот акт «не трансформирует одну норму в другую, он лишь выполняет условие внутригосударственного действия международно-правовой нормы, экстраполирует ее нормативность на внутригосударственную сферу. Причем природа самой нормы не изменяется, она продолжает быть нормой международного права».

Теория, - «имплементация» в широком смысле означает «осуществление международно-правовых и внутригосударственных норм во исполнение международно-правовых, а также создание на международном и внутригосударственном уровнях условий для такого осуществления».

Основополагающие постулаты теории имплементации могут быть представлены следующим образом:

1) Международное право и национальное право представляют собой две различные системы права. Поэтому международные правовые нормы могут быть регуляторами отношений в сфере действия внутреннего права государства только с санкции соответствующих национальных правовых норм.

2) Содержание механизма имплементации международных правовых норм зависит от их вида, содержания и конечной цели международно-правового регулирования.

Сопоставив основные положения теорий трансформации, инкорпорации и имплементации, нетрудно заметить, что речь в данном случае идет не столько о споре, о терминах, как это пытаются представить некоторые исследователи, сколько о различном видении содержания юридического механизма осуществления норм международного права в рамках внутригосударственных правопорядков. И если оставить «за скобками» другие многочисленные, но относительно менее важные разногласия, то в центре дискуссии сторонников этих концепций оказывается вопрос о том, могут ли международные правовые нормы применяться в сфере внутригосударственных отношений непосредственно, т.е. без провозглашения их частью внутреннего права и без трансформации международных договоров во внутригосударственные законы. По нашему мнению, наиболее правиль-

ный ответ на этот вопрос дает теория имплементации, и этот ответ носит утвердительный характер.

Однако так считают далеко не все. «Не следует поддерживать мнение о прямом действии международно-правовых норм, - пишет А.М. Васильев, - их действие опосредовано решениями национальной государственной власти в той или другой форме. [...] Норма есть правило неоднократного действия. Уже в силу этого оно должно адаптироваться в суверенной национальной правовой системе, получить здесь поддержку от государства, чтобы стать ее частью, согласованной с другими». Б. Л. Зимненко также считает, что о непосредственном действии международно-правовой нормы следует говорить условно, «принимая во внимание, что такое действие опосредуется общей отсылочной нормой».

Некоторые международные и региональные трибуналы

Международный Суд ООН¹⁰³

Обзор Суда

Международный Суд (МС) является главным судебным органом Организации Объединенных Наций (ООН). Он был учрежден в июне 1945 г. Уставом Организации Объединенных Наций и начал работать в апреле 1946 г.

Местопребыванием Международного Суда является Гаага, Нидерланды. Из шести главных органов Организации Объединенных Наций Суд является единственным органом, расположенным вне Нью-Йорка.

Суд занимается разрешением правовых споров только между странами, а не частными лицами в соответствии с международным правом.

На Суд возложена двойная функция: разрешение в соответствии с международным правом юридических споров, переданных ему на рассмотрение государствами, и вынесение консультативных заключений по юридическим вопросам, запрашиваемых должным образом на то уполномоченными органами и специализированными учреждениями Организации Объединенных Наций.

Суд состоит из 15 судей, которые избираются на девять лет и которых

¹⁰³ <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1>.

избирают Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности, и его обслуживает Секретариат, его административный орган. Его официальными языками являются английский и французский.

История¹⁰⁴

Учреждение Международного Суда стало кульминацией длительного процесса, в ходе которого постепенно развивались методы мирного урегулирования международных споров.

Постоянная палата международного правосудия

Юрисдикция Постоянной палаты международного правосудия (ППМП) зависит от желания сторон передавать споры на ее рассмотрение, однако новая особенность заключалась в том, что государство могло заранее объявить о признании обязательной юрисдикции Палаты в отношении любого спора, который может возникнуть в будущем с другим государством, сделавшим такое же заявление. Таким образом, государство могло обратиться в Палату в одностороннем порядке и привлечь к разбирательству другое государство без необходимости предварительного соглашения между сторонами о передаче дела на рассмотрение Палаты.

ППМП также отличалась и другими особенностями. Она состояла из постоянных судей, которые представляли главные правовые системы мира и избирались Советом и Ассамблеей Лиги. Ее деятельность регулировалась ее Статутом и Правилами процедуры, которые уже действовали и имели обязательную силу для сторон, обратившихся к ней; она имела право выносить консультативные заключения по любому юридическому вопросу, переданному ей Советом или Ассамблеей Лиги Наций, и, наконец, ее заседания были в значительной степени открытыми.

Хотя Палата, располагавшаяся во Дворце мира, была создана и финансировалась Лигой Наций, она, тем не менее, не являлась частью Лиги и ее Статут не являлся частью Статута Лиги. Государство — член Лиги Наций не являлось автоматически стороной Статута ППМП. Вместе с тем обязательную юрисдикцию Палаты признали много государств. Было подписано несколько сотен договоров, предусматривающих юрисдикцию ППМП по спорам, связанным с этими договорами.

Деятельность ППМП была чрезвычайно успешной. В период с 1922 по 1940 год она вынесла решения по 29 спорам между государствами и 27 консультативных заключений, из которых практически все были выполнены. Палата также внесла важный вклад в развитие международного права.

¹⁰⁴ ICJ website: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>.

Международный Суд ООН

Участники Конференции в Сан-Франциско в 1945 году, на которой было принято решение об учреждении Организации Объединенных Наций и Международного Суда, привели несколько причин, в число которых входят следующие:

- поскольку Суд должен являться главным судебным органом Организации Объединенных Наций, а все государства — члены Организации Объединенных Наций — участниками его Статута, было сочтено нецелесообразным наделять такими функциями ППМП, которая была связана с Лигой Наций, к тому времени практически прекратившей свое существование;
- несколько государств, которые являлись участниками Статута ППМП, не были представлены в Сан-Франциско, тогда как ряд участников Конференции в Сан-Франциско не были участниками Статута ППМП (включая Соединенные Штаты Америки и Союз Советских Социалистических Республик);
- ППМП ассоциировалась со старым порядком, в котором доминировала Европа, и считалось, что создание нового суда позволит сделать круг его участников более универсальным.

Вместе с тем в значительной мере была сохранена преемственность между ППМП и МС. Статут МС является практически идентичным статуту ППМП, как и регламенты обоих учреждений; правда, в 1978 году Суд принял пересмотренный Регламент в целях упрощения и ускорения разбирательств.

В октябре 1945 года ППМП на своей последней сессии приняла решение о передаче своих архивов и имущества МС, который также должен был заседать во Дворце мира в Гааге. 31 января 1946 года судьи ППМП ушли в отставку и 5 февраля 1946 года Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности Организации Объединенных Наций избрали первых членов МС.

В апреле 1946 года ППМП была официально распущена и МС, собравшись на первое заседание, избрал своего Председателя судью Хосе Густава Герреро (Сальвадор), который был последним Председателем ППМП.

Произведя назначение членов своего Секретариата (в значительной степени из числа бывших сотрудников ППМП), Суд провел свое первое

открытое заседание 18 апреля 1946 года. Первое дело было представлено на его рассмотрение в мае 1947 года. Оно касалось инцидента в проливе Корфу (Соединенное Королевство против Албании).

Статут Международного Суда ООН
Глава II – Компетенция Суда, Статья 34.

1. Только государства могут быть сторонами по делам, разбираемым Судом.

2. На условиях своего Регламента и в соответствии с ним, Суд может запрашивать у публичных международных организаций информацию, относящуюся к делам, находящимся на его рассмотрении, а также получает подобную информацию, представляемую указанными организациями по их собственной инициативе.

3. Когда по делу, разбираемому Судом, ему надлежит дать толкование учредительному документу какой-либо публичной международной организации или международной конвенции, заключенной в силу такого документа, Секретарь Суда уведомляет данную публичную международную организацию и препровождает ей копии всего письменного производства.

Военные и полувоенные действия в и против
Никарагуа (Никарагуа против США), 1986¹⁰⁵

Судебное разрешение как альтернатива дружественному разрешению спора

[стр. 142-143] Суд считает соответствующим определение запроса Никарагуа на вид и количество соответствующей компенсации в последующей фазе слушаний. В то время как определенное количество доказательств было представлено, например, в утверждениях никарагуанского Министра финансов, о подтверждении денежной потери, они были основаны на утверждениях относительно ответственности Соединенных Штатов, влекущей более серьезные последствия, чем заключения, к которым Суд был в состоянии прийти. Никарагуа должна быть предоставлена возможность продемонстрировать и доказать, какой ущерб был получен в результате каждого из действий Соединенных Штатов, которые Суд счел

¹⁰⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14 (p. 142-143 of decision).

противоречащими международному праву. При этом нужно отметить, что, в то время как Соединенные Штаты решили не присутствовать или участвовать в нынешней фазе слушаний, Статья 53 Статута не запрещает США присутствовать и представлять аргументы по вопросу о компенсации, если США так пожелает. Напротив, принцип равенства Сторон требует, чтобы США предоставили такую возможность. Само собой разумеется, однако, что в фазе слушаний, посвященных компенсации, никакая Сторона не может подвергнуть сомнению такие выводы в существующем заключении суда, которые стали частью решенного дела.

Имеется запрос Никарагуа (параграф 15) на присуждение ей, на данной стадии слушаний, 370 200 000\$ как «минимальной (примерной) оценки прямых убытков». Нет такого положения в Статуте Суда, которое определенно уполномочивает Суд принять временное решение такого вида, или действительно запрещает Суд от выполнения этого. Ввиду финального и обязательного характера решения Суда в соответствии со Статьями 59 и 60 Статута, было бы уместно принять решение такого вида, предполагая, что Суд обладает властью сделать так при исключительных обстоятельствах, и где право государства, вносящего претензию, было уже установлено с уверенностью и точностью. Кроме того, в случае, в котором ответное государство не появляется, так, что его представления о вопросе не известны Суду, Суд должен воздержаться от любого ненужного акта, который мог бы доказать препятствие мирному урегулированию. Суд повторяет что:

«судебное урегулирование международных споров, в целях которых был установлен Суд, является просто альтернативой прямому и дружественному урегулированию таких споров между Сторонами; следовательно, Суд должен содействовать, насколько это совместимо с его Уставом, такому прямому и дружественному урегулированию...» (Свободные зоны Верхней Савойи и Район Гекс, Заказ от 19 августа 1929, РС.І.Ј., Ряд А, № 22, стр. 13).

Соответственно, Суд не полагает, что может согласиться на данном этапе с просьбой, представленной в Четвертом Представлении Никарагуа.

Пограничные споры

Пограничные споры, Малькольм Шо¹⁰⁶

Пограничные договоры представляют собой соглашения, в соответствии с которыми определенные государства определяют между собой спорные вопросы по территориям, которые приобретены или потеряны, или если границы этой территории неопределенны. Они представляют собой особый вид договора в том, что они устанавливают нейтральный территориальный режим, действующий между всеми (*erga omnes*). Такой режим не только позволит создать права, которые будут обязательны также для третьих государств, но также будет существовать вне определенного договора и, следовательно, будет существовать, даже если сам договор перестанет быть применим. ...

Соответственно, многие пограничные споры на самом деле вращаются вокруг толкования договора. Принято считать, что договор следует толковать в свете статьи 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, «добросовестно, в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте и в свете его объекта и цели «...

В целом, существуют трудности в попытке интерпретировать как общие понятия так и географических мест, используемых в более ранних договорах, в свете современных знаний. В деле Ботсвана против Намибии, Суд, столкнувшись с проблемой определения «основного канала» реки Чобе в свете договора 1890 года, подчеркнул, что «в настоящее время, современное состояние научных знаний» может быть использовано для характеристики понятий этого договора. В деле Эритрея / Эфиопия, Комиссии по установлению границы называют принцип одновременности, что означает, что договор должен быть интерпретирован со ссылкой на обстоятельства, сложившиеся при заключении договора. В частности, определение географического названия (будь то место или река) зависит от современного понимания места, с которым это название было связано во время заключения договора. Однако, для более лучшего понимания, необходима ссылка на последующую практику. При толковании договора о границе, в частности, в стремлении урегулировать неясные ситуации, последующая практика сторон представляется важной. Даже там, где последующая практика не является обстоятельством для авторитетного

¹⁰⁶ Quote from Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 417, 5th ed. (Cambridge University Press, 2003)

толкования договора, она может быть признана «полезной» для определения границ вопроса. Однако там, где линия границы, как это указано в соответствующих инструментах, определена, она не может быть изменена по решению суда в процессе интерпретации положений о делимитации.

Пограничный Спор (Буркина-Фасо / Республика Мали), 1986¹⁰⁷

[Стр. 563-564] Стороны долго доказывали то, как настоящий спор должен быть классифицирован с точки зрения различия, проводимого иногда юридическими писателями между «пограничными спорами» или «спорами по делимитации», и «спорами о присвоении территории». В соответствии с этим различием, первое относится к разграничению операций, влияющих на «часть земли, которая географически не автономна», тогда как объектом последнего является присвоение суверенитета над всем географическим объектом. Обе стороны, кажется, в конечном итоге признали, что настоящий спор относится скорее к категории споров по делимитации, хотя они не договорились о сделанных выводах. На самом деле, однако, в подавляющем большинстве случаев, в том числе в этом, различие, выделенное выше представлена не в натуральном выражении, сколько в степени, как осуществляется в этом вопросе способ эксплуатации/использования. Эффект любой делимитации, каким бы малым ни являлся спорный район пересекаемый линией, это распределение участков земли, лежащих по обе стороны от линии. В данном случае, можно отметить, что специальные соглашения, в статье I, относятся не только к линии, которую можно провести, но к спорной «площади», которую он определяет как состоящую из «группы» территорий охватывающих «область» Бели. Более того, влияние какого-либо судебного решения, вынесенного либо в споре присвоения территории или в споре по делимитации, обязательно для установления границы.

[...]

[стр. 566] Территориальные границы, которые должны соблюдаться, также могут происходить от международных границ, которые ранее разделили колонии одного государства из колонии другого, или конечно, колониальную территорию от территории независимого государства, или ту, которая находилась под протекторатом, но сохранила свою междуна-

¹⁰⁷ Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554

родную правосубъектность. Не существует никаких сомнений, что обязательство уважать уже существующие международные границы в случае правопреемства государств проистекает из общей нормы международного права, в независимости от того, выражается ли или не выражается правило в формуле *uti possidetis*. Отсюда, многочисленные торжественные утверждения о нерушимости границ, существовавших во времена независимости Африканских государств, как сделанные представителями государств или органами Организации Африканского единства, очевидно, декларативны, но не учредительные/нормативные: они признают и подтверждают существующие принципы, а не стремятся создать новый принцип или применить правила, использованные на других континентах.

[стр. 582] На современном этапе своего рассуждения палата может ограничиться заявлением принципа. Будь то приграничные делимитации или международные территориальные конфликты, карты просто представляют собой информацию, которая изменяется в точности от случая к случаю. Сами по себе, и в силу исключительно своего существования, они не образуют территориальный правовой титул, т.е. документ, который международное право наделяет действительной юридической силой с целью установления территориальных прав. Конечно, в некоторых случаях карты могут приобрести такую юридическую силу, но если это так, то юридическая сила не возникает исключительно из их внутренних достоинств: это потому, что такие карты попадают в категорию физического выражения воли государства или заинтересованных государств. Так обстоит дело, например, когда карты прилагаются к официальным текстам, являясь их неотъемлемой частью. За исключением этого, четко определены случаи, карты являются только внешним доказательством различной надежности или ненадежности, которые могут быть использованы, наряду с другими доказательствами как косвенный вид, для того, чтобы создать или воссоздать реальные факты.

[Стр. 632-633] Следует еще раз отметить, что задача Палаты в этом случае обозначить линии границы, наследуемые от обоих государств от колонизаторов при обретении независимости. По причинам, изложенным выше, эта задача сводится к установлению и определению линий, которые легли в административных границах колонии Верхняя Вольга от 31 декабря 1932 года. Следует признать, что Стороны могли бы изменить границы, существующие на текущий момент, последующим соглашением. Если бы компетентные органы одобрили соглашение от 15 января 1965 года, это было бы излишним для данного дела, которое рассматривает вопрос о том было ли такое соглашение декларативным или изменяло характер по отношению к границам 1932 года. Но этого не произошло, и

палата не получила мандат от Сторон на замену своего свободного выбора соответствующей границы. Палаты не должны упускать из виду одну из функций Суда, который должен принять решение в соответствии с международным правом по переданным ему спорам, но не следовать просьбам, представленным в Специальном Соглашении, не давать направлений по определению их общей границы, и провести точную линию границ.

Как уже было пояснено, палата может прибегнуть к *infra legem*, которую обе стороны признали применимым в данном случае (см. пункт 27). В этом отношении, руководящая концепция это просто «справедливость как правовая концепция является прямой эманацией идеи справедливости» (Континентальный шельф (Тунис / Ливийская Арабская Джамахирия), ICJ Reports 1982, стр. 60, пункт 71). Однако, Палата могла бы, в целом подчеркнуть, что использование концепции справедливости для изменения установленных границ было бы совершенно неоправданно. Особенно в Африканском контексте, очевидные недостатки многих границ, унаследованных от эпохи колонизации, с этнической, географической или административной точки зрения, не может поддержать утверждение, что изменение этих границ является необходимым или оправданным на основании соображений справедливости. Эти границы, не смотря на то, что их находят неудовлетворительными, обладают властью *uti possidetis* и, таким образом, находятся в полном соответствии с современным международным правом. Помимо случаев принятия решения *ex aequo et bono*, достигнутого с согласия сторон, «это не вопрос нахождения простого справедливого решения, но справедливое решение, полученное от применимого права» (Юрисдикции в отношении рыболовства, ICJ Reports 1974, стр. 33, пункт 78). [См. обсуждение в этой главе] Именно с целью достижения решения такого рода, Палата должна учитывать не соглашение от 15 января 1965 года, но обстоятельства, при которых это соглашение было заключено.

Рассмотрение арбитражных решений

***Морская делимитация территории (Катар против Бахрейна), 2001*¹⁰⁸**

111. Бахрейн считает, что решение Великобритании 1939 года следует

¹⁰⁸ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40 at pp. 76-77, and 83-85.

рассматривать, прежде всего, как арбитражное решение, которое вступило в законную силу. Он утверждает, что Суд не обладает юрисдикцией для рассмотрения решения другого суда, основывая свое предложение на

«виртуальной Константе юриспруденции, не рассматривать, признавать недействительными или даже подтверждать решения принятые другими международными трибуналами, если нет конкретного, незамедлительного, дополнительного согласия возобновить решение».

Таким образом, Бахрейн ссылается на решение от 15 июня 1939 г. Постоянной палаты международного правосудия в деле «*Société Commerciale de Belgique*» (PCIJ, Series A, 178, В, стр. 160), а также на решение, принятое настоящим судом 18 ноября 1960 года по делу об Арбитражном Решении принятым королем Испании 23 декабря 1906 года (Гондурас против Никарагуа) (ICJ Reports 1960, стр. 192), а также 12 ноября 1991 года по делу об Арбитражном Решении от 31 июля 1989 года (Гвинея-Бисау против Сенегала), (ICJ Reports 1991, стр. 53).

112. Катар отрицает значимость суждений, приведенных Бахрейном. Он утверждает, что «Ни один из них даже в самой малой степени не имеет отношения к вопросу, который суд должен определить в данном деле, а именно, составляют ли процедуры, применяемые правительством Великобритании в 1938 и 1939 годах процесс арбитража, который представляет арбитражное решение, обязательное для сторон дела;

«Катар также представляет, в подтверждение своей позиции, арбитражное решение от 19 октября 1981, вынесенное арбитражным судом в деле Дубай / Шарджа Граница; в решении, которое, по мнению Катара, было принято в условиях, сопоставимых с настоящим делом, арбитражный суд сделал вывод, что решение делимитации границы, принятое британским правительством не было арбитражным решением, а административным решением обязывающего характера (Отчеты по Международному Праву, том 579.91, стр. 579, см. также стр. 577, 583 и 585).

113. Суд, в первую очередь, рассмотрит вопрос о том, должно ли считаться британское решение 1939 года как равносильное арбитражному решению. Суд отмечает в этой связи, что слово арбитраж, для целей международного публичного права, как правило, относится к «урегулированию разногласий между государствами судьями по их собственному выбору, а также на основе уважения закона». Эта формулировка была принята в статье 15 Гагской конвенции о мирном разрешении международных споров от 29 июля 1899 года. Эта формулировка была повторена в статье 37 Гагской конвенции от 18 октября 1907 года, на том же основании. Она была принята Постоянной палатой международного правосудия в своем

консультативном заключении от 21 ноября 1925 года, о толковании пункта 2 статьи 3 Лозаннского договора (ППМП, серия В, ¹ 12, стр. 26). Она была подтверждена в работе Комиссии международного права, которая подтвердила, что стороны могут решить, что запрашиваемое решение должно быть принято *ex quo et bono* (Доклад г-н Жорж Ссель, Специальный докладчик Комиссии, документ А/CN.4/113, от 6 марта 1958 года, Ежегодник Комиссии международного права, 1958, Vol. II, стр. 2). Наконец, совсем недавно, такое положение было принято Арбитражным судом, призванного урегулировать пограничный спор между Дубай и Шарджа, в споре носящего в себе некоторое сходство с данным делом (Дубай/Шарджа Граница, арбитражное решение от 19 октября 1981 года, Отчеты по Международному Праву, Вып. 91, стр. 574 и 575).

114. Суд отмечает, что в данном случае никакой договоренности не существовало между Сторонами по предоставлению дела в арбитражный суд состоящего из судей, избираемых ими, которые будут руководствоваться либо законами или на принципах справедливости. Сторонами было только решено, что вопрос будет решаться «Правительством Его Величества», но они оставили на потом определение того, как это решение будет приниматься, и посредством какого официального лица. Отсюда следует, что решение, по которому в 1939 году британское правительство посчитало, что острова Ховар принадлежат Бахрейну, не представляет собой международное арбитражное решение.

139. Суд начнет с того что напомним о том, что решение 1939 года не является арбитражным (см. пункты 113-114 выше). Это, однако, не означает, что оно было лишено всех правовых последствий. Напротив, заявления, в частности обмен письмами, представленные выше (см. пункты 118 и 119 выше), указывают на то, что Бахрейн и Катар согласились на урегулирование спора между ними британским правительством касательно островов Ховар. Потому решение 1939 года должно рассматриваться как решение, которое было обязательным с самого начала для обоих государств и продолжает быть обязательным для тех Государств после 1971 года, когда они перестали находиться под британской защитой (см. пункт 65 выше).

140. Действительность этого решения, конечно, не находится в соответствии с процессуальными принципами, регулирующими действия арбитражных решений. Однако, как было сформулировано британским политическим агентом 20 мая 1938 года, а также было повторено в письме правителя Катара от 27 мая 1938 г. (см. пункты 119 и 120 выше), это решение было вынесено «в свете истины и справедливости».

141. В связи с этим, Суд отмечает, что, во-первых, правитель Катара в

своем последнем письме поручил вопрос об островах Ховар британскому правительству для принятия решения, несмотря на то, что за семь дней до этого британский политический агент сообщил ему, что «вследствие формальной оккупации островов за последнее время, правительство Бахрейна обладает *prima facie* право их требования», и, что поэтому существовала необходимость для правителя Катара представить «формальные претензии ... на основе всестороннего и полного перечня доказательств», на которых он опирался (см. пункт 119 выше). Это процедура было соблюдена, и компетентные британские чиновники обнаружили, что «шеих Катара не предоставил никаких доказательств» опровергающее утверждение *effectivitis* выдвинутое Бахрейном, в частности, его оккупации этих островов с 1937 года (см. пункт 128 выше). В этих условиях, когда компетентные британские чиновники исходили из предпосылки, что Бахрейн обладал титулом *prima facie* на эти острова, и что бремя доказывания противоположного лежало на правителя Катара, Катар не может утверждать, что это противоречит справедливости действовать на основе этой предпосылки, когда Катар был проинформирован прежде чем соглашаться на процедуру того, что это так и будет происходить, и дал согласие на то, чтобы разбирательство велось на этой основе.

142. Разбирательства, которые привели к британскому решению 1939 изложенного выше (см. пункты 118 до 133 выше) далее показывают, что Катар и Бахрейн оба имели возможность представить свои аргументы по отношению к островам Ховар и доказательства, подтверждающие их. Катар представил свое требование в своих письмах от 10 и 27 мая 1938 года. Бахрейном противоположные претензии были представлены 22 декабря 1938 года, с приложением, содержащим заявления нескольких свидетелей. Катар прокомментировал это заявление Бахрейна в своем письме от 30 марта 1939 года, в котором также прилагались доказательства в поддержку своих аргументов. Таким образом, два Правителя смогли представить свои аргументы и каждый из них был предоставлен количеством времени, которое Суд считает, было достаточным для этой цели. Утверждение Катара о том, что он был подвергнут неравному обращению, следовательно, не может быть поддержано

143. Наконец, Суд отмечает, что, хотя аргументация решения от 1939 года не была доведена до правителей Бахрейна и Катара, отсутствие этой причины не влияет на законность и обоснованность принятого решения, потому что никаких обязательств по объяснению причин определенного решения не было наложено на Британское правительство, когда ему было поручено урегулирование этого вопроса.

144. Более того, в данном случае реакцией правителя Катара было

информирование британского политического резидента о том, что он «глубоко поражен» решением, но он не было заявлений о том, что оно является недействительным из-за отсутствия достаточной аргументации. Катар заявил, что он предоставил достаточно доказательств в поддержку своей позиции, и ограничился запросом к британскому правительству пересмотреть свое решение. Таким образом, утверждение Катара о том, что британских решение 1939 года недействительно из-за отсутствия аргументации не может быть поддержано.

145. Наконец, тот факт, что шейх Катара выразил протест в ряде случаев на содержание решения Великобритании 1939 года, после того как он был проинформирован об этом, не делало это решение неоспоримым, вопреки тому, что утверждает Катар.

146. Суд, соответственно, делает вывод, что решение, принятое британским правительством 11 июля 1939 г. является обязательным для Сторон.

Неотъемлемое право на арбитражное разбирательство

Решение арбитражного суда, (Гвинея-Бисау против Сенегала), 1989¹⁰⁹

42. Гвинея-Бисау спорит, во-вторых, что любое арбитражное решение должно, в соответствии с общим международным правом, быть аргументировано. Кроме того, согласно Статье 9, абзаца 3, Арбитражного Соглашения, Стороны согласовали, что «Решение должно сформулировать полностью причины, на которых оно основано». Все же, согласно Гвинея-Бисау, Суд в этом случае не предоставил никакого рассуждения в подтверждение его отказа ответить на второй вопрос, поставленный сторонами, и дал «целиком недостаточное» рассуждение, которое даже не сделало возможным «определение линии аргумента, которому он следует», и не дал «ответа ни на какие пункты вопросов поднятых и обсуждаемых в течение арбитражного процесса». На этом основании также, утверждается, что Решение недействительно и ничтожно.

43. В абзаце 87 Решения, представленного выше, Суд, «имея в виду ...

¹⁰⁹ Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 1991, p. 53, p 69, and p. 72, majority opinion, and p. 92 Judge Lachs dissent.

заклучения» которые он достиг, вместе с «формулировкой Статьи 2 Арбитражного Соглашения», придерживался того мнения, что его не просили отвечать на второй вопрос, поднятый перед ним. Это рассуждение недостаточное и могло бы, несомненно, быть более развернуто. Но ссылки к абзацу 87 заключения Суда и к формулировке Статьи 2 Арбитражного Соглашения дают возможность определить, беспрепятственно, причины, почему Суд решил не отвечать на второй вопрос. Ссылаясь на формулировку Статьи 2 Арбитражного Соглашения, Суд пришел к пониманию того, что, согласно этой Статье, его попросили определить, сначала, имел ли Договор 1960 года «силу закона в отношениях» между Гвинея - Бисау и Сенегалом, а затем, «в случае негативного ответа на первый вопрос, какой является направление линии, отграничивающей морские территории» двух стран. Ссылаясь на заключения, которые он уже достиг, Суд отмечал, что, в абзацах 80 и других решения, он нашел, что Договор 1980 года, касательно которого он уже определил возможность его независимой обоснованности, является «действительным и обязательным для Сенегала и Гвинеи-Бисау». Предоставив утвердительный ответ первому вопросу, и основываясь на фактическом тексте Арбитражного Соглашения, Суд решил как последствие, что ему не нужно было отвечать на второй вопрос. Это рассуждение, несмотря на то, что является сжатым, является ясным и точным. Второе возражение Гвинеи-Бисау должно также быть отклонено.

47. Своим аргументом, обозначенным выше, Гвинея-Бисау фактически критикует интерпретацию в Решении положения Арбитражного Соглашения, которые определяют юрисдикцию Суда, и предлагают другую интерпретацию. Однако, Суду не нужно спрашивать, могло или нет Арбитражное Соглашение, относительно компетентности Суда, быть интерпретировано множеством путей, и если да, то который был бы предпочтителен. Продолжая в этом направлении, Суд воспринимал бы запрос как обращение и не как *recours en nullit*. Суд не смог действовать в этом направлении в настоящем случае. Ему придется просто выяснить, представляя дискутируемое Решение, действовал ли Суд в очевидном нарушении компетентности предоставленную по Арбитражному Договору, превышая свои полномочия, или неспособностью пользоваться своей юрисдикцией.

Обязательство вести переговоры

О законности применения или угрозы применения ядерного оружия, Консультативное заключение МС ООН, 1996¹¹⁰

98. Учитывая исключительно трудные вопросы, которые возникают в процессе применения Законодательства об использовании силы и что важнее права, примененного к использованию ядерного оружия в вооруженных конфликтах, Суд считает, что в настоящее время необходимо вначале рассмотреть еще один аспект вопроса, рассматриваемого в более широком контексте. В конечном счете, международное право, а с ним и стабильность международного порядка, которую оно призвано регулировать, неизбежно страдают от продолжающегося расхождения во мнениях в отношении правового статуса такого опасного оружия, как ядерное оружие. Именно поэтому важно, положить конец такому положению дел: давно обещанное полное ядерное разоружения, как представляется, является наиболее подходящим средством достижения этого результата.

99. При таких обстоятельствах, суд оценивает всю важность признания статьи VI Договора о нераспространении ядерного оружия как обязательства вести переговоры добросовестно в отношении ядерного разоружения. Это положение гласит: «Каждый из участников Договора обязуется вести переговоры об эффективных мерах по прекращению гонки ядерных вооружений в ближайшем будущем и ядерному разоружению, также о договоре о всеобщем и полном разоружении добросовестно и под строгим и эффективным международным контролем».

Юридическое распространение этого обязательства выходит за рамки обязательств, которые выходят из простого обязательства поведения; обязательство в нашем деле это обязательство достичь точного результата - ядерного разоружения во всех его аспектах - путем принятия определенного курса поведения, а именно продолжения переговоров по этому вопросу в духе доброй воли.

100. Эта двойная обязанность продолжать и завершать переговоры формально относится к 182 государствам-участникам Договора о нерас-

¹¹⁰ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, at pp. 363-65, paragraphs 98-103.

пространении ядерного оружия, или, другими словами, подавляющему числу членов международного сообщества.

Более того, оказывается, что практически все члены этого сообщества были затронуты, когда резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, касающиеся ядерного разоружения были неоднократно приняты в единогласном порядке. На самом деле, любой реалистичный поиск всеобщего и полного разоружения, особенно ядерного разоружения, требует сотрудничества всех государств.

101. Уже первые резолюции Генеральной Ассамблеи, единогласно принятые 24 января 1946 года на Лондонской сессии, образовали комиссию, в круг обязанностей которой были включены конкретные предложения, кроме прочего, «исключения из национального вооружения атомного оружия и всех других основных видов вооружения, пригодных для массового уничтожения».

В последующих многочисленных резолюциях, Генеральная Ассамблея вновь подтвердила необходимость ядерного разоружения. Таким образом, в резолюции 808 А (IX) от 4 ноября 1954 года, которая также была принята единогласно, Ассамблея пришла к выводу о том, что: «дальнейшие усилия должны быть направлены для достижения согласия по всеобъемлющим и скоординированным предложениям, которые будут воплощены в проекте международной конвенции, предусматривающей разоружение для: [...] (б) полного запрещения применения и производства ядерного оружия, оружия массового уничтожения любого типа, а также преобразование существующих запасов ядерного оружия в мирных целях».

Такая же убежденность была выражена за пределами контекста Организации Объединенных Наций в различных инструментах.

102. Обязательство, выраженное в статье VI Договора о не распространении ядерного оружия включает в себя его осуществление в соответствии с основным принципом добросовестности. Этот основной принцип закреплен в пункте 2 статьи 2 Устава. Этот принцип нашел отражение в Декларации о дружественных отношениях между государствами (резолюция 2625 (XXV) от 24 октября 1970 года) и в Заключительном акте Хельсинкского совещания от 1 августа 1975 года. Он также был закреплен в статье 26 Венской конвенции о праве договоров от 23 мая 1969 года, согласно которому «каждый действующий договор обязателен для его участников и должен выполняться ими добросовестно».

Суд также указывал на этот принцип, а именно :

«Одним из основных принципов, регулирующих создание и выполнение правовых обязательств, независимо от их источника, является принцип добросовестности. Доверие и уверенность присущи международному сотрудничеству, в частности, в том возрасте, когда это сотрудничество во многих областях становится все более важным». (Ядерные испытания (Австралия против Франции), решение, ICJ Reports 1974, стр. 268, пункт 46).

103. В своей резолюции 984 (1995) от 11 апреля 1995 года Совет Безопасности позаботился о том, чтобы подтвердить «необходимость для всех государств-участников Договора о нераспространении ядерного оружия выполнять свои обязательства полностью» и призвал «все государства, как это предусмотрено в статье VI Договора о нераспространении ядерного оружия, вести переговоры добросовестно используя эффективные меры, касающиеся ядерного разоружения, а также о договоре о всеобщем и полном разоружении под строгим и эффективным международным контролем, который остается всеобщей целью».

Важность выполнения обязательств выражена в статье VI Договора о нераспространении ядерного оружия и была также подтверждена в итоговом документе по рассмотрению и продлению Конференции участников Договора о нераспространении ядерного оружия, проходившей с 17 апреля по 12 мая 1995 года.

По мнению суда, она остается без каких-либо сомнений целью жизненно важного значения для всего международного сообщества.

*Европейский суд правосудия*¹¹¹

С момента своего создания в 1952 году, суд призван обеспечить «соблюдение закона в толковании и применении» контрактов.

В рамках этой задачи суд:

- рассматривает законность актов институтов ЕС,
- следит за соблюдением государствами-членами своих обязательств по контрактам и
- интерпретирует законодательство ЕС по просьбе национальных судов.

¹¹¹ См., Court of Justice of the European Union, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/.

В этом смысле он является судебным органом Европейского Союза и в сотрудничестве с судами государств-членов в целях обеспечения единообразного применения и толкования законодательства ЕС.

Европейский суд заседает в Люксембурге и состоит из трех судов: Суд Справедливости, Общий Суд (основан в 1988) и Трибунал гражданской службы (создан в 2004 году). С момента своего создания, три суда вынесли около 15 000 решений.

Так как каждое государство-член имеет свою специфику языка и правовой системы, суда является многоязычным учреждением. Его языковой режим не имеет себе равных в любой другой юрисдикции в мире, потому что производство может быть на любом из официальных языков ЕС. Суд обязан следовать соблюдать принцип многоязычия, так как он должен использовать язык судопроизводства в своих отношениях со странами и распространять практику на все государства-члены.

***Суд правосудия Европейского Союза*¹¹²**

Суд толкует законодательство ЕС, чтобы он в равной степени относился ко всем странам ЕС. Он также разрешает юридические споры между государствами и институтами ЕС. Физические лица, предприятия или организации могут также обратиться в суд, если они считают, что их права были нарушены учреждением ЕС.

Структура

Члены Суда состоят из одного судьи от каждой страны ЕС.

Суду помогают восемь «адвокатов», в обязанности которых входит предоставление заключений по представленным делам в суд. Они должны делать это открыто и беспристрастно.

Все судьи и адвокаты назначаются на шестилетний срок, который может быть продлен. Правительства стран ЕС договариваются о назначениях.

Чтобы помочь Суду Справедливости рассматривать большее число случаев и предложить гражданам лучшую правовую защиту, Общий Суд рассматривает дела, представленные со стороны частных лиц, компаний и некоторых организаций, а также работы в области конкурентного права.

Трибунал Гражданской Службы ЕС занимается спорами между Европейским союзом и его сотрудниками.

¹¹² See, EUROPA, European Commission website: http://europa.eu/geninfo/legal_notices_en.htm.

Виды дел

Суд дает заключения по рассматриваемым делам. Пять наиболее распространенных видов дел:

- запросы на предварительные решения - когда национальные суды просят суд толковать положения законодательства ЕС
- заявления о нарушении - подается против правительства государства-члена ЕС за не применение права ЕС
- запросы для отмены - против законов ЕС, которые, как считается, нарушают договоры Союза или фундаментальные права
- претензии на неисполнение обязательств - против учреждений ЕС, когда они не исполняют свои обязательства
- прямые требования - от отдельных лиц, предприятий и организаций на решения или действия ЕС.

1. Процедура предварительного распоряжения

Национальные суды в каждой стране ЕС обязаны обеспечивать полное приложение права ЕС в стране. Но есть риск, что суды в разных странах могут по-разному интерпретировать право ЕС.

Для предотвращения этого, существует «процедура предварительного распоряжения». Если национальный суд в сомнении относительно интерпретации или применимости права ЕС, он может – а иногда и обязан – запросить у Суда Справедливости заключение. Это называется «процедура предварительного распоряжения».

2. Разбирательство по неисполнению обязательств

Комиссия может начать такое разбирательство если оно верит, что государство-участник не может исполнять свои обязательства по праву ЕС. Такие разбирательства могут быть инициированы также другим государством-участником ЕС.

В обоих случаях, Суд исследует такие предположения и выносит свое решение. Если государство признается нарушителем, оно должно немедленно исправить ситуацию. Если Суд находит, что государство не следует наставлению суда, оно может наложить штраф.

3. Запросы на отмену

Если любая страна ЕС, Совет, Комиссия или (в любых случаях) Парламент считают какой-то акт ЕС незаконным, они могут попросить Суд аннулировать его.

«Запросы на отмену» могут быть также использованы физическими лицами, которые хотят чтобы Суд отменил определенный акт, который прямо или косвенно затрагивает их индивидуальные интересы.

Если Суд находит, что какой то акт был неправильно принят или не основывается должным образом на Договорах (ЕС), он может отменить такой акт или признать его утратившим силу.

4. Претензии на неисполнение обязательства

Договор обязывает Парламент, Совет и Комиссию принимать определенные решения в установленных обстоятельствах. Если не могут этого сделать, другие учреждения Сообщества и (в определенных случаях) физические и юридические лица могут направить претензию в Суд, чтобы официально зарегистрировать такое неисполнение обязательств.

5. Прямые требования

Любое физическое или юридическое лицо, которое получило вред вследствие действий или бездействия Сообщества или его сотрудников направляет требование по компенсации в Общий Суд.

Как рассматриваются дела

Судья и главный адвокат назначаются на каждое дело, представленное в Суд.

Дела, представленные Суду рассматриваются в два этапа: письменный и устный этапы.

1. Письменный этап

Во-первых, все стороны, приложившие руку к представлению дела в Суд, ответственны за данное дело. Судья затем пишет обобщение и юридическую характеристику случая.

2. Устный этап

Второй этап – это общественные слушания. В зависимости от сложности дела, случай рассматривается перед 3, 5 или 13 судьями ил перед всем Судом. На слушаниях, юристы обеих сторон представляют дела перед судьями и главный адвокат ведет опрос.

Затем, главный адвокат дает свое заключение. Судьи проводят совместное совещание и выносят решение.

Главные адвокаты обязаны давать заключение по делу только если Суд считает, что определенное дело затрагивает новую норму права. Суд не обязан следовать позиции главного адвоката.

Судебное решение принимается на принципе большинства и зачитывается публично. Часто проводится трансляция слушаний.

Процедура слушаний в Общем Суде аналогична, за исключением того, что главный адвокат не представляет своего заключения.

Коста против ENEL, СПЕС / Вопрос верховенства права Европейского сообщества (национализация итальянской компании)¹¹³

По закону ¹ 1643 от 6 декабря 1962 г. и последующим указам Итальянской Республики были национализированы системы производства и распределения электрической энергии, и была создана организация «Ente Nazionale Energia Elettrica» (или ENEL) (Национальный совет электроэнергетики), которому были переданы активы электроэнергетических предприятий.

В процессе судопроизводства об оплате счетов за электроэнергию между Фламинио Коста и ENEL, перед Giudice Conciliatore, в Милане, г-н Коста, как акционер Эдисон Вольта, компании, пострадавшей от национализации, а также как потребителю электроэнергии, суд запросил применять статью 177 Договора о ЕЭС, чтобы получить толкование по статьям 102, 93, 53 и 37 указанного Договора, которые, как он утверждал, были нарушены законом от 6 декабря 1962 года. Giudice Conciliatore, по приказу от 16 января 1964 года о присоединении к этой просьбе, принял решение запросить Суд Справедливости Европейского Союза рассмотреть вопрос применимости Договора о ЕЭС и статьи 177 к судебному решению в Италии.

Итальянское правительство заявляет, что просьба Giudice Conciliatore является «абсолютно недопустимой», поскольку национальный суд, который обязан применять национальное законодательство не может воспользоваться статьей 177.

¹¹³ Costa v Enel, European Court of Justice, 20 February 1964, Judgment, Issues of fact and of law.

В отличие от обычных международных договоров, Договор о ЕЭС создал свою собственную правовую систему, которая, с момента вступления в силу Договора, стала неотъемлемой частью правовых систем государств-членов и которые их суды обязаны применять.

Создавая сообщество на бессрочный период времени, имея свои собственные институты, свою правоспособность и способность быть представленным на международном уровне и, в частности, реальных полномочий, вытекающих из ограничения суверенитета или передачи полномочий от государств к Сообществу, государства-члены ограничили свои суверенные права, хотя и в определенной области, и тем самым создали свод законов, который связывает их самих и их граждан.

Интеграция в законодательство каждого государства-члена положений, которые вытекают из создания сообщества, и в целом условий и духа Договора, делают невозможным для государства, как следствие, предоставлять приоритет односторонним последующим мерам по правовой системе, принятой ими на основе взаимности. Такая мера не может быть совместима с правовой системой. Исполнительная сила законодательства Сообщества не может варьироваться от одного государства к другому в знак уважения к последующим внутренним законам, не ставя под угрозу достижение целей Договора, изложенных в статье 5 (2) и вызывает дискриминацию, запрещенную статьей 7.

Обязательства в рамках Договора о создании Сообщества не являются безусловными, но являются пропорциональными, если они могли бы подпадать под действие последующих законодательных актов подписавших его сторон. В каждом разе, когда Договор дает государствам право действовать в одностороннем порядке, оно представляет к этому ясные и четкие условия (например, статьи 15, 93 (3), 223, 224 и 225). Приложения государств-членов о предоставлении полномочий на отступление от договора подлежат специальной процедуре авторизации (например, статьи 8 (4), 17 (4), 25, 26, 73, третий абзац статьи 93 (2), и 226), которая потеряла свой смысл, если бы государства-члены могли отказаться от своих обязательств при помощи обычного закона.

Приоритет права Сообщества подтверждается статьей 189, согласно которому регулирование «является обязательным» и подлежит «прямому применению во всех государствах-членах». Это положение, которое не подлежит оговорке, было бы бессмысленной, если государство могло бы в одностороннем порядке аннулировать его последствия с помощью законодательных мер, которые могли бы также превалировать над законодательством Сообщества.

Из всех этих наблюдений вытекает то, что право от Договора, как независимого источника права, не может в силу своей специальной и оригинальной характеристики быть изменено национальным законодательством, так как это лишает его смысла как права-законодательства Сообщества, без чего существование самого Сообщества ставится под вопрос.

Передача государствами определенных прав и обязанностей от их внутренней правовой системы в правовую систему Сообщества, влечет за собой постоянное ограничение их суверенных прав, против которого последующий односторонний акт, несовместимый с понятием Сообщества, не будет иметь преобладающей силы. Поэтому статья 177 должна применяться независимо от любого положения внутреннего законодательства, когда вопросы, касающиеся толкования договора имеют место быть.

Вопросы, поставленные Giudice Conciliatore относительно Статей 102, 93, 53, и 37 направлены на определение того, создают ли положения указанных статей индивидуальные права, которые должны быть защищены национальными судами, и если да, то в чем их содержательный смысл и значение?

Международные торговые споры

См. Раздел II, главу 6, Правила Всемирной Торговой Организации

Споры по вопросам прав человека см. Раздел II, главу 2, Права человека

РАЗДЕЛ II

ГЛАВА 1 ПРИМЕНЕНИЕ СИЛЫ

Устав ООН и запрет применения силы

Устав ООН

Статья 2

Для достижения целей, указанных в статье 1, Организация и ее Члены действуют в соответствии со следующими Принципами: [...]

4. Все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций.

***Устав ООН и применение силы*¹¹⁴, Сэр Франклин Берман**

II. Цели права по применению силы

В первую очередь, право по применению силы все больше обращает на себя внимание из-за распространившихся попыток применения силы и его юридического оправдания. Такое замечание может показаться очевидным, но я специально сделал это для того, чтобы противопоставить свой взгляд другим точкам зрения, бытующим среди академиков и толкователей права, которые уверены, что суть международного права заключается в том, чтобы предотвратить применение силы любой ценой, создать непроницаемую защиту от применения силы. Такие же взгляды на эту проблему и у европейских коллег, и если это характеризует европейские взгляды или их стремление к таким суждениям, то нет ничего удивительного в том, какая напряжённость проникла в трансатлантических отношениях, как между юристами, так и политиками.

Я не разделяю такую точку зрения. Это никак не совместимо с нашим

¹¹⁴ Sir. Franklin Berman, *The Singapore Yearbook of International Law*, 2004. 10 SYBIL 9–17 (2006). [Перепечатано с разрешения автора и Сингапурского ежегодника по международному праву].

основным юридическим документом, Уставом Организации Объединенных Наций. Такой подход сделал бы абсурдным один из самых успешных защитных альянсов известных на сегодня, Североатлантический договор. Если бы такой взгляд был верен, то каждый раз, когда применяется сила, принято было бы считать, что правовая система дала сбой. Такой вывод неверен, возможно, обращение к вооружённым силам указывает на крах дипломатии, на разрушение политических барьеров против эскалации конфликтов, но право тут ни причём. И это так, по крайней мере, по одной причине, а состоит она в том, что функция права регулировать последствия незаконных действий. Это относится к международному праву так же, как и к другим отраслям права. Таким образом, я бы сформулировал основную цель международного права несколько иначе. Для меня международное право в области применения силы имеет четыре функции: определить (как можно точнее) очень ограниченное число ситуаций, в которых применение силы допустимо, регулировать и контролировать использование силы, даже когда она разрешена, определить случаи, когда использование силы было недопустимо и регулировать последствия обращения к силе, в допустимых и недопустимых случаях.

Как вы заметили, я отнюдь не сторонник правовой системы, где сила применяется часто или регулярно. Наоборот. Хотя в то же время, я не приверженец системы, которая ограничена проблемой определения (и как я уже говорил определения точного) допустимого применения силы.

Задача стоит не из легких, кипят страсти, замешаны политические интересы. Да и с технической стороны эта задача не из простых. На сегодняшний день, очевидно, что даже самый авторитетный суд, Международный суд ООН, своей работой подтверждает сказанное мной. Ещё свежо в памяти неожиданное решение Международного суда, который в своём консультативном решении о Стене на оккупированной Палестинской территории решил, так как Израиль не утверждал, что нападения на него не были совершены иностранным государством, и нападение имели место внутри оккупированной территории, статья 51 устава ООН «неуместна» в данном деле.¹¹⁵

Данное решение, на первый взгляд, ограничивает юридическое признание права на самозащиту к определённым видам угроз безопасности и это выглядит не менее странно, чем тогда. В своём последнем деле, по определённым аспектам особенно трагичного конфликта в Конго¹¹⁶,

¹¹⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion of 9 July 2004), [2004] I.C.J. Rep. 136 at para. 103.

¹¹⁶ Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Demo-

хорошо видно, что Международный суд исправляет плохие стороны своего более раннего решения в деле Никарагуа¹¹⁷. В данный момент, не должно быть сомнений, ни по причине юридических принципов, ни по причине эффективности, что право на самозащиту включает в себя право на ответную реакцию во всех случаях незаконной угрозы или применения силы, без абстрактных различий между источниками или угрозами (нападения)¹¹⁸. И конечно, нужно учитывать, какая форма ответного действия была бы оправдана в конкретном случае и при конкретных обстоятельствах.

Возможно, поэтому представляется хороший момент для того, чтобы остановиться и переосмыслить, что мы хотим от правового регулирования в области применения силы, как части международной системы, предназначенной для современных проблем в современных условиях. Такой подход выбран Советом по угрозам, проблемам и переменам Генсека ООН¹¹⁹, а также самим Генсеком в его докладе «В большей свободе»¹²⁰. То, что он декларирует, заслуживает большого уважения, и я затрону это позже.

III. Общие и национальные интересы

На мой взгляд, правильным способом взглянуть на эту проблему является противопоставление различий фундаментального характера: различия между применением силы в пользу защиты сугубо национальных интересов и применения силы в пользу общих интересов. Идея эта не новая. Она отражена в самом уставе ООН в его преамбуле, там сказано, что одной из основополагающих причин создания ООН является поддержание уверенности, принятием принципов и методов, что вооруженная сила не будет использоваться ради общих интересов. А далее в статье 51 указывается, что «ничто в Уставе не может препятствовать неотъемлемому праву на индивидуальную или коллективную самозащиту».

cratic Republic of the Congo. Rwanda) (2002-2005), online: <<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm>>.

¹¹⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. US), Merits, 1986 I.C.J. Rep. 14. (другие ссылки опущены).

¹¹⁸ See, in general, Chatham House, Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence, ILP WP 05/01 (2005), online: Chatham House <<http://www.chathamhouse.org.uk/pdf/research/il/ILPForce.doc>>.

¹¹⁹ Report of the UN Secretary-General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, UN Doc. No. A/59/565 (2 December 2004), online: <http://www.un.org/secureworld/>.

¹²⁰ Report of the Secretary-General, In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, UN Doc. No. A/59/2005 (21 March 2005), online: <http://www.un.org/largerfreedom>.

Однако, важна ни сколько новизна этого взгляда, а то, что он предлагает прочную систему для анализа вопроса, вставшего перед нами, систему, состоящую из набора принципов и методов, которые должны быть использованы, для обеспечения того, что сила используется для легитимной самозащиты, или в общих интересах, но не для иных целей.

Почему я заострил внимание на этом основном положении? Потому что разница между использованием силы в собственных интересах и в общих интересах является фундаментальной. С концептуальной точки зрения эта разница: определяет условия целей, для которых сила может применяться законно, а также она контролирует, какая сила может быть применена.

IV. Самооборона / самозащита

В настоящее время, право на самооборону хорошо изучено. Оно контролируется такими неразрывными параметрами, как необходимость и пропорциональность, которые имеют способность регулировать обстоятельства, при которых сила может быть использована законно¹²¹. Кроме того, стоит признать, что принципы необходимости и пропорциональности измеряют вопросы законности примененной самообороны. Самооборона является последним доступным ответом для государства, подвергшегося нападению, и возникает, по сути, из правового характера государства как основной единицы международного права. Итак, самооборона никогда не была юридическим оправданием наказания, ответного удара или средством устрашения, её сдерживающий эффект касается скорее политической сферы, в комбинации с практической и риторической готовностью стоять за права в соответствии с законом¹²².

И по той же причине, по которой право самообороны разрешено законом, принципы необходимости и достаточности ставят крест на незаконной угрозе. Некоторые впадают в недоумение от того парадокса, что самооборона сопровождающаяся фактическим использованием силы может оправдывать использование большей силы чем первоначальное нападение. Однако здесь нет никакого парадокса, если учитывать цели права на самооборону. Подсчёт, конечно, идёт с обеих сторон: самооборона, в некоторых случаях бывает менее жёсткой, чем первоначальное нападение.

¹²¹ Deriving from the Webster/Ashburton correspondence over the Caroline Incident in 1841 [другие ссылки опущены].

¹²² The long-established posture of NATO; see the Nuclear Weapons Advisory Opinion, *infra* note 9 at para. 48, for the International Court's recognition that "deterrence" is not of itself unlawful.

Ничто из сказанного мною выше не должно вызывать у вас удивления. Юристам присуща склонность, использовать статью 2 (4) Устава ООН, как каменную плиту, которая запрещает «угрозу» применения силы, точно так же как применение силы. И согласно мудрому пояснению Международного суда в своём Консультативном заключении о законности угрозы или применении ядерного оружия, если фактическое применение силы незаконно, то угроза применения также незаконна¹²³. Я бы добавил к этому ещё и «и наоборот», я думаю, что право на самооборону разрешает ответную реакцию на незаконную угрозу до тех пор, пока такая реакция отвечает требованиям о необходимости и пропорциональности. Если Международный суд говорит иначе в своём решении по Никарагуа против США, то это неверно.

V. Использование силы в общих интересах

Теперь же, хочу обратиться ко второй части: использование силы в общих интересах. Я склонен использовать именно эти термины вместо «гуманитарной интервенции», «войны против терроризма» или «оружия массового поражения» для того, чтобы обозначить общую угрозу среди этих трёх случаев, то есть то, что достигается обращением к силе, подтверждается общими международными интересами.

Другими словами, под «угрозой» понимается не угроза каким-то определённым интересам данного государства или группе государств, и угроза существованию международного сообщества в целом. Заметьте, что определяющим условием является опять же «угроза».

Однако, важно отметить то, что все эти угрозы ставят под удар общие интересы, а не личные интересы какого-либо государства. Как выделяет Генсек: «Что касается геноцида, этнического уничтожения и других подобных преступлений против человечества, не являются ли они угрозой международному миру и безопасности, для защиты от которых человечество должно обращаться в Совет безопасности?». Мой ответ - да, конечно, это исключение, поскольку Совет безопасности использует слова «угроза международному миру и безопасности», где я бы использовал «общие интересы». Причина, почему Совбез так делает вполне понятна, он делает заявления в текстовых рамках устава, и положений, регулирующих Совет безопасности.

Законность угрозы или применения ядерного оружия,

¹²³ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion of 8 July 1996), [1996] I.C.J. Rep. 226

Консультативное заключение, 1996 ¹²⁴

37. Сейчас, суд интересуется вопрос о законности либо не законности обращения к ядерному оружию в свете и в рамках норм устава ООН, касающихся угрозы или применения силы.

38. Устав содержит несколько положений, относящихся к угрозам или применению силы. В части 4 статьи 2 угроза или применение силы против территориальной целостности, политической независимости или другие действия, не соответствующие целям ООН, запрещены. В данной норме сказано: «Все участники, в своих международных отношениях должны воздержаться от угроз или применения силы против территориальной целостности или политической независимости, либо совершать какие-либо действия, противоречащие целям ООН».

Этот запрет на использование силы должен рассматриваться в купе с другой применимой нормой устава. В статье 51, устав признаёт неотъемлемое право на личную или коллективную самозащиту в случае появления вооружённого нападения. Дальнейшее законное применение силы предусмотрено в статье 42, по которой Совет безопасности ООН может принимать меры военного характера в соответствии с главой 7 устава.

39. В этих положениях не оговорены специальные виды вооружения. Они применяются к любому использованию силы, независимо от оружия. Устав не разрешает и не запрещает использование каких-либо особенных видов оружия, включая ядерное оружие. Оружие, которое уже запрещено договором либо обычаем, не становится законным из-за его использования в легитимных целях, соответствующих уставу.

46. Некоторые Государства заявили, что использование ядерного оружия во время репрессалий было бы законно. В данном контексте, суд не будет рассматривать вопросы вооружённых репрессалий в мирное время, которые являются незаконными. Также суду не обязательно доказывать, что во время враждебных репрессалий, в любом случае обращения к таким репрессалиям, так же как и в случаях самозащиты, принцип пропорциональности должен соблюдаться неукоснительно.

47. Для того, чтобы снизить или устранить риск незаконной атаки, иногда государства сигнализируют о том, что имеют определённое оружие, которое может быть использовано в целях самозащиты против другого

¹²⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

государства, нарушающего их территориальную целостность или политическую независимость. Является ли оглашённое намерение использовать силу при стечении определённых обстоятельств «угрозой» по пункту 4 статьи 2 устава, зависит от некоторых факторов. Если оговорённое применение силы само по себе незаконно, заявленная готовность применить силу будет трактоваться как угроза, запрещённая пунктом 4 статьи 2. Таким образом, угроза применить силу для защиты территории от другого государства, или заставить его следовать или не следовать определённому политическому или экономическому курсу является незаконной. Понятия «угрозы» и «применения» силы по пункту 4 статьи 2 Устава, неразрывны, что значит применение и угроза силой незаконны. Следовательно, если бы применение силы было разрешено уставом, то и заявленная готовность применить силу, также была бы законна. Независимо от того, ведёт ли страна политику устрашения или нет, суд даёт заключение о том, что угроза применения силы законна в тех случаях, когда само применение силы соответствует закону.

48. Некоторые государства утверждают, что наличие ядерного оружия само по себе является незаконной угрозой. Конечно, наличие ядерного оружия может означать готовность использовать его. Для эффективности, политика запугивания, с помощью которой страны, обладающие ядерным оружием хотят подавить военную агрессию, демонстрируя то, что оружие не служит никаким целям. Противоречит ли эта «угроза» пункту 4 статьи 2 устава, зависит от того, будет ли конкретное применение силы направлено против территориальной целостности или политической независимости государства или против целей ООН, в случае если оружие задействовано как средство защиты, оно обязательно нарушит принципы пропорциональности и необходимости. При любых этих обстоятельствах применение силы и угроза применения будут незаконны в соответствии с уставом.

Законность применения силы - самооборона

Устав ООН

Статья 51

Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности. Меры, принятые Членами Организации при осуществлении этого права на самооборону, должны быть немедленно сообщены Совету Безопасности и никоим образом не должны затрагивать полномочий и ответственности Совета Безопасности, в соответствии с настоящим Уставом, в отношении предпринятия в любое время таких действий, какие он сочтет необходимыми для поддержания или восстановления международного мира и безопасности.

Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки), 1986¹²⁵

190. Дальнейшее подтверждение действительности принципа запрещения применения силы, выраженного в параграфе 4 статьи 2 Устава Объединенных Наций, в качестве международного обычного права может быть найдено в том факте, что он зачастую упоминается в заявлениях представителей Государств не только как принцип международного обычного права, но так же как и фундаментальный или важнейший принцип. Комиссия Международного права, в ходе своей работы по кодификации международного договорного права, выразила мнение, что “норма Устава относительно запрета на применение силы, сама по себе, является ярким примером нормы международного права, имеющей характер императивной нормы” (параграф (1) комментарий Комиссии к статье 50 ее проекта статьи о Международном договорном праве, Ежегодник ИЛС, 1966-II, стр. 247). Никарагуа в своем Меморандуме по существу дела, представленном в данном деле утверждает, что принцип запрета

¹²⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14

на применение силы, закрепленный в параграфе 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций “стал признанным как императивная норма”. Соединенные Штаты Америки в своем Контр-меморандуме по вопросам юрисдикции и допустимости считают необходимым процитировать мнения ученых, согласно которым этот принцип является “универсальной нормой”, “универсальным международным правом” “универсально признанным принципом международного права”, и “императивной нормой”.

195. В случае с правом на индивидуальную самозащиту, возможность применения этого права принадлежит заинтересованному государству, ставшему жертвой вооруженного нападения. И использование права коллективной самозащиты, конечно же, не исключает этого. Установлено, что по характеру совершённых действий, последние могут рассматриваться как вооружённое нападение. В частности, стоит согласиться с тем, что понятие вооружённое нападение включает в себя не только действия регулярной армии через международную границу, а также отправку непосредственно или в интересах государства, вооружённых группировок, нерегулярной армии или наёмных войск, которые совершают серьёзные по степени тяжести, действия против другого государства, способствующие (inter alia) фактическому вооружённому нападению со стороны регулярных войск или «их ощутимая причастность в этом». Это описание, содержащееся в статье 3, параграфа (g) определения агрессии, прикреплённое к резолюции 3314(XXIX) Генеральной Ассамблеи, можно полагать, отражает международное обычное право. Суд не видит оснований отрицать, что в международном обычном праве, запрет на вооружённые нападения распространяется также на отправку государством вооруженных группировок на территорию другого государства, если такая операция по своему масштабу и последствиям могла бы приравняться к вооружённому нападению, а не к простому пограничному инциденту, произошедшему с участием регулярной армии. Тем не менее, суд не может принять, что в понятие «вооружённое нападение» входят не только масштабные действия вооружённых групп, но и содействие повстанцам в форме обеспечения их оружием, оказания им логистической помощи или другой поддержки. Такое содействие может расцениваться как угроза или использование силы либо содействие вмешательству во внутренние или внешние дела другого государства. Также очевидно, что именно то государство, пострадавшее от вооруженного нападения должно оформить объявление о том, что оно было атаковано. В обычном праве нет норм, позволяющих другому государству воспользоваться правом коллективной самозащиты на основе собственной оценки ситуации. В случае применения права на

коллективную самозащиту, предполагается, что государство в чью пользу данное право применено, объявило себя пострадавшим.

196. Вопрос законности использования третьим государством права на коллективную самозащиту в пользу атакованного государства также зависит от просьбы, адресованной пострадавшим государством третьему государству. Положение Устава Организации Американских стран поддерживает эту позицию, но поскольку Суд не имеет юрисдикции рассматривать данный инструмент, как применимый в данном деле, то суд намерен выяснить, какое влияние Устав оказывает на содержание международного обычного права.

199. В любом случае, суд находит, что в международном обычном праве вообще или относящемся к межамериканской правовой системе, нет такой нормы, которая позволяла бы использование права на коллективную самозащиту в отсутствие просьбы государства, относящего себя к пострадавшей стороне. Суд постановил, что требование о просьбе от пострадавшего государства дополняет то требование, по которому государство должно объявить себя атакованным.

201. В оправдание своих действий, включающих использование силы, Соединенные Штаты сослались только на право коллективной самозащиты. Однако, суд, учитывая, что США не участвовали в стадии рассмотрения дела по существу, считает необходимым выяснить, содержит ли международное обычное право, применяемое в данном деле, нормы, которые бы исключали незаконность таких действий. ***Суд обязан выяснить могут ли сомнительные действия быть оправданы, но не правом на коллективную самозащиту против вооружённого нападения, а контрмерой в ответ на действия Никарагуа, при том, что контрмера не образует вооружённого нападения. Суд исследует этот вопрос, в купе с анализом принципа не вторжения существующим в международном обычном праве.

229. Суд должен выяснить, оправданы ли сомнительные действия США использованием своего права на коллективную самозащиту в ответ на вооружённое нападение. Поэтому суд обязан определить имели ли место обстоятельства, необходимые для применения этого права на самозащиту, если да, то соответствуют ли меры, предпринятые США, требованиям международного права? Чтобы суд мог заключить, что право на коллективную самозащиту было использовано законно, прежде всего, нужно выяснить участвовало ли Никарагуа в вооружённом нападении против Сальвадора, Гондураса или Коста-Рики.

230. Что касается Сальвадора, то Суд установил (параграф 160), что с 1979 и в начале 1981 годов вооружённые силы периодически проходили через территорию Никарагуа и присоединялись к вооружённому сопротивлению этого государства. Однако суд не согласился с тем, что поддержка была оказана Сальвадорскому вооружённому сопротивлению, в любой степени, с начала 1981 года, а также с тем, что правительство Никарагуа несёт ответственность за отправку вооружённых сил в тот период. Даже допуская, что снабжение оружием оппозиции Сальвадора может приписываться правительству Никарагуа, чтобы ссылка на право коллективной самозащиты в международном обычном праве была оправдана, снабжение должно было быть приравнено к вооружённому нападению Никарагуа на Сальвадор. Как сказано выше, Суд не вправе рассматривать, что в международном обычном праве, обеспечение оппозиции оружием чужой страны составляет вооружённое нападение на эту страну. Даже когда снабжение оружием достигло своего пика, и опять же допуская в этом участие правительства Никарагуа, это не составляет вооружённое нападение.

231. Суд также пояснил в отношении Гондураса и Коста-Рики, что должен быть установлен факт (параграф 196) вторжения через границу этих двух государств в 1982, 1983 и 1984 годах со стороны правительства Никарагуа. Суду недостаточно информации об обстоятельствах вторжения или о возможных мотивах этих вторжений, поэтому сложно определить могут ли эти действия образовывать вооружённое нападение. Суд отмечает, что в течение обсуждений Совета безопасности в Марте и Апреле 1984 года, представитель Коста-Рики не обвинял Никарагуа в вооружённом нападении, подчёркивая нейтралитет своей страны и поддерживая Контадорский процесс. Однако, представитель Гондураса заявил «Моя страна подверглась агрессии со стороны Никарагуа, о чём свидетельствуют произошедшие инциденты, направленные против территориальной целостности и гражданского населения. Тем не менее у суда есть соображения в пользу того, что ни эти вторжения, ни поддержка вооружённых групп оппозиции не давали повода на использование права коллективной самозащиты.

232. Использование права коллективной самозащиты предполагает состоявшееся вооружённое нападение. И, разумеется, именно государство подвергшееся атаке, заинтересовано в том, чтобы объявить о своём положении. Также ясно, что страна явившаяся жертвой, для того чтобы призвать на помощь другую страну и воспользоваться правом коллективной самозащиты, должна попросить о помощи. Таким образом, в данном деле, суд, рассматривая заявленное Соединенными Штатами Америки прошение о законности права на коллективную самозащиту, учитывая действия Гондураса, Коста-Рики и Сальвадора, постановил, что страны

ставшие жертвой действий Никарагуа верили в то, что стали жертвами нападения и попросили о помощи США в использовании права на коллективную самозащиту.

233. Суд не нашёл никаких доказательств в пользу того, что поведение этих стран отвечало данной ситуации, ни когда США впервые начали деятельность, впоследствии оправданную применением права на самозащиту, ни после этого. Учитывая заинтересованность Сальвадора, Суд установил, что, несмотря на то, что Сальвадор официально объявил себя жертвой вооружённого нападения и запросил от США использования права на коллективную самозащиту, это произошло намного позже того, как США развернули свою деятельность, которая была оправдана этим запросом. Суд также отмечает, что 3 апреля 1984 года, представитель Сальвадора выступавший перед Советом безопасности ООН, жалуясь на «открытое вмешательство со стороны Никарагуа в наши внутренние дела», но тем не менее воздержавшийся от заявления, что Сальвадор стал жертвой вооруженного нападения и не упомянувший просьбу к США об использовании права на коллективную самозащиту. Более того, ничего не было упомянуто, когда Сальвадор адресовал письмо в суд в Апреле 1984, в связи с жалобой Никарагуа на США. Такое заявление появилось только в Декларации по вторжению, написанной 15 августа 1984 года, в которой Сальвадор обратился с просьбой, в разное время, применить США право коллективной самозащиты, объявляя себя по этому поводу жертвой агрессии Никарагуа «по крайней мере с 1980 года». В этой Декларации правительство Сальвадора подтвердило, что первоначально оно «не собиралось выдвигать обвинения против Никарагуа», поскольку рассчитывало на «решение на основе понимания и взаимного уважения».

234. Что касается Гондураса и Коста-Рики, они тоже предоставили суду информацию, но нигде нет упоминания о вооруженном нападении или коллективной безопасности. Как уже отмечалось (параграф 231), Гондурас на заседании Совета Безопасности в 1984 году высказался о том, что Никарагуа проявило агрессию в отношении него, но не было ничего относительно запроса к США о применении права на коллективную самозащиту. Наоборот, представитель подчеркнул, что это «исключительно проблема Центральной Америки и она должна быть решена региональными механизмами», то есть через Контадорский процесс. Представитель Коста-Рики также ничего не сказал о коллективной безопасности, как и представитель США, который ничего не упомянул об ответе на запрос о помощи.

235. Также есть аспект относительно поведения США, который суд не может не принять во внимание, как важный в вопросе взглядов государства

на существование вооруженного нападения. Вплоть до сегодняшнего дня, правительством США не было предоставлено отчёта об использовании права на индивидуальную или коллективную самозащиту, в то время как такой отчёт предусмотрен статьей 51 Устава ООН. Суд, чье решение должно основываться на международном обычном праве, уже выявил, что опираясь на это право, обязательство по отчёту, закреплённое в статье 51 Устава ООН не существенно. Поэтому суд не рассматривает отсутствие отчёта, как нарушение обязательства, значимого в международном обычном праве, в рамках данного спора. Тем не менее, суд обращает внимание, что поведение США не согласуется с их показаниями насчёт того, что они действовали строго в рамках коллективной безопасности, как то описано в статье 51 Устава ООН. Этот факт, действительно достоин внимания, так как в заседании Совета Безопасности США сами признались в том, что невыполнение требования об отчёте, противоречит заявлению государства действовать на основе норм о коллективной самозащите.

236. Так же, если по поводу момента, когда Сальвадор объявил себя жертвой вооруженного нападения и даты, когда был отправлен официальный запрос к США об использовании права на коллективную самозащиту, не возникает серьёзных юридических сомнений, тем временем эти обстоятельства могут выступить как свидетельство о взглядах Сальвадора на ситуацию. Декларация и запрос Сальвадора о вооружённом нападении 1981 года, впервые объявленные в августе 1984 не могут рассматриваться как юридическая основа для действий США, начавшихся во второй половине того года.

238. Таким образом, Суд постановляет, что процесс коллективной самозащиты против вооруженного нападения на Гондурас, Коста-Рику и Сальвадор, организованный США, чтобы оправдать свои действия против Никарагуа, не может быть одобрен и, соответственно, США нарушили принцип, запрещающий угрозу применения и применение силы действиями, описанными в параграфе 227, а также нарушение, вызванное поддержкой оппозиционных группировок в такой степени, что эта поддержка «образовывает угрозу или применение силы» (параграф 228).

**Законность угрозы или применения ядерного оружия,
Консультативное заключение, 1996** ¹²⁶

40. Право на обращение к самообороне согласно статье 51 обуславливается некоторыми требованиями. Другие же обозначены в статье 51.

41. Предоставление права на самозащиту сопровождается условиями о необходимости и пропорциональности - это норма международного обычного права. Как устанавливает суд в своём решении относительно военных действий США против Никарагуа: «специальным условием гарантирующим законность самозащиты, является пропорциональность вооруженной атаки и необходимость в ответном ударе, данное правило установлено в международном обычном праве» (Отчёты Международного суда ООН 1986, стр. 94, параграф 176). Это двойное требование также применяется к статье 51 устава, независимо от того, какие средства были использованы.

42. Таким образом, принцип пропорциональности сам по себе может и не исключать использование ядерного оружия в случаях самозащиты. Однако, в то же время, применение силы пропорциональное в соответствии с нормами о самозащите, для того чтобы считаться законным, должно отвечать требованиям закона о вооружённых конфликтах, то есть принципам и нормам международного гуманитарного права.

43. Некоторые страны, в своих письменных и устных выступлениях, указывают, что в случае с ядерным оружием, условие о пропорциональности должно рассматриваться при определённых факторах. Существуют споры о том, что сама сущность ядерного оружия, и высокая вероятность выброса ядерных выделений свидетельствуют о высоком риске опустошения всего вокруг. Такой сильный риск отвергает возможность соответствия условию о пропорциональности. Суд не считает нужным высчитывать такие риски, как и то, что опрашиваемый должен выяснить, является ли тактическое ядерное оружие достаточно контролируемым, чтобы можно было снизить данные риски.

44. Помимо требований к пропорциональности и необходимости, статья 51 устава ООН предписывает, что в случае использования права на самозащиту, страна, воспользовавшаяся этим правом, обязана отчитаться перед Советом безопасности о своих действиях, причем эти действия никак не

¹²⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

должны влиять на ответственность Совбеза. Требования статьи 51 применяются вне зависимости от мер, предпринятых в рамках права на самозащиту.

96. Далее, суд не может не принять во внимание фундаментальное право каждого государства на выживание, и, таким образом, право на самозащиту, которая в соответствии со статьей 51 Устава ООН применяется, когда выживание ставится под угрозу.

Также суд не обошёл своим вниманием так называемую «политику запугивания», которой долгие годы придерживались некоторые страны. Суд отмечает, оговорки, сделанные некоторыми государствами-обладателями ядерным оружием, которые были прикреплены к Протоколам договоров Тлателоко и Раротонга, а также к Декларации о нераспространения ядерного оружия о том, что такое оружие не будет использовано.

97. Таким образом, учитывая состояние международного права в целом, суд приходит к выводу о том, что нельзя дать чёткого заключения о законности или незаконности использования ядерного оружия государством, находящимся при обстоятельствах, вынуждающих прибегнуть к самозащите, когда вопрос стоит о выживании.

Миротворческие операции ООН и применение силы, Раз Ведгум¹²⁷

Миротворчество появилось, если вам так угодно, в пустотах Устава ООН. Известная шутка гласит, что миротворчество узаконено статьей 6^{1/2} Устава ООН - между нормами о процедурах Совета по улаживанию разногласий и нормами о процедурах по развёртыванию силы (когда мои студенты приходят ко мне и говорят, что не могут найти эту статью, я им отвечаю, что она напечатана мелким шрифтом). Предполагалось, что миротворчество имеет ограниченные функции. Оно задумывалось как промежуточный буфер, вооружённая наблюдательная сила, созданная для того, чтобы препятствовать вражеским силам нарушать мировое соглашение или соглашение о прекращении огня. Однако, в миротворчестве задействовано минимальное количество войск, почти столько же, сколько надо для того, чтобы следить за границей, людьми носящими специальную форму. Миротворцы могли удерживать раздельно стороны, договорившиеся о перемирии, препятствовать осуществлению мелких провокаций во время ночных набегов и стычек на границе. Присутствие нейтральных наблюдателей на границе делало разделение намного

¹²⁷ Ruth Wedgwood. United Nations Peacekeeping Operations and the Use of Force, 5 Washington University Journal of Law & Policy 69 (2001).

лучше. Это дало сторонам возможность не «заниматься» друг другом каждую ночь.

Классический взгляд на миротворчество заключён в позиции таких бывших представителей ООН, как Сэр Марак Гулдинг и Сэр Брайан Уркухарт, и причина почему некоторые люди горячо верят, что организация не должна входить в Боснию, в том, что, по крайней мере, 3 условия о вхождении миротворческих войск должны быть выполнены. Первое, согласие сторон на присутствие миротворцев, от начала и в ходе всей миссии. Второе условие заключается в минимальном применении силы, причём только в случае самообороны. И третье условие, ввод миротворческих сил не должен стать попыткой изменить исход конфликта.

[...]

Может по философской причине либо из-за политического легкомыслия, ООН и её участники часто доказывали нежелание использовать силу при обстоятельствах, когда здоровое развертывание сил могло быть эффективным. Это часто приписывалось нежеланию стран-участников рисковать своей силой. Отказ от развертывания сил также может сигнализировать о скрытой симпатии к одной из сторон конфликта. Однако, это в то же время вызвано ненасильственным духом внутри ООН, давнишним сомнением о необходимости применения защитной силы в международном сообществе. Возможно, вера в то, что тонкая природа международной организации не может устоять перед морально спорными выборами, сделанными странами в защиту собственного существования¹²⁸. Таким образом, силы ООН вторглись на земли Боснии с очень ограниченными полномочиями: доставлять продукты и оказывать гуманитарную помощь.

[...]

Настоящим уроком миротворчества послужило то, что идея разделить часть 6 и 7 Устава невозможна. Миротворчество не может быть отделено от обеспечения мира с помощью войск. Большое количество ситуаций быстро становятся неблагоприятными, и вряд ли можно всегда предсказать стечения обстоятельств, которые произойдут в будущем. Скорее всего, понадобится доктрина «Пауэла-Вайнбергера», предназначенная для ООН - желание вторгнуться с большой силой, с уверенностью о том, что способ-

¹²⁸ Когда военная сила не может быть применена в разумном виде, это иногда вынуждает международное сообщество применять другие виды принуждения, такие как экономические санкции. Это может отразиться на населении гораздо сильнее, как видно из опыта Гаити и Ирака.

ность ответить - это лучшая гарантия сотрудничества. Это иллюзия, что международная природа ООН достаточна для сдерживания комбатантов в гражданских конфликтах и иллюзия эта часто оборачивается в трагедию.

Применение силы в целях коллективной безопасности и миротворчество в конце двадцатого века, Нурилла Ямали¹²⁹

Первая миротворческая операция была инициирована бывшим генеральным секретарём ООН, Дагом Хаммарскёльдом, который описал их, как «Статья 6 с половиной»¹³⁰. Конечно же, миротворческие операции не могут быть определены как мирное разрешение или применение силы.

Учёный Кокс заявляет, что «структурной основой миротворческих операций ООН являются «широкие полномочия» статьи 1 Устава ООН»¹³¹. Буквально, в Уставе ООН, первостепенная цель заключается в «поддержании международного мира и безопасности, и в конце концов, принятие эффективных коллективных мер по предупреждению и устранению угроз для мира».

Согласно этим положениям, ООН уполномочена принимать действенные меры в каждодневных условиях для поддержания международного мира и безопасности. В своём консультативном заключении Международный суд ООН «О некоторых издержках» принял ту же точку зрения, относящуюся к вопросам их конституционности.

[...]

Кроме этого, миротворческие операции основаны на трёх фундаментальных принципах, которые указывают на их конституционность. Первый принцип гласит о решении вопроса о юридической базе для расположения и присутствия миротворческих сил внутри государства. Расположение и продолжительное присутствие миротворческой миссии требует согласия государства, иначе это будет нарушением статьи 2 (7) Устава ООН, который исключает вмешательство ООН в дела подвластные национальному законодательству страны [другие ссылки опущены].

¹²⁹ E-journal of Ministry of Justice, Turkey. <http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/LW7042.pdf> (перепечатано с разрешения автора).

¹³⁰ Amy E. Eckert, Comment, "United Nations Peacekeeping in Collapsed States", 5 J. Int'l L. & Prac. 273, 282- 84 (1996).

¹³¹ Katherine E. Cox, "Beyond Self-Defense: United Nations Peacekeeping Operations and the Use of Force", (1999) 27 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 239.

Миротворческая миссия ООН должна быть «строго беспристрастна»¹³².

Последним основополагающим принципом миротворческих операций является применение силы только в целях самозащиты. Сила, используемая в миротворческих операциях, имеет два аспекта, первый опирается на минимальное использование силы, а второй на использование силы в целях самообороны¹³³. Довольно чёткое определение «применения силы кроме случаев самозащиты» было сделано в деле Чрезвычайных вооружённых сил ООН: «Люди участвующие в операции никогда не должны использовать инициативу применения силы, но уполномочены отвечать силой на вооружённые атаки, включая попытки использовать силу для того чтобы, вывести их с позиций, которые они занимают в соответствии с приказами Командира, действующего от имени Ассамблеи и в рамках её резолюций»¹³⁴. В этом определении ключевым пунктом является не использование инициативы в использовании вооружённой силы. Слоан описывает это ограничение, как различие между миротворчеством и обеспечением мира с помощью войск, разъединяющих враждующие стороны¹³⁵.

Предварительная самозащита

Дело Каролины: Предварительная самозащита в Современном международном праве, Луис Филипп Руллард¹³⁶

Прецедент Каролины назван в честь судна носившего имя, использовавшегося в революционных целях, во время мятежа в верхней Канаде, провинции Британского доминиона, который в наше время называется провинцией Онтарио. Этот мятеж 1837 года возник из-за политической системы, основанной на назначениях на посты по знакомству и заполнил,

¹³² Вайзман Х. Миротворчество в международном смысле // ООН и Миротворчество: результаты, ограничения и перспективы. Международная академия мира, - Нью-Йорк: 1990: Ст.32.

¹³³ Murphy, R., "United Nations Peacekeeping in Lebanon and Somalia, and the Use of Force" (2003) 8 J.Conflict&Security L. 71.

¹³⁴ It is quoted in Sloan, J., "The Use of Offensive Force in U.N. Peacekeeping: A Cycle of Boom and Bust?" (2007) Hastings Int'l&Comp. L. Rev. 385.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Miskolc Journal of International Law. <http://www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint/mjil.htm>. Перепечатано с разрешения автора. [Цитаты опущены].

как верхнюю, так и нижнюю Канаду. Мятеж вспыхнул из-за безразличия Британских властей на жалобы Канадского населения, а также из-за противоборствующего отношения британской короны. В то время, как жители Квебека поднимали демократические и националистические вопросы, мятеж был направлен на не представительную систему и на преимущественный патронаж. Бунт в нижней Канаде был окончен к концу лета, а мятеж в Верхней Канаде сеял смуту до декабря 1837 года. Тогда оставшиеся мятежники отправились в США, где они искали поддержки в Баффало (Нью-Йорк) с целью продолжить мятеж. Американским властям стало известно об угрозе международному миру между Великобританией и Соединёнными Штатами. Местным прокурорам Вермонта, Мичигана и Нью-Йорка были выданы инструкции, в которых выражалось намерение президента уважать международные обязательства США и воздержаться от вмешательства во внутренние дела другой страны.

13 декабря 1837 года повстанец Маккензи выпустил манифест в поддержку мятежа, в котором он призывал завербованных американцев помочь в завоевании верхней Канады. Штаб был расположен на острове Нави, маленьком островке, принадлежащем Британской короне. Этот остров находился между берегами Канады и Соединённых Штатов. Волнения привлекли внимание Британской стороны, и губернатор верхней Канады отправил сообщение губернатору штата Нью-Йорк для того, чтобы уведомить его о текущей ситуации. Ответа не последовало. В период с 13 по 28 декабря 1837 года более 300 мужчин, под предводительством назначенного американского «генерала» Ван Фрауселара, были вооружены и отправлены в штаб канадских мятежников на остров Нави. К 29 декабря 1837 года силы мятежников насчитывали до 1000 вооружённых мужчин. Данные усиления были сделаны за счёт постоянных переходов с американских берегов к берегам острова Нави, между тремя часами дня и до наступления сумерек.

Заметив, для каких целей, используется корабль, полковник Аллан Напир МакНаб, офицер, командовавший Британскими силами в Чипеве, заключил, что разрушение «Каролины» предотвратит дальнейшее подкрепление высылаемыми на Нави, и лишит мятежников средства к завоеванию. Он снарядил экспедицию, направленную на достижение этой цели. Согласно показаниям капитана «Каролины», судно было пришвартовано в форте Шлоссер, на ночь с десятью офицерами на борту и двадцатью тремя американцами, которые попросились на судно, чтобы переночевать, так как в ближайшей таверне им не хватило места. Около полуночи, группа на 70-80 лодках взяла на abordаж «Каролину» и начала нападение с использованием мушкетов, мечей и сабель. Судно было окружено со

всех сторон, единственное, что оставалось сделать экипажу - бежать. Будучи захваченным, корабль перешел во владение Британских сил. Судно подожгли и пустили вдоль по течению к Ниагарскому водопаду, где оно затонуло. Двенадцать человек оказались убиты и безвестно пропали.

Как показало расследование, это были силы, состоящие из 45 мужчин на пяти лодках, под командованием капитана Эндрю Дрю (Королевская морская пехота), действовавшего по приказу полковника МакНаба подожгли судно и оставили его плыть по течению.

В противовес первоначальным данным, той ночью, погибло не 12 человек, а двое. Это были Амос Дюрфи, убитый в порту выстрелом в голову, и юнга, известный, как «Маленький Билли», застреленный при попытке к бегству с судна «Каролина». Два человека были взяты в плен: девятнадцатилетний гражданин Америки и канадский беженец. Оба были отпущены: американцу были выданы деньги на дорогу в США, а канадец был выпущен после заточения в сторожке в Чипеве.

Пятого января 1838 года, президент Ван Бюрен отправил письмо в конгресс, с прошением о выдаче полномочий на предотвращение ущерба, нанесенного соседним государством путём незаконных действий американских граждан или лиц, находившихся на территории США. Генерал Скотт был направлен на границу с письмом для губернаторов Нью-Йорка и Вермонта о призыве народного ополчения. Мятежники были рассредоточены, но некоторые по-прежнему боролись, находясь в секретных сообществах под названием «Охотничьи домики». Это привело к другому короткому мятежу в Канаде в 1838, который был подавлен быстро и довольно жёстко. Результатом этих канадских восстаний, явилось слияние обеих частей Канады в один Доминион. Это была попытка уменьшить вероятность нового мятежа со стороны французских канадцев. Кроме рассмотрения того повлияли ли факты инцидента на смерть двух человек или нет, эти обстоятельства поднимают важные вопросы о концепции превентивной защиты.

Юридический спор, касающийся самого дела, начался с ноты, отправленной 5 января 1838 года в адрес Британского министра в Вашингтоне Фокса американским секретарём штата Форсит. В своей ноте секретарь выражает сожаление о случившемся инциденте и предупреждает, что данный инцидент не может послужить основой для взыскания компенсации. Мистер Фокс, в своём ответе от 6 февраля 1838 года обозначил три повода для оправдания действий Британских сил, а именно: 1) грабительская сущность судна, 2) факт, согласно которому обычные законы Соединенных Штатов не были соблюдены вовремя, и были публично

нарушены мятежниками, 3) права на самозащиту и самосохранение. Этот довольно резкий ответ американскому правительству, показал не слишком серьёзное отношение Британских властей. Такое положение дел заставило быстро среагировать юристов короны, но британские власти не признали нарушений с их стороны. Американское правительство это не удовлетворило, и посол США в Лондоне Стивенсон поставил этот вопрос перед иностранным секретарём Британии лордом Палмерстоном, который пообещал разобраться. Дело было рассмотрено юристами короны. Но их заключение от 25 марта 1838 года и дополнение от 21 февраля того же года, гласило о том, что они сожалеют, но действия Великобритании были необходимы для будущего и никак не означали возмездие за прошлое. Таким образом, они полагают, что действия Британских сил, при тех обстоятельствах, могут быть оправданы международным правом. Обе стороны предоставляли аргументы и напоминания, однако это не привело к удовлетворительному разрешению спора.

В то время как отношения между двумя государствами оставались натянутыми, местное население Баффало склонялось к тому, чтобы отомстить, и конфликт становился возможным.

Также было установлено участие в деле британских граждан. По данному обвинению был задержан мужчина по имени Кристи, это случилось 23 августа 1838 года. Адвокат короны задержал дело, проконсультировав Британского Министра Фокса в своём послании от 6 ноября 1838 года, где он указывает, что действия Кристи были действиями чиновника, исполняющего указания вышестоящих людей. Поэтому мистер Кристи не может быть привлечён к ответственности за эти действия, несмотря на то, что он их совершил.

После этого, канадский помощник шерифа по имени Александр МакЛеод, стал кичиться тем, что он принимал участие в событиях по «Каролине» при переходе через Льюистон в ноябре 12 1840 года. За опрометчивые слова, Американские власти тут же задержали его и обвинили в убийстве Амоса Дюрфи и в поджоге судна.

13 декабря 1840, Фокс в своём письме Форситу напомнил принципы, по которым было решено дело Кристи. Форсит, ответил, что арест МакЛеода был осуществлён властями Штата Нью-Йорк и поэтому нарушение федеральным правительством юрисдикции штата не является подходящим.

Важно отметить, что президент Ван Бюрен был бывшим губернатором штата Нью-Йорк и соперничал за переизбрание во время переписки между Фоксом и Форситом. К 1841 году правительство поменялось и Фокс, почувствовав, более благоприятные условия для освобождения Ма-

МакЛеода попросил нового секретаря штата Даниэля Вебстера взглянуть на дело. Конечно же, администрация Вебстера придерживалась мнения, что конституция США чётко регулирует вопросы юрисдикции, Федеральное правительство занимается международными отношениями, в результате чего наиболее уместно использовать законы штата, чтобы добиться освобождения иностранного гражданина. Вебстер ответил 15 марта 1841, что американское правительство считает, что гражданин, действующий от лица правительства, не может самостоятельно отвечать за свои действия. Этот принцип применяется как к уголовным делам, так и к гражданским.

Тем не менее, последним препятствием на пути к освобождению МакЛеода являлся судебный процесс. Так как МакЛеод был обвинён и лишён свободы путём юридического процесса, он мог быть освобождён только тем же способом, это значило, что он должен был предстать перед судом без участия прокурора. Вебстер направил письмо Фоксу 24 апреля 1841 года, в котором объяснял, что в то время как законы Великобритании разрешают участие прокурора на любой стадии процесса, законы США разрешают такое участие только во время судебных заседаний.

Это вызвало большое недовольство у Фокса, так как он указывал не на то, что МакЛеод невиновен, а скорее на то, что он не подлежит суду. Однако, Верховный суд Нью-Йорка отказал в участии прокурору, а также отказал в приказе о доставлении в суд. Единственным, способом осуществления правосудия суд признал слушание дела судом присяжных. В слушании «Народ против МакЛеода» не было предоставлено ни одного доказательства об участии МакЛеода. Он был освобождён в октябре 1841 года.

Долгая задержка по освобождению МакЛеода и ещё шаткие отношения с североамериканскими соседями Великобритании, заставили последнюю отправить специального министра Александра Баринга в Вашингтон для переговоров по обоим вопросам. В течение переговоров Баринг и Вебстер обменялись письмами, которые и сформировали основы предварительной самозащиты.

Первое такое упоминание появляется в письме от 27 июля 1842 года, где Вебстер утверждает, что принцип невмешательства имеет благотворную сущность и то, что простой нейтралитет недостаточен для правительства США, и таким образом ему пришлось предотвратить ущерб Великобритании в её североамериканских провинциях. Позиция Вебстера заключалась в том, что поскольку США добросовестно исполняли свои международные обязательства, действия Великобритании должны были быть оправданы, если:

«необходимость в самозащите, незамедлительная, крайняя, не оставляющая выбора и времени на размышления. Также Великобритания следовало показать, что местные власти Канады, предполагавшие необходимость вхождения на территорию Соединённых Штатов, не сделали ничего предосудительного и лишнего. Действие, оправданное самозащитой, должно быть ограничено этой необходимостью и выдержано строго в её рамках. Должно быть доказано, что предупреждения людей на борту «Каролины» было бы не практично или напрасно, также то, что нападавшая сторона не могла дожидаться светлого времени суток. Необходимо представить доказательства, что там не было попыток дискриминации виновных и невиновных лиц, что нельзя было просто остановить и задержать судно, но была необходимость, неизбежная и существенная, атаковать судно ночью, пока оно пришвартовано к берегу, где невооружённые люди спали на борту. Нужно доказать, что убивая одних и рая других, а затем, пустив по течению корабль, и устроив его поджог, не волнуясь были ли там невинные граждане, остались ли там живые или мёртвые, во всём этом была необходимость».

Можно с уверенностью сказать, что по убеждению Вебстера, Эшбёртон не мог доказать всех этих условий. Поэтому он рассчитывал на компенсацию со стороны Великобритании. Однако, благоприятного ответа от Эшбёртона не последовало. Эшбёртон признал условия, выдвинутые Вебстером, как общие принципы международного права, применимые к делу. Он полностью согласился с тем, что нельзя нарушать территорию независимого государства в целях поддержания мира и порядка между государствами. Тем не менее, он добавил, что существует редкая практика, в том числе и у США, и поэтому этот принцип имеет свои исключения.

Эшбёртон относит к таким исключениям случаи, когда в сжатые сроки и из-за крайней необходимости, в рамках этой необходимости, используется право на самозащиту. Однако, Эшбёртон обозначил различия между нарушением границы и делом «Каролины». Он привёл пример, когда человек стоящий в месте, где вы не можете преследовать его, обладает оружием, у которого хватает дальности выстрелить по вам. Затем Эшбёртон спрашивает, как долго вам нужно ждать, когда вы попросили о помощи, но ничего не происходит. Этим Эшбёртон отмечает попытки США предотвратить участие американцев в Канадском мятеже, подчёркивая бесполезность этих попыток.

В последующем, Эшбёртон включает в свою версию событий первоначальные попытки задержать судно в водах Британии у острова Нави. По его словам власти не собирались проводить операцию на американской стороне, а случилось это потому, что приказы лидеров мятежа не были выполнены, и судно пришвартовалось у Склоссера. Также Эшбёртон объясняет отсутствие времени на размышление и так далее.

Вебстер ответил 6 августа 1842 года. В своём ответе, Вебстер пишет, что удовлетворён извинениями, однако, президент поручил Вебстеру больше не возвращаться к этому делу.

В результате появления дел «Каролина» и «МакЛеод» были установлены принципы, которые сейчас существуют в международном гуманитарном праве. Дело «МакЛеода» подтвердило разделение между публичными актами и личной ответственностью. Что касается применения силы в международном праве, дело «Каролины» подтвердило право на самозащиту, и, что ещё важнее, установило критерии использования предварительной самозащиты.

Законность применения силы против Ирака Юридическое заключение, юристы, представляющие общественный интерес от лица Писрайтс¹³⁷

Введение и краткое изложение рекомендации

1. Нам поступило указание дать заключение по поводу законности применения силы Соединённым Королевством против Ирака. В частности, были поставлены следующие вопросы:

(1) Оправдало бы использование права на самозащиту применение силы против Ирака.

(2) Могло ли соединённое королевство применять силу из-за того, что Ирак полностью или частично не исполнял резолюции Совета Безопасности ООН.

(3) Понадобиться ли в дальнейшем резолюция Совета Безопасности.

2. Вкратце, наше мнение состоит в следующем:

(1) Применение силы против Ирака было бы оправдано, если:

(а) Ирак совершил прямое нападение на Соединённое Королевство, либо на одного из союзников, попросивших Соединённое Королевство о помощи; или

¹³⁷ Rabinder Singh QC and Alison Macdonald, Matrix Chambers, Gray's Inn London. WC1R 5LN. 10 September, 2002, Перепечатано с разрешения автора.

(b) нападение со стороны Ирака на Соединённое Королевство или на союзника было неминуемо и не могло быть предотвращено кроме, как с помощью применения силы; или

(c) Совет безопасности ООН дал ясное разрешение на применение силы.

(2) Ирак не нападал на Соединённое королевство, и в данный момент обществу не представлено ни одного доказательства о том, что, какое-либо нападение было неминуемым.

(3) На наш взгляд, текущие резолюции Совета Безопасности не дают разрешения на применение силы против Ирака.

(4) Таким образом, Соединённое Королевство, в настоящее время, согласно нормам международного права, не имеет право применять силу против Ирака.

Обстоятельства дела

3. Нам следует кратко изложить обстоятельства дела. Соединённые Штаты публично рассматривают применение силы против Ирака. Целями применения силы явились:

(1) Уничтожить склады с ядерным, химическим, биологическим и другим оружием массового поражения, которыми мог обладать Ирак.

(2) Осуществить смену лидерства. США считает, что такое действие может быть оправдано на основе права воспользоваться предварительным ударом в рамках самозащиты, права ответить самозащитой на вооружённое нападение, (в данном случае нападение, произошедшее 11 сентября 2001), и/или на основе недавних резолюций Совета Безопасности ООН.

4. Правительство Соединённого Королевства в данный момент рассматривает вопрос о содействии в применении силы против Ирака, но согласно заявлениям правительства, никакого решения ещё не было принято. Премьер-министр в своей речи от 3 сентября 2002 года, заявил, что он планирует опубликовать дело в следующие несколько недель. В этом деле появятся доказательства в пользу вторжения в Ирак. Премьер-министр сильно полагается на тот факт, что Ирак нарушил обязательства резолюций Совбеза ООН, и это, как он считает, оправдывает военные действия.

5. Обстоятельства, повлекшие такие решения не понятны обществу. Информация о военных возможностях Ирака и намерениях Саддама Хус-

сеина, которой владеет Соединённое Королевство, не доступна обществу ...

Применение силы в международном праве

6. Устав ООН устанавливает пределы использования силы в международном праве. Почти все государства являются участниками данного Устава, включая Ирак, Соединённые Штаты Америки и Соединённое Королевство. Устав акцентирует внимание на том, что поддержание мира это фундаментальная цель устава и должна защищаться всеми возможными усилиями. Преамбула устава выражает стремление «избавить грядущие поколения от бедствий войны», «объединить наши силы для поддержания международного мира и безопасности», и обеспечить «чтобы вооруженные силы применялись не иначе, как в общих интересах».

7. Статья 1 Устава устанавливает цели ООН, и первая из них это «поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить мирными средствами, в согласии с принципами справедливости и международного права, улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира».

8. Остальные положения должны толковаться в соответствии с этой целью: смотрите Венскую конвенцию о международных договорах от 1969, статью 31, которая говорит о том, что (Йоханнесбург, они считают, что возвращение в Ирак инспекторов по оружию «всё ещё возможно») договор должен толковаться в соответствии с предметом и целями, включая его преамбулу.

9. Устав содержит два фундаментальных принципа:

2 (3) «Все Члены Организации Объединенных Наций разрешают свои международные споры мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость»

2 (4) «Все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций»

10. Статья 2 (4) была истолкована Международным судом (ICJ), как императивная норма международного права, которую государства не могут отменить (Никарагуа против США, (1986) отчёты Международного суда 14, параграф 190). Действие статей 2 (4) и 2 (3) заключается в том,

что применение силы может быть оправдано только положениями Устава или в ситуациях, совместимых с целями ООН.

11. Устав разрешает применение силы в случаях предусмотренных главой VII. Статья 42 гласит, что если мирные способы не способствовали соблюдению решений Совета Безопасности, то «он уполномочивается предпринимать такие действия воздушными, морскими или сухопутными силами, какие окажутся необходимыми для поддержания или восстановления международного мира и безопасности». В действительности это значит, что государства требуют резолюцию Совбеза для того, чтобы применить силу против другого государства (статья 51: см. ниже). Сила может иметь место только в случае, если нет мирных способов урегулирования конфликта. Мы подчёркиваем, что, на наш взгляд, когда Участники думают, что другое государство нарушило резолюцию Совета Безопасности, они не имеют одностороннего права, согласно 42 статье о применении силы, для обеспечения соблюдения или наказания этого государства. Какие действия должны быть предприняты - решает Совет Безопасности.

12. Статья 51 предоставляет государствам право на самозащиту. Это право дополняет положения статьи 42. Государству не обязательно резолюция Совбеза для того, чтобы защищать себя, применяя силу, но даже право на самозащиту может иметь место при условии действий Совбеза, как это прямо вытекает из содержания статьи 51: «Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор, пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности. Меры, принятые Членами Организации при осуществлении этого права на самооборону, должны быть немедленно сообщены Совету Безопасности, и, никоим образом, не должны затрагивать полномочий и ответственности Совета Безопасности, в соответствии с настоящим Уставом, в отношении принятия в любое время таких действий, какие он сочтет необходимыми для поддержания или восстановления международного мира и безопасности».

13. В качестве исключений к фундаментальным принципам, запрещающим применение силы, статьи 42 и 51 должны толковаться очень подробно.

14. В соответствии с Уставом ООН, есть только два случая, при которых применение силы будет законным:

(1) Индивидуальная или коллективная самозащита (право вытекающее из международного обычного права, которое предусмотрено статьей 51 устава).

(2) Предписание резолюции Совета безопасности ООН.

15. В данном заключении мы не рассматриваем какие-либо аргументы на законность применения силы США. Мы рассматриваем только те аргументы, которые непосредственно относятся к Соединённому Королевству.

16. Можно с уверенностью сказать, что Соединённое Королевство не было субъектом, какого-либо прямого нападения со стороны Ирака. Совершенно ясно, что право на самозащиту в ответ на нападение не может использоваться. Единственно возможным оправданием может быть предварительная самозащита, направленная против будущего нападения. Нами будет выявлено, есть ли такое право, как предварительная самозащита, в международном праве?

17. Статья 51 Устава ООН умалчивает о предварительной самозащите. Для того, чтобы выяснить это, нужно обратиться к другим источникам права, в том числе к практике государств и работам авторитетных учёных ...

18. Практика государств достаточно сомнительна, и указывает на то, что, в общем, предварительная самозащита не законна, или законна, но при очень обременительных обстоятельствах. Существует много примеров, когда государства, использовавшие предварительную самозащиту, осуждались международным сообществом. Примеры государственной практики описаны профессором Антонио Кассезе, бывший президент Международного уголовного суда по бывшей Югославии (Оксфорд, 2001) 309-31. Одним из примеров такой практики стала международная реакция на израильские бомбардировки иракского ядерного реактора. «Когда нападение со стороны Израиля на иракский ядерный реактор обсуждалось на совете безопасности, только США открыто разделяли позицию Израиля касательно понятия самозащиты. К тому же, несмотря на то, что США проголосовали за резолюцию, осуждающую Израиль (резолюция 487 от 1991 года), после голосования США указали на то, что их решение обусловлено тем, что Израиль исчерпал мирные способы разрешения конфликта. Все остальные члены совета выразили своё несогласие с действиями Израиля, проголосовав за первый параграф резолюции, где говорится, что Совет Безопасности сильно осуждает военное нападение, организованное Израилем, нарушающее Устав ООН и другие нормы международного права. Египет и Мексика опровергли доктрину предварительной самозащиты. Из их заявлений ясно вытекает, что интерпретация, против которой они выступили, может привести к злоупотреблению этим правом. Напротив, Британия, не увиливая от ответа, посчитала, что нападение на Ирак является «серьёзным нарушением международного права», отмечая, что нападение не было самозащитой и даже не вынужденной самозащитой.

19. Кассезе заключил, что «те, кто внимательно ознакомился с государственной практикой в свете статьи 31 Венской конвенции о международных договорах, ясно поняли, что такая практика не доказывает соглашение между государствами относительно интерпретации или применения статьи 51 в отношении предварительной самозащиты» (International Law (Oxford, 2001) at p 309).

20. Оппенгейм утверждает, что:

«в то время как предварительная самозащита обычно незаконна, однако, не во всех случаях. Всё зависит от конкретных обстоятельств дела, включая серьёзность угрозы и степень необходимости превентивного действия, если такое действие на самом деле вынужденное. Пожалуй, требования о пропорциональности и необходимости в случае с предварительной защитой стоят острее, чем при каких-либо других обстоятельствах». (Р. Дженингс, королевский юрист и А.Вэттс, королевский юрист, международное право Оппенгейма: девятое издание 1991, ст. 41-42)¹³⁸.

21. Деттер утверждает, что «нужно отметить, что предварительное применение силы подпадает под запрещение силы, установленное в статье 2(4) Устава, которая резюмирует незаконность применения. Таким образом, угроза атаки не гарантирует военное действие» (Военный закон, Второе издание, (Кэмбридж, 2000), ст.86).

23. В заключении, мы пришли к мнению, что государства могут воспользоваться предварительным применением силы в случае, если нападение было неотвратимым и довольно серьёзным. Однако, такое применение также должно соответствовать нормам и принципам, регулирующим самозащиту. Это хорошо обобщено Оппенгеймом:

«Развитие права, особенно в свете недавней государственной практики, через 150 лет после инцидента «Каролина», говорит, что действие, включающее в себя использование вооружённой силы и нарушение чужой территории, может быть оправдано самозащитой в международном праве, если:

- (a) нападение совершено или произошла немедленная угроза против государственной территории или войск (и возможно против граждан);
- (b) есть острая необходимость в защитном действии против произведённой атаки;

¹³⁸ It should be noted that Sir Robert Jennings was the British Judge on the ICJ and was its President.

(с) нет практической альтернативы защитному действию, в частности другое государство либо власть, которая обладает полномочиями остановить или предотвратить нарушение не обращается или не может обратиться к таким мерам;

(d) действие, совершенное в целях самозащиты должно быть ограничено необходимостью остановить или предотвратить нарушение (стр. 412)

24. Эти принципы применяются к предварительной самозащите так же как и к другим видам самозащиты.

Оправдана ли предварительная самозащита в данном деле?

25. Хотя нет ясности в том, что международное право признаёт право на применение предварительной силы в самозащите, мы считаем, что такое право существует, но только при крайней необходимости, как указал Оппенгейм.

26. Доказательства об угрозе, совершённой Ираком, в отношении других стран не ясны. Возможно, они не являются всеобщим достоянием. Правительство Соединённого Королевства так и не объяснило степень угрозы, совершённой Ираком, тем самым, затрудняя участие общественности в дебатах по этому вопросу. На правительстве лежит бремя доказывания срочной и прямой атаки. Оно также обязано доказать, что не существовало никакой альтернативы. Невозможность замены силы, тем временем, показать тяжело, так как Ирак предлагает переговоры с инспекторскими органами.

27. Из того, что сказано выше, ясно видно, что угроза должна быть неотвратимой. Однако, степень близости также должна быть, как мы считаем, пропорциональной в отношении жёсткости угрозы. В любом случае, существование угрозы, независимо от серьёзности, должно быть доказуемо. Таких доказательств пока нет. Однако, некоторые доказательства могут быть обнародованы, когда правительство Соединённого королевства выпустит досье.

Последствия войны в Ираке для мирового правопорядка, Нозль Кокс¹³⁹

Предварительная самозащита?

Коалиция США, в итоге, выступила в Марте 2003 года, частично полагаясь на статью 51 Устава ООН. Международные правовые стандарты для оправдания использования силы при самозащите берут своё начало из инцидента 1837 года, когда британские власти уничтожили американское судно «Каролина» из-за того, что «Каролина» совершала рейды на канадскую территорию. Британцы заявляли, что нападение было самозащитой. Посредством обмена письмами этот спор был разрешён в пользу Америки. Американский госсекретарь Дэниэл Вебстер определил следующую дефиницию самозащиты, которую приняли Британцы:

«должна быть необходимость в самозащите, незамедлительная, крайняя, не оставляющая выбора и времени на размышления. Действие, оправданное самозащитой, должно быть ограничено этой необходимостью и выдержано строго в её рамках».

Очевидно, действие США против Ирака в 2003 году не соответствует этим требованиям, если нет доказательств, что Ирак использовал оружие массового поражения против США или их союзников. Если дело обстояло именно так, сотрудники ООН по вооружению не смогли найти четких доказательств этого. Также и последующие расследования сотрудников США в необходимое время не представили явных доказательств присутствия этого оружия в Ираке.

До дела «Каролины», самозащита была политическим оправданием того, что является обычным актом войны. Позитивистское международное право XIX века отвергло разницу между справедливой войной и несправедливой войной в естественном праве. Военная агрессия не регулировалась, и завоевания позволяли овладевать территориями. «Каролина» никак не предотвратила агрессию, но установила разницу между агрессивной войной и военным действием при самозащите. До тех пор, пока деяние, от которого защищаются, не была военным действием, мир будет поддержан – дело значительной важности для сравнительно «слабых» государств, как были США и Ирак в 2003.

Однако, доктрина Буша не удовлетворяет критерии, установленные делом «Каролина», как таковым, не было необходимости в самозащите, которая была бы «немедленной, не оставляющей никаких других способов и време-

¹³⁹ New Zealand Armed Forces Law Review. p.11-17. 2003 (цитаты опущены).

ни на размышление». Президент США не «резервирует право» на ответную реакцию на неизбежную угрозу; он добивается расширения права на самозащиту, включающее в себя действия против будущих угроз. Таким образом, разница между мирным временем и военным положением размывается.

Существует множество споров, что право на самооборону не следует считать запрещенным согласно Уставу ООН:

История статьи 51 гласит, ... что статья должна защищать право на самозащиту, а не запрещать его... более того, это запрет (без права на ожидание), который никак не касается ситуаций, которые могут возникнуть до непосредственного нападения. Ни одна страна не будет ожидать нападения, при нынешнем вооружении, которое не дало бы возможности на дальнейшее сопротивление, и, тем самым, ставя под угрозу само существование государства.

Тем не менее, всё равно должны присутствовать элементы незамедлительности, и невозможности применения альтернатив. Современный взгляд на подход «Каролины» описан в Международном праве Оппенгейма.

Развитие права, особенно в свете недавней государственной практики, через 150 лет после инцидента «Каролины», говорит, что действие, включающее в себя использование вооружённой силы и нарушение чужой территории, может быть оправдано самозащитой в международном праве если:

(а) нападение совершено или произошла немедленная угроза против государственной территории или войск (и возможно против граждан);

(б) есть острая необходимость в защитном действии против произведённой атаки;

(в) нет практической альтернативы защитному действию, в частности другое государство либо власть, которая обладает полномочиями остановить или предотвратить нарушение не обращается или не может обратиться к таким мерам;

действие, совершенное в целях самозащиты должно быть ограничено необходимостью остановить или предотвратить нарушение.

Ирак не нападал на какое-либо государство. Также нет доказательств того, что нападение Ирака было неотвратимым. Поэтому самозащита не оправдывает применение силы США. Потенциальная возможность напасть на США, реальная или вымышленная, не является основой для таких действий. Более того, статья 51 предполагает отчёт в Совете Безопасности ООН.

Даже если не рассматривать статью 51, самозащита может быть вызвана не только возможностью нанести удар, но и иметь намерением сделать это от лица правительства государства, которое атаковано в рамках предварительной самозащиты.

ГЛАВА 2 ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Что такое права человека?

Обзор Управления Верховного комиссара по правам человека¹⁴⁰

Права человека – это неотъемлемые права каждого человека, в независимости от его национальности, местожительства, пола, этнической принадлежности, цвета кожи, религии, языка или любых других признаков. Все люди в равной степени располагают правами человека, исключая всякого рода дискриминацию. Эти права взаимосвязаны, взаимозависимы и неделимы.

Всеобщие права человека зачастую зафиксированы и гарантированы законом в форме договоров, обычного международного права, общих принципов права и других источников международного права. Международное право в области прав человека возлагает на государства обязательства по осуществлению деятельности с целью поощрения и защиты прав и основных свобод человека.

Универсальность и неотъемлемость

Принцип универсальности прав человека – основа международного права в области прав человека. Этот принцип, который впервые приобрел особое значение с принятием Всеобщей декларации прав человека 1948 года, стал постоянно фигурировать в многочисленных международных конвенциях, декларациях и резолюциях, относящихся к сфере прав человека. Так, например, на Всемирной конференции по правам человека 1993 года в Вене было отмечено, что поощрение и защита прав человека и основных свобод – это обязанность государства, независящая от его политической, экономической и культурной системы.

Каждое государство ратифицировало хотя бы один из основных договоров в области прав человека, а 80% государств ратифицировало четыре и более таких договоров, что отражает всеобщее согласие среди государств

¹⁴⁰ Office of the High Commissioner of Human Rights (OHCHR), <http://www.ohchr.org/en/issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

в соответствующей сфере, накладывающее на них правовые обязательства, и подтверждает принцип универсальности. Некоторые базовые нормы в области прав человека закреплены обычным международным правом.

Права человека неотъемлемы. Человека нельзя лишить их, за исключением редких случаев и согласно надлежащей правовой процедуре. Так, например, право на свободу может быть ограничено, если человек в судебном порядке признан виновным в совершении преступления.

Взаимозависимость и неделимость

Все права человека представляют собой единое целое, они взаимосвязаны и взаимозависимы: будь то гражданские и политические права, как, например, право на жизнь, равенство перед законом или свобода выражения мнений; экономические, социальные и культурные права, как, например, право на труд, общественную безопасность и образование, или коллективные права, как, например, право на развитие и самоопределение. Прогресс в соблюдении одного права способствует прогрессу в соблюдении других прав. Таким же образом несоблюдение какого-либо одного права отрицательно влияет на осуществление других прав.

Принцип равенства и недискриминации

Принцип недискриминации – всеобъемлющий принцип международного права в области прав человека. Этот принцип присутствует во всех основных договорах, касающихся прав человека, и является центральной темой некоторых международных конвенций по правам человека, таких, как Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

Принцип недискриминации применим к каждому человеку и распространяется на все права человека и свободы, недопуская дискриминацию ни по одному из признаков, будь-то пол, раса, цвет кожи или любой другой признак. Принцип недискриминации дополняется принципом равенства, что зафиксировано в статье 1 Всеобщей декларации прав человека: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах».

Права и обязанности

Признание прав человека означает не только право на их осуществление, но и выполнение определенных обязательств. В соответствии с международным правом государства берут на себя обязательства по уважению, защите и выполнению прав человека. Уважение прав человека подразумевает невмешательство государства в осуществление прав человека и воздержание от ограничения прав. Обязательство по защите

прав человека требует от государства недопускать правонарушений. Выполнение прав человека обязывает государство гарантировать беспрепятственное осуществление базовых прав человека. На индивидуальном уровне, каждый человек должен уважать права других.

Развитие международного права в области прав человека¹⁴¹

С принятием Генеральной Ассамблеей ООН Всеобщей декларации прав человека 10 декабря 1948 года усилилось международное движение в области прав человека. Декларация, представляющая собой «задачу, к выполнению которой должны стремиться все народы и государства», впервые в истории человечества зафиксировала основные гражданские, политические, экономические, социальные и культурные права, которые должны быть доступны каждому человеку. Со временем эти права были признаны широкой ответственностью в качестве базовых норм в области прав человека, которые каждый должен соблюдать и защищать. Всемирная декларация прав человека вместе с Международным пактом о гражданских и политических правах и двумя дополнительными протоколами к нему, а также Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах составляют так называемый Международный билль о правах человека.

Ряд международных договоров в области прав человека и другие подобные инструменты, принятые после 1945 года, юридически закрепили права человека и способствовали развитию международного механизма по правам человека. На региональном уровне были приняты другие документы, отвечающие потребностям конкретного региона в области прав человека и приспособленные к особым механизмам защиты. Конституции и другие национальные законы большинства государств включили в себя основные права человека. В то время как базой международного права в области прав человека являются международные договоры и обычное право, другие инструменты, такие как декларации, руководства и принципы, принятые на международном уровне, способствуют пониманию, применению и развитию права. Чтобы права человека соблюдались, необходимо обеспечить верховенство права на национальном и международном уровнях.

Международное право в области прав человека закрепляет за государствами определенные обязательства. Становясь участником междуна-

¹⁴¹ UNHCHR Web: <http://www.ohchr.org/RU/ProfessionalInterest/Pages/International-Law.aspx>

родных договоров, государство берет на себя обязательство по уважению, защите и выполнению прав человека. Уважение прав человека подразумевает невмешательство государства в осуществление прав человека и воздержание от их ограничения. Обязательство по защите прав человека требует от государства недопускать нарушений прав. Выполнение прав человека обязывает государство гарантировать беспрепятственное осуществление базовых прав человека.

Ратифицируя международные договора в области прав человека, государство обязуется принимать внутренние меры и законы в соответствии с этими договорами. В случае, если государство не справляется с ситуациями нарушения прав человека, на региональном и международном уровнях доступны механизмы и процедуры по рассмотрению индивидуальных жалоб, призванные обеспечить соблюдение, применение и выполнение местными властями прав человека.

Международный билль о правах человека

Факты №2 (Rev.1)¹⁴²

Все человеческие существа рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью, и должны поступать в отношении друг друга в духе братства.

ВСЕОБЩАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА (статья 1),

принята Генеральной Ассамблеей в резолюции 217 А (III) от 10 декабря 1948 года.

Общая информация

Международный билль о правах человека состоит из Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и Международного пакта о гражданских и политических правах, и двух факультативных протоколов.

Права человека нашли свое выражение еще в Уставе Лиги Наций, что привело, в частности, к созданию Международной организации труда. В 1945 году на конференции в Сан-Франциско по разработке проекта Устава Организации Объединенных Наций было выдвинуто предложение о принятии «Декларации об основных правах человека», но это не было сделано, поскольку это требовало более подробного рассмотрения, чем

¹⁴² OHCHR available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>.

было возможно в то время. В Уставе четко говорится о «поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка или религии» (ст. 1, пункт 3). Идея о пропаганде «международного билля о правах» также рассматривается многими, как вытекающее из Устава.

Подготовительная комиссия Организации Объединенных Наций, которая состоялась сразу же после закрытия сессий конференции в Сан-Франциско, рекомендовала Экономическому и Социальному Совету на своей первой сессии создать комиссию для поощрения прав человека, как это предусмотрено в статье 68 Устава.

Соответственно, Совет учредил Комиссию по правам человека в начале 1946 года. На первой его сессии, в 1946 году, Генеральная Ассамблея рассмотрела проект Декларации об основополагающих правах и свободах человека, и передала его в Экономический и Социальный Совет «для ссылки на комиссии по правам человека для рассмотрения... в ходе подготовки международного билля о правах» (резолюция 43 (I)). Комиссия на своей первой сессии в 1947 году уполномочила своих должностных лиц сформулировать то, что она назвала «предварительным проектом международного билля по правам человека». Позднее эту работу взял на себя формальный редакционный комитет, состоящий из членов Комиссии из восьми государств, отобранных с учетом географического распределения.

Предыстория Всеобщей декларации

В начале были высказаны различные мнения о форме билля о правах. Редакционный комитет решил подготовить два документа: один в форме декларации, в которой будут изложены общие принципы и стандарты прав человека, другой в виде конвенции, которая будет определять конкретные права и их ограничения. Соответственно, Комитет направил в Комиссию по правам проекты статей международной декларации и международной конвенции о правах человека. На своей второй сессии в декабре 1947 года, Комиссия приняла решение применить термин «Международный билль о правах человека» в серии документов в подготовке и созданы были три рабочие группы: одна для разработки декларации, одна для конвенции и один на реализацию. Комиссия пересмотрела проект декларации на своей третьей сессии, в мае-июне 1948 года, с учетом замечаний, полученных от правительств. У нее не было времени рассмотреть завет или вопросы об осуществлении. Поэтому заявление было представлено Генеральной Ассамблее через Экономический и Социальный Совет на встрече в Париже по резолюции 217 А (III) от 10 декабря 1948 года. Генеральная Ассамблея

приняла Всеобщую декларацию прав человека в качестве первого из этих прогнозируемых инструментов.

Предыстория Международных пактов

В тот же день, что она приняла Всеобщую декларацию, Генеральная Ассамблея просила Комиссию по правам человека подготовить в первоочередном порядке проект пакта о правах человека для реализации проекта. Комиссия рассмотрела текст проекта в 1949 году и в следующих годах, на основе замечаний, полученных от правительств, были пересмотрены первые 18 статей. В 1950 году Генеральная Ассамблея заявила, что «осуществление гражданских и политических свобод, а также экономические, социальные и культурные права являются взаимосвязанными и взаимозависимыми» (резолюция 421 (V), раздел E). Ассамблея решила включить в пакт о правах человека экономические, социальные и культурные права и принцип равенства в признании мужчин и женщин в смежных правах, как это было предусмотрено в Уставе. В 1951 году комиссия рассмотрела 14 статей об экономических, социальных и культурных правах на основе предложений, сделанных государствами и специализированными учреждениями. Она также сформулировала 10 статей о мерах по реализации прав, в соответствии с которыми государства-участники будут представлять периодические доклады. После долгих дебатов в его шестой сессии, в сезоне 1951-1952 годов Генеральная Ассамблея поручила Комиссии «разработать два Пакта по правам человека... один должен содержать гражданские и политические права, а другой - экономические, социальные и культурные» (резолюция 543 (VI), пункт 1). Ассамблея указала, что два пакта должны содержать аналогичные положения, насколько это возможно. Было также решено включить статью, предусматривающую, что «все народы должны иметь право на самоопределение» (резолюция 545 (VI)). Комиссия завершила подготовку двух проектов на ее девятой и десятой сессиях, в 1953 и 1954 годах. Генеральная Ассамблея рассмотрела эти тексты на своей девятой сессии в 1954 году, и решил дать проектам более широкую возможность гласности для того, чтобы правительства могли их тщательно изучить, и чтобы общественное мнение было представлено более ясно. Она рекомендовала своему Третьему комитету начать постатейное обсуждение текста на своей десятой сессии в 1955 году. Хотя постатейное обсуждение началось в соответствии с графиком, оно не было завершено до 1966 года. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах были приняты Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 2200 (XXI) от 16 декабря 1966 года. Первый Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах

был принят в той же резолюции и касался международного механизма рассмотрения сообщений от отдельных лиц, заявляющих о том, что они являются жертвами нарушений какого-либо из прав, изложенных в Пакте.

Мировое влияние Международного билля о правах человека

В период с 1948 года, когда была принята и провозглашена Всеобщая декларация прав человека, до 1976 года, когда вступили в силу Международные пакты о правах человека, Декларация являлась единственной полностью завершенной частью Международного билля о правах человека. Как Декларация, так и впоследствии Пакты оказали серьезное влияние на умы и деятельность людей и их правительств во всех частях света.

На состоявшейся в Тегеране в 1968 году Международной конференции по правам человека был проведен обзор работы, проделанной за двадцать лет со времени принятия Всеобщей декларации прав человека, и составлена программа на будущее. В принятом на Конференции воззвании торжественно заявляется:

1. Настоятельно необходимо, чтобы члены международного сообщества выполняли свои торжественные обязательства соблюдать и поощрять уважение прав человека и основных свобод для всех, без каких-либо различий по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других взглядов.

2. Всеобщая декларация прав человека отражает общую договоренность народов мира в отношении неотъемлемых и нерушимых прав каждого человека и является обязательством для членов международного сообщества.

3. Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, а также другие конвенции и декларации в области прав человека, принятые в рамках Организации Объединенных Наций, специализированных учреждений и региональных межправительственных организаций, установили новые международные принципы и обязательства, которые должны соблюдаться государствами.

Таким образом, в течение более 25 лет Всеобщая декларация прав человека «являлась общим мерилем достижений всех народов и всех стран в области прав человека». Она обрела популярность и завоевала авторитет как в странах, которые присоединились к одному или обоим пактам, так и в тех, которые их не ратифицировали и к ним не присоединились. Ее

положения стали правовой основой многих важных решений, принятых органами ООН, они вдохновили разработчиков ряда международных документов в области прав человека как в рамках системы ООН, так и вне ее, оказали значительное влияние на целый ряд многосторонних и двусторонних договоров. Кроме того, они стали основой при подготовке многих новых национальных конституций и сводов национальных законов.

Договорные органы по правам человека

Мониторинг основных международных договоров по правам человека¹⁴³

Сущность договорных органов

Органами по правам человека являются комитеты, а именно независимые эксперты, которые следят за осуществлением основных международных договоров по правам человека. Они создаются в соответствии с положениями договора, за которым они осуществляют мониторинг.

Существуют девять органов по правам человека и Подкомитет по предупреждению пыток (ППП):

- Комитет по правам человека (КПЧ) осуществляет наблюдение за выполнением Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) и факультативных протоколов к нему;
- Комитет по экономическим, социальным и культурным правам (КЭСКП) осуществляет наблюдение за выполнением Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966);
- Комитет по ликвидации расовой дискриминации (КЛРД) осуществляет наблюдение за выполнением Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965);
- Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин (КЛДОЖ) осуществляет наблюдение за выполнением Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации

¹⁴³ Office of the High Commissioner for Human Rights, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.

в отношении женщин (1979) и Факультативный протокол к ней (1999);

- Комитет против пыток (КПП) осуществляет наблюдение за выполнением Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения (1984);
- Комитет по правам ребенка (КПР) осуществляет наблюдение за выполнением Конвенции о правах ребенка (1989) и факультативных протоколов к ней (2000);
- Комитет по трудящимся-мигрантам (КТМ) осуществляет наблюдение за выполнением Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990);
- Комитет по правам инвалидов (КПИ) осуществляет наблюдение за выполнением Международной конвенции о правах инвалидов (2006);
- Комитет по насильственным исчезновениям (КНИ) осуществляет наблюдение за выполнением Международной конвенции о защите всех лиц от насильственных исчезновений (2006).

Каждый договорный орган получает поддержку от секретариата по договорам о правах человека УВКПЧ в Женеве. КЛДОЖ, который был поддержан до 31 декабря 2007 года Отделом по улучшению положения женщин (ОУПЖ), собирается раз в год в Нью-Йорке в штаб-квартире Организации Объединенных Наций. Кроме того, Комитет по правам человека обычно проводит свои сессии в марте-апреле в Нью-Йорке. Другие договорные органы встречаются в Женеве, либо во Дворце Вильсона или во Дворце Наций.

Чем занимаются договорные органы?

Договорные органы выполняют ряд функций, в соответствии с положениями договоров, которые их создали. К ним относятся:

- Рассмотрение докладов государств-участников.
- Рассмотрение индивидуальных жалоб или сообщений.

Они также издают общие замечания по договорам и организывают обсуждения по соответствующим темам.

Рассмотрение докладов государств-участников

Когда страна ратифицирует один из этих договоров, она берет на себя юридическое обязательство по реализации прав, признанных в этом договоре. Но подписание только первый шаг, поскольку признания прав на бумаге недостаточно, чтобы гарантировать, что они будут осуществляться на практике. Так, страна берет на себя дополнительные обязательства регулярно представлять доклады мониторинга комитету, созданному в рамках этого договора о том, как права были реализованы. Эта система мониторинга соблюдения прав человека является общей для большинства комитетов ООН по правам человека.

Для выполнения своих обязательств по представлению отчетности, государства должны представить первоначальный доклад, как правило, один год спустя после вступления, а затем периодически в соответствии с положениями договора (обычно каждые четыре или пять лет). В дополнение к докладу правительства, договорные органы могут получать информацию о ситуации с правами человека в стране из других источников, в том числе неправительственных организаций, агентств ООН, других межправительственных организаций, научных учреждений и прессы. В свете всей имеющейся информации, Комитет рассматривает доклад вместе с представителями правительства. Исходя из этого диалога, Комитет публикует свои озабоченности и рекомендации, называемые «заключительные замечания».

Рассмотрение индивидуальных жалоб или сообщений

В дополнение к процедуре представления докладов, некоторые из договорных органов могут выполнять дополнительные функции мониторинга с помощью трех других механизмов: процедуры расследования, рассмотрения межгосударственных жалоб и рассмотрения индивидуальных жалоб.

Четыре из комитетов (КПЧ, КЛРД, КПП и КЛДЖ) могут, при определенных условиях, принимать жалобы от физических лиц, которые утверждают, что их права в соответствии с договорами, были нарушены.

Общие комментарии

Комитеты также публикуют их толкование содержания положений о правах человека, известных как общие замечания по тематическим вопросам и методам работы.

Совещание председателей и межкомитетское совещание

Договорные органы координируют свою деятельность через ежегодное совещание председателей органов по правам человека и через межкомитетское совещание.

Договорные органы постоянно ищут пути повышения эффективности за счет оптимизации и согласования методов работы и практики.

Конституция Кыргызской Республики – положения о правах человека

Извлечение из Заключения по проекту Конституции Кыргызской Республики (редакция, опубликованная от 21 мая 2010 года).

Принята на 83 пленарном заседании Венецианской комиссии, Венеция 4 июня 2010 года¹⁴⁴.

[...]

Фундаментальные права

16. Венецианская комиссия приветствует положение статьи 6, в которой сказано, что международные договора по правам человека имеют прямое действие. Однако не ясно, имеют ли договора высшее положение в иерархии Кыргызских законов. Также не совсем ясно, каковы будут последствия действия других договоров в отношении Кыргызской правовой системы в случае конфликта. Было бы желательно указать, что международные договоры, ратифицированные Кыргызской Республикой, имеют преимущественную силу в отношении Кыргызских законов. В качестве общего правила было бы также полезным принять положение, в соответствии с которым все нормы должны толковаться в свете международных договоров по правам человека, ратифицированных Кыргызстаном.

17. Раздел о правах и свободах заслуживает похвалы ввиду наличия далеко идущих обещаний. В сравнении с вариантом 2007 года, в данной редакции положения изложены более четко, так как различные права представлены в отдельных статьях, вместо того, чтобы быть частью параграфов или подпараграфов в одной или двух статьях. В данный раздел Конституции включен список гарантий защиты прав человека, который, как кажется, полностью соответствует международным стандартам.

Конституция Кыргызской Республики, положения о правах человека¹⁴⁵

1. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие в Кыргызской Республике.

¹⁴⁴ www.venice.coe.int CDL-AD.

¹⁴⁵ Принята на референдуме от 10 июня 2010 года, вступила в силу 10 июля 2010 года.

2. На основе Конституции принимаются конституционные законы, законы и другие нормативные правовые акты.

3. Вступившие в установленном законом порядке в силу международные договоры, участницей которых является Кыргызская Республика, а также общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Кыргызской Республики.

Нормы международных договоров по правам человека имеют прямое действие и приоритет над нормами других международных договоров.

Положения международного права прав человека

Международный пакт о гражданских и политических правах

Принцип недискриминации

Статья 2

1. Каждое участвующее в настоящем Пакте Государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

Статья 3

Участвующие в настоящем Пакте Государства обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми гражданскими и политическими правами, предусмотренными в настоящем Пакте.

Статья 26

Все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона. В этом отношении всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как-то расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических

или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

Ширин Аумеерудди-Чиффра и другие против государства Маврикий, Доклад Комитета по правам человека ¹⁴⁶

1.1. Авторы сообщения [Ширин Аумеерудди-Чиффра и 19 маврикийских женщин] [...] утверждают, что принятие закона об иммиграции (поправка) 1977 года и закона о депортации (поправка) 1977 года Маврикием представляет собой дискриминацию по признаку пола в отношении маврикийских женщин, нарушение права на создание семьи и семейного очага, а также лишение судебной защиты в нарушение статей 2, 3, 4, 17, 23, 25 и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах. Авторы утверждают, что они являются жертвами предполагаемых нарушений. Они заявляют, что все внутренние средства правовой защиты были ими исчерпаны.

7.1. Комитет по правам человека основывает свои мнения на следующих фактах, которые являются неоспоримыми:

7.2. До 1977 года супруги (мужья и жены) маврикийских граждан имели право свободного доступа на Маврикий и пользовались иммунитетом от депортации. Они имели право считаться де-факто жителями Маврикия. Вступление в силу закона об иммиграции (поправка) 1977 года и закона о депортации (поправка) 1977 года оставляло эти права только за женами маврикийских граждан. Мужья-иностранцы должны обращаться к министру внутренних дел за разрешением на проживание, и в случае отказа в таком разрешении они не имеют возможности оспаривать такое решение в суде.

7.3. Из числа авторов письма семнадцать являются незамужними. Трое из авторов находились замужем за мужьями-иностранцами, когда из-за вступления в силу закона об иммиграции (поправка) 1977 года их мужья утратили свой статус жителей Маврикия, которым они обладали ранее. Их последующее проживание вместе со своими супругами на Маврикии регулируется согласно вышеупомянутому закону ограниченному временным разрешением на проживание, которое выдается в соответствии с разделом 9 закона об иммиграции (поправка) 1977 года. Выдача такого разрешения

¹⁴⁶ Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius, Communication No. 35/1978, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 67 (1984).

на проживание определяется указанными условиями, которые могут быть в любое время изменены или отменены решением министра внутренних дел, которое не подлежит обжалованию. Кроме того, закон о депортации (поправка) 1977 года создает для мужей-иностранцев постоянную опасность быть подвергнутыми высылке из Маврикия (Комитет посчитал, что требования только этих трех заявителей являются действительными).

7.4. Что касается случая г-жи Аумеерудди-Чиффра, одной из трех состоящих в браке авторов письма, более трех лет прошло с тех пор, как ее муж обратился к маврикийским властям за разрешением на проживание, однако до сих пор не было принято никакого официального решения. Если по ходатайству ее мужа будет вынесено отрицательное решение, она должна будет сделать выбор: либо проживать со своим мужем за границей и отказаться от политической карьеры, либо проживать отдельно от мужа на Маврикии и продолжать участвовать в ведении государственных дел этой страны.

8.1. В свете этих фактов Комитету следует рассмотреть вопрос о том, были ли какие-либо права, изложенные в Пакте о гражданских и политических правах, нарушены Маврикием в отношении авторов сообщения в результате принятия и применения двух указанных законов. Комитету следует принять решение о том, нарушают ли эти два закона, в результате которых только мужья-иностранцы маврикийских женщин в отличие от жен-иностранок маврикийских мужчин обязаны обращаться за разрешением на проживание, с тем чтобы пользоваться такими же правами, как и до принятия этих законов, а также в результате которых только мужья-иностранцы подвергаются возможности депортации, какие-либо из прав, изложенных в Пакте, и могут ли авторы сообщения утверждать, что они являются жертвами такого нарушения.

Комитет по правам человека, Замечание общего порядка №18¹⁴⁷

Недискриминация

(Тридцать седьмая сессия, 1989 год)

1. Недискриминация, наряду с равенством перед законом и правом на равную защиту закона без какой-либо дискриминации, представляет собой основополагающий и общий принцип, касающийся защиты прав человека. Так, пункт 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах обязывает каждое государство-участника уважать

¹⁴⁷ U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 146 (2003).

и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в Пакте, без какого бы то ни было различия, как-то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства. Статья 26 не только обеспечивает всем людям равенство перед законом и право на равную защиту закона, но и предусматривает, что всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и гарантирует всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку.

2. И действительно, принцип недискриминации является настолько основополагающим, что статья 3 обязывает каждое государство-участника обеспечивать равное для мужчин и женщин право пользования всеми правами, предусмотренными в Пакте. Хотя согласно пункту 1 статьи 4 государства-участники во время чрезвычайного положения могут принимать меры в отступление от некоторых обязательств по Пакту, та же статья требует, в частности, чтобы такие меры не влекли за собой дискриминации исключительно на основе расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения. Кроме того, в соответствии с пунктом 2 статьи 20 государства-участники обязаны запрещать в законодательном порядке всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации.

3. Ввиду основополагающего и общего характера принципа недискриминации, а также принципов равенства перед законом и равной защиты закона, они в некоторых случаях непосредственно упоминаются в статьях, касающихся конкретных категорий прав человека. В пункте 1 статьи 14 предусматривается, что все лица равны перед судами и трибуналами, а в пункте 3 этой же статьи предусматривается, что каждый при рассмотрении любого предъявляемого ему обвинения имеет, на основе полного равенства, право на минимальные гарантии, перечисленные в подпунктах а) - г) пункта 3. Аналогичным образом, статья 25 предусматривает равное участие в общественной жизни всех граждан без каких бы то ни было различий, упомянутых в статье 2.

4. Государства-участники сами решают, какие меры необходимы для осуществления соответствующих положений. Вместе с тем, Комитет хотел бы иметь информацию о характере таких мер и их соответствие принципам недискриминации, а также равенство перед законом и равной защиты закона.

5. Комитет хотел бы обратить внимание государств-участников на

тот факт, что Пакт в некоторых случаях чётко требует от них принимать меры по гарантированию равенства прав тех лиц, которых это касается. Например, в пункте 4 статьи 23 отмечается, что государства-участники должны принимать надлежащие шаги для обеспечения равенства прав, а также обязанностей супругов в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и при его расторжении. Такие шаги могут принимать форму законодательных, административных или других мер, а практические обязанности государств-участников должны заключаться в контроле за тем, чтобы супруги действительно имели равные права, как это требуется Пактом. Что касается детей, то в статье 24 предусматривается, что каждый ребёнок без всякой дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, национального или социального происхождения, имущественного положения или рождения имеет право на такие меры защиты, которые требуются в его положении как малолетнего со стороны его семьи, общества и государства.

6. Комитет отмечает, что в Пакте не содержится ни определения понятия «дискриминация», ни указания на то, что можно считать дискриминацией.

7. Хотя в этих конвенциях рассматриваются только случаи дискриминации по каким-либо конкретным признакам, Комитет считает, что выражение «дискриминация», как оно используется в Пакте, следует понимать как означающее любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, которое основано на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства и которое имеет целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления всеми лицами, на равных началах, всех прав и свобод.

8. Пользование правами и свободами на равных началах, однако, вовсе не означает одинакового обращения в любом случае. В этой связи положения Пакта являются чёткими. Так, например, пункт 5 статьи 6 запрещает вынесение смертных приговоров лицам моложе 18 лет. Тот же пункт запрещает приведение в исполнение такого приговора в отношении беременных женщин. Аналогичным образом, пункт 3 статьи 10 предусматривает отделение несовершеннолетних правонарушителей от совершеннолетних. Кроме того, статья 25 гарантирует определённые политические права, проводя различия на основе гражданства и возраста.

10. Комитет хотел бы также отметить, что принцип равенства иногда требует, чтобы государства-участники предпринимали активные практи-

ческие меры с целью сглаживания или устранения условий, которые влекут за собой или же поощряют осуществление дискриминации, запрещённой Пактом. Например, в государстве, где общее положение определённой части населения недопускает или ущемляет осуществление им прав человека, государство должно принимать конкретные меры для исправления такого положения. Такие меры могут предполагать предоставление на какое-то время данной части населения некоего преференциального режима в конкретных областях по сравнению с остальной частью населения. Вместе с тем, когда такие меры являются необходимыми для исправления фактической дискриминации, различие является законным по Пакту.

Право на жизнь

Екатерина Павловна Ланцова против России, решение Комитета по правам человека, 2002 ¹⁴⁸

1. Автором сообщения является Екатерина Павловна Ланцова, мать покойного Владимира Альбертовича Ланцова. Г-жа Ланцова утверждает, что ее сын, родившийся 27 июня 1969 года, стал жертвой нарушений Россией пункта 1 статьи 6, статьи 7 и пункта 1 статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах. Она представлена адвокатом.

Факты в изложении автора

2.1 В августе 1994 года г-н Ланцов в результате возникшего спора нанес телесные повреждения другому лицу, вследствие чего ему было предъявлено уголовное обвинение и вчинен гражданский иск. 1 марта 1995 года он полностью возместил истцу ущерб, определенный судом по гражданскому иску. В ожидании разбирательства его уголовного дела, назначенного на 13 апреля 1995 года, г-н Ланцов был первоначально выпущен на свободу. Однако 5 марта 1995 года после его неявки к следователю он был заключен под стражу и помещен в московский следственный изолятор «Матросская тишина», где 6 апреля 1995 года скончался в возрасте 25 лет.

2.2. Г-жа Ланцова заявляет, что ее сын был абсолютно здоров, когда его впервые поместили в «Матросскую тишину», и что он заболел вследствие весьма тяжелых условий в тюрьме. Она жалуется на то, что, несмотря на

¹⁴⁸ *Yekaterina Pavlovna Lantsova v. Russia*, Communication No. 763/1997, 26 March 2002, Human Rights Committee, U.N. Doc. A/57/40 (26 March 2002). [Цитаты опущены].

неоднократные просьбы, ее сыну не было оказано никакой медицинской по мощи. В заключение она утверждает, что виновные в этом лица не были привлечены к судебной ответственности органами Российской Федерации¹⁴⁹.

2.3 Автор отмечает, что условия в московских следственных изоляторах бесчеловечны, в частности, из-за крайней переполненности, плохой вентиляции, некачественного питания и ужасающей антисанитарии. Она ссылается на доклад, который Специальный докладчик по вопросу о пытках представил в 1994 году Комиссии по правам человека. Относительно доступа к медицинским услугам в докладе указывается, что переполненность тюремных камер еще более усугубляет неспособность персонала обеспечить нормальное питание и медицинское обслуживание, и отмечается высокий уровень заболеваемости среди содержащихся в следственных изоляторах лиц. Особой критике в докладе подвергнут изолятор «Матросская тишина»: «Условия являются жестокими, бесчеловечными и унижающими достоинство; они сами по себе являются пытками» [пункт 71].

2.4 Как утверждает г-жа Ланцова, основываясь на заявлениях других задержанных лиц, находившихся в камере с ее сыном, вскоре после того, как он был помещен в «Матросскую тишину», состояние его физического и психического здоровья стало ухудшаться. Он начал терять вес, и у него повысилась температура. Он кашлял и задыхался. За несколько дней до смерти он перестал есть и пил только холодную воду. Он начал бредить и затем потерял сознание.

2.5 Как представляется, спустя какое-то время после первой недели пребывания г-на Ланцова в СИЗО другие задержанные обращались с просьбой оказать ему медицинскую помощь, и к нему один или два раза приходил в камеру врач и давал аспирин от высокой температуры. Однако в период с 3 по 6 апреля, когда состояние его здоровья резко ухудшилось, он не получал никакой медицинской помощи, несмотря на неоднократные просьбы об этом со стороны других задержанных лиц. 6 апреля, после того как другие задержанные потребовали оказать г-ну Ланцову помощь, пришли санитары с носилками. Г-н Ланцов скончался позднее в тот же день в тюремной больнице. В свидетельстве о смерти в качестве причины его смерти указаны «острая сердечнососудистая недостаточность, интоксикация, сильное истощение неясной этиологии».

¹⁴⁹ В сообщении также указывается на то, что семье и в местное отделение ЗАГСа не сообщалось о смерти г-на Ланцова до 11 апреля 1995 года, когда адвокат Ланцова узнал о его смерти, прибыв в изолятор для встречи с ним.

2.6 Г-жа Ланцова своевременно обращалась с неоднократными просьбами о возбуждении уголовного дела, которые раз за разом отклонялись. Поэтому она делает вывод об исчерпании ею всех внутренних средств правовой защиты.

2.7 Решения прокурора об отказе возбудить уголовное дело основаны на выводе о том, что смерть в данном случае наступила в результате пневмонии в сочетании со стрессовыми условиями содержания под стражей и что при таких обстоятельствах определить виновность сотрудников следственного изолятора невозможно.

Жалоба

3. Г-жа Ланцова утверждает, что Российская Федерация нарушила основополагающие права человека ее сына, который скончался вследствие его содержания под стражей в непригодных для жизни условиях, а также не обеспечила никаких эффективных средств правовой защиты против подобных нарушений. По ее мнению, имели место нарушения пункта 1 статьи 6, статьи 7 и пункта 1 статьи 10 Пакта.

Замечания государства-участника по существу сообщения

6.1 В своих замечаниях от 28 декабря 1998 года по существу сообщения государство-участник заявляет, что г-н Ланцов был арестован 5 марта 1995 года и 7 марта 1995 года поступил в следственный изолятор, где содержался в общей камере. При поступлении в следственный изолятор он был в установленном порядке подвергнут медицинскому обследованию, при этом жалоб на состояние здоровья не высказывал, соматических заболеваний не выявлено; флюорографическое исследование также не показало патологий грудной клетки. 6 апреля 1995 года около 9 часов утра сокамерники г-на Ланцова сообщили охране, что он плохо себя чувствует. После осмотра дежурным врачом г-н Ланцов в экстренном порядке был госпитализирован в больницу при следственном изоляторе, однако, несмотря на принятые меры, в 9 час. 15 мин. он скончался. Медицинская комиссия лечебно-профилактических учреждений министерства внутренних дел и департамента здравоохранения Москвы провела проверку по факту наступления смерти г-на Ланцова и пришла к выводу, что он скончался от двусторонней тотальной пневмококковой пневмонии, двустороннего плеврита и очагового ателектаза легких, приведших к развитию дыхательной и острой сердечнососудистой недостаточности. Распространенность воспалительного процесса легких и плевральной полости, необращение пациента за медицинской помощью, а также условия содержания в следственном изоляторе обусловили, по мнению государства-участника, быстрый летальный исход.

6.2 Государство-участник признает, что на момент содержания г-на Ланцова под стражей следственные изоляторы были переполнены более чем в два раза, в связи с чем условия содержания не соответствовали установленным нормам. Комиссией в ходе проверки не было установлено какой-либо медицинской ошибки. Диагноз причин смерти подтвержден актом судебно-медицинского исследования трупа от 13 мая 1995 года.

6.3 Преображенская межрайонная прокуратура Москвы, являющаяся государственным органом прокуратуры, не возбудила уголовное дело в связи с отсутствием события преступления. Впоследствии это решение было подтверждено Московской городской прокуратурой. В ходе проверки дела был установлен факт несвоевременного извещения родственников о смерти, в связи с чем виновный работник был привлечен к дисциплинарной ответственности.

6.4 Государство-участник признает, что в общем плане условия содержания в следственных изоляторах являются серьезной проблемой для России, которую трудно решить в одночасье. Для улучшения условий содержания в следственных изоляторах разработан ряд мер по реформированию тюремной системы с целью приведения ее в соответствие с международными стандартными правилами обращения с заключенными. В качестве примера последних шагов в этом направлении государство-участник ссылается на два президентских указа и постановление правительства, предусматривающих передачу тюремных учреждений из министерства внутренних дел в министерство юстиции. Идет процесс увеличения количества мест в следственных изоляторах и тюрьмах, который, однако, тормозится финансовыми трудностями.

Вопросы и процедура их рассмотрения в Комитете

8.2 Комитет должен принять решение, нарушило ли государство-участник пункт 1 статьи 6, статью 7 и пункт 1 статьи 10 Пакта в связи со смертью сына автора сообщения.

9.1 В отношении условий содержания под стражей Комитет отмечает, что государство-участник признает, что тюремные условия были плохими и что на момент событий в следственных изоляторах содержалось в два раза больше задержанных по сравнению с установленной нормой. Комитет принимает также к сведению конкретную информацию, полученную от автора, в частности о том, что количество задержанных лиц фактически в пять раз превышало установленную норму и что условия содержания в тюрьме «Матросская тишина» были бесчеловечными вследствие плохой вентиляции, некачественной пищи и антисанитарии. Комитет считает, что содержание сына автора в условиях, существовавших в этой тюрьме

в тот период, повлекло за собой нарушение его прав в соответствии с пунктом 1 статьи 10 Пакта.

9.2 В отношении смерти г-на Ланцова Комитет принимает к сведению утверждения автора о силе свидетельских показаний ряда сокамерников о том, что после ухудшения состояния здоровья сына автора ему была оказана помощь лишь в последние несколько минут его жизни, что тюремные власти отказывали в такой помощи в предыдущие дни и что все это привело к его смерти. Он также принимает к сведению информацию, представленную государством-участником, в частности о том, что было проведено несколько расследований причин смерти, каковыми оказалась острая пневмония, приведшая к сердечной недостаточности, и что г-н Ланцов не обращался за медицинской помощью. Комитет заявляет, что обязанность обеспечивать задержанным право на жизнь возлагается на государство и что сами задержанные не обязаны просить о защите. Заявленное намерение государства-участника улучшить условия не имеет никакого отношения к рассмотрению данного дела. Комитет отмечает, что государство-участник не опровергло наличия причинно-следственной связи между условиями содержания под стражей г-на Ланцова и роковым ухудшением состояния его здоровья. Кроме того, даже в том случае, если Комитет будет исходить из утверждения, что ни сам г-н Ланцов, ни его сокамерники вовремя не обратились за медицинской помощью, главное по-прежнему заключается в том, что государство-участник при аресте и помещении под стражу отдельных лиц, берет на себя обязанность заботиться об их жизни. При установлении порядка содержания задержанных в следственных изоляторах, получение в разумно ожидаемых пределах информации о состоянии их здоровья является обязанностью самого государства. Отсутствие финансовых средств отнюдь не уменьшает этой обязанности. Комитет считает, что при надлежащей организации медицинского обслуживания в следственном изоляторе медицинские работники могли и должны были знать об опасном ухудшении состояния здоровья г-на Ланцова. Он считает, что государство-участник не приняло надлежащих мер для защиты жизни г-на Ланцова в период его пребывания в следственном изоляторе. Исходя из этого, Комитет по правам человека приходит к заключению, что в данном деле имело место нарушение пункта 1 статьи 6 Пакта.

9.3 В свете вышеуказанных выводов о нарушениях статьи 6 и статьи 10 Пакта Комитет не считает необходимым высказывать свое мнение в отношении нарушения статьи 7.

10. Комитет по правам человека, действуя на основании пункта 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, считает, что государство-участник не выполнило

своего обязательства обеспечить защиту г-на Ланцова, смерть которого явилась прямым результатом существующих условий тюремного содержания. Комитет констатирует факт нарушения пункта 1 статьи 6 и пункта 1 статьи 10 Пакта.

11. Комитет считает, что г-жа Ланцова в соответствии с подпунктом (а) пункта 3 статьи 2 Пакта имеет право на эффективное средство правовой защиты. Государству-участнику следует принять эффективные меры, а именно: а) выплатить соответствующую компенсацию; в) назначить официальное расследование причин смерти г-на Ланцова; и с) обеспечить, чтобы аналогичные нарушения не совершались в будущем, в частности, посредством принятия немедленных мер по приведению условий содержания под стражей в соответствии с обязательством государства-участника согласно статье 6 и статье 10 Пакта.

Торговля людьми Современное рабство

Торговля людьми

ОБСЕ, изложение фактов¹⁵⁰

Согласно недавним минимальным оценкам Международной организации труда, 25 миллиона человек становятся жертвами торговли людьми во всем мире, из которых около 500 тысяч находятся в регионе ОБСЕ. Глобально, дети составляют от 40 до 50 процентов из общего числа жертв.

Существенным элементом торговли людьми является эксплуатация людей в условиях, приближенных к рабству. Жертвы торговли людьми приводятся в незнакомую и изолированную среду, где они работают под угрозой насилия или других средств принуждения, часто, чтобы выплатить обратно взятые в долг деньги.

Эти люди обычно не говорят на местном языке, не знают своих прав, лишены документов, и сильно зависят от своих эксплуататоров в вопросах питания и проживания, а также в установлении контакта с внешним миром. Они не могут свободно уйти, так как они не имеют никакой реальной и приемлемой альтернативы, кроме как подчиниться эксплуатации.

Люди становятся жертвами торговли людьми в целях:

¹⁵⁰ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, OSCE, public doc. available at: <http://www.osce.org/cthb/74755>.

1. Сексуальной эксплуатации.
2. Трудовой эксплуатации, в том числе в качестве домашней прислуги.
3. В других целях, в том числе, в целях принудительного попрошайничества, насильственного вовлечения в преступления и извлечения органов.

Торговля людьми по-прежнему остается обделенной вниманием в политике и практике. Несмотря на значительный прогресс, достигнутый в течение последних десяти лет, есть еще много работы в области предупреждения, судебного преследования и защиты прав жертв.

Число арестов, фактов судебного преследования и осуждения торговцев людьми остается на низком уровне, и резко контрастирует с оценочным числом жертв. Слишком часто такие жертвы остаются неопознанными, и многие из них депортированы или даже привлечены к ответственности за преступную деятельность, в которой они принимали участие, что явилось прямым результатом того, что они были жертвами торговли. Торговля людьми является грубым нарушением прав человека, основных свобод и человеческого достоинства, и часто выражается в форме насилия в отношении женщин.

Торговля людьми также в основном бизнес организованной преступности, который достиг огромных масштабов и приносит огромные прибыли. Торговля процветает и питается от коррупции, и подрывает принципы верховенства права и экономической стабильности. Он представляет собой реальную угрозу для жизни и благосостояния граждан и общества в целом.

Как следствие, в настоящее время торговля людьми является серьезной транснациональной угрозой безопасности в регионе ОБСЕ и за его пределами.

Что такое контрабанда мигрантов?¹⁵¹

Осознание составных элементов незаконного ввоза мигрантов и связанное с ним поведение является необходимым условием для выявления, расследования и судебного преследования преступлений. Статья 3 Протокола незаконного ввоза мигрантов определяет незаконный ввоз мигрантов как:

¹⁵¹ UNDOC: Basic training manual on investigating and prosecuting the smuggling of migrants, Module 1: Concepts and categories of the smuggling of migrants and related conduct (2010).

«Обеспечение, с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду, незаконного проникновения лица в государство-участник, гражданином которого лицо не является».

Статья 6 Протокола требует установления уголовной ответственности за такое поведение.

Кроме того, статья 6 требует от государств установить уголовную ответственность за следующие деяния:

«Обеспечение условий для человека, который не является гражданином или постоянным жителем государства, для того, чтобы остаться в этом государстве без соблюдения необходимых требований для законного пребывания в государстве».

Что не является контрабандой мигрантов?

Важно подчеркнуть, что уголовная ответственность распространяется только на тех, кто наживается на незаконном ввозе мигрантов и связанным с этим поведением посредством финансовой или иной материальной выгоды. Примечания для толкования, для официальных отчетов по Протоколу о незаконном ввозе мигрантов, подчеркивают, что криминализация не должна покрывать таких лиц, как члены семьи или неправительственные и религиозные группы, которые способствуют незаконному въезду мигрантов по гуманитарным или некоммерческой причинам.

Протокол по незаконному ввозу мигрантов не вводит ответственность за миграцию как таковую. В этой связи в статье 5 говорится, что сами мигранты не должны нести ответственность за преступление контрабанды лишь потому, что они были контрабандным товаром:

«Мигранты не должны подлежать уголовному преследованию в соответствии с настоящим Протоколом, за то, что они были объектом деяний, указанных в статье 6 настоящего Протокола».

Эта статья была включена, чтобы ясно заявить, что никто не должен быть наказан со ссылкой на настоящий Протокол за то, что был контрабандным объектом.

Следует также отметить, что беженцы часто вынуждены полагаться на контрабандистов, чтобы бежать от преследования, грубых нарушений прав человека или конфликта. Они не должны привлекаться к уголовной ответственности за использование контрабандистов или незаконный въезд в страну (статья 31 Конвенции 1951 года о статусе беженцев и статья 19 Протокола о незаконном ввозе мигрантов).

Самоопределение

Общее замечание №12, Комитет по правам человека, Договорный орган по Международному пакту о гражданских и политических правах¹⁵²

Право на самоопределение

1. В соответствии с целями и принципами Устава Организации Объединённых Наций статья 1 Международного пакта о гражданских и политических правах признаёт, что все народы имеют право на самоопределение. Право на самоопределение имеет особое значение, поскольку его реализация является важнейшим условием для эффективной гарантии и соблюдения прав человека отдельных лиц, а также для расширения и укрепления этих прав. Именно по этой причине государства закрепили право на самоопределение в качестве одного из положений позитивного права в обоих пактах и поместили это положение в виде статьи 1 отдельно и перед всеми другими правами в обоих пактах.

2. В пунктах 1 и 2 статьи 1 провозглашается такое неотъемлимое право всех народов. В силу этого права они свободно «устанавливают свой политический статус и свободно обеспечивают своё экономическое, социальное и культурное развитие». Эта статья налагает на все государства-участников соответствующие обязательства. Это право и соответствующие обязательства, касающиеся его осуществления, взаимосвязаны с другими положениями Пакта и нормами международного права.

3. Хотя обязательства всех государств-участников по представлению докладов включают статью 1, лишь в некоторых докладах содержатся подробные разъяснения в отношении каждого из её пунктов. Комитет отмечает, что во многих докладах полностью игнорируется статья 1, приводится недостаточная информация, касающаяся этой статьи, или дело ограничивается ссылкой на законы о выборах. Комитет считает весьма желательным, чтобы доклады государств-участников содержали информацию по каждому пункту статьи 1.

4. Что касается пункта 1 статьи 1, то государствам-участникам надлежит описывать конституционные и политические процедуры, которые на практике позволяют осуществлять это право.

¹⁵² Article 1 (Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 134 (2003).

5. В пункте 2 закрепляется особый аспект экономического содержания права на самоопределение, а именно право народов для достижения своих целей свободно «распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами без ущерба для каких-либо обязательств, вытекающих из международного экономического сотрудничества, основанного на принципе взаимной выгоды, и из международного права. Ни один народ ни в коем случае не может быть лишён принадлежащих ему средств существования». Это право влечёт за собой соответствующие обязанности всех государств и международного сообщества. Государствам надлежит указывать любые факторы или трудности, которые в нарушение положений этого пункта препятствуют им свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами, а также указывать, в какой степени это влияет на осуществление других прав, провозглашённых в этом Пакте.

6. Пункт 3, по мнению Комитета, имеет особо важное значение, поскольку он налагает на государства-участников конкретные обязательства не только по отношению к их собственным народам, но и по отношению к народам, которые ещё не могут или были лишены возможности осуществить своё право на самоопределение...

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН по праву на самоопределение 2649¹⁵³

Генеральная Ассамблея,

подчеркивая значение всеобщего осуществления права народов на самоопределение и скорейшего предоставления независимости колониальным странам и народам для эффективной гарантии и соблюдения прав человека,

Будучи озабочена тем, что многим народам все еще отказывается в праве на самоопределение, и они все еще находятся под колониальным и иностранным господством,

Сожалея о том, что обязательства, взятые на себя государствами по Уставу Организации Объединенных Наций, и решения, принятые органами Организации Объединенных Наций, оказались недостаточными для обеспечения уважения права народов на самоопределение во всех случаях.

1. Подтверждает законность борьбы народов, находящихся под колониальным и иностранным господством, за которым признается право

¹⁵³ General Assembly resolution 2649, of 30 November 1970, GAOR (25th Sess., Supp. No. 27), UN Doc. A/RES/2649.

на самоопределение, в целях восстановления ими этого права любыми имеющимися в их распоряжении средствами.

2. Признает за народами, находящимися под колониальным или иностранным господством, право добиваться и получать в ходе законного осуществления ими своего права на самоопределение любую моральную и материальную поддержку в соответствии с резолюциями Организации Объединенных Наций и духом Устава Организации Объединенных Наций.

3. Призывает все правительства, которые отказывают народам, находящимся под колониальным и иностранным господством в праве на самоопределение, признать и соблюдать это право, согласно соответствующим международным документам, а также принципам и духу Устава.

4. Считает, что приобретение и сохранение за собой территории в нарушение права народа этой территории на самоопределение является недопустимым и представляет собой грубое нарушение Устава.

5. Осуждает те правительства, которые отказывают в праве на самоопределение народам, за которыми признается такое право в международных документах, особенно народам южной части Африки и Палестины.

6. Предлагает Комиссии по правам человека изучить на своей двадцать седьмой сессии вопрос об осуществлении резолюций Организации Объединенных Наций, касающихся права на самоопределение народов, находящихся под колониальным и иностранным господством, и представить в кратчайший срок через Экономический и Социальный Совет свои выводы и рекомендации Генеральной Ассамблее.

1915-е пленарное заседание, 30 ноября 1970 года.

Самоопределение и разрешение конфликтов: из Косово в Судан, Луиза Арбур¹⁵⁴

Введение

[...] Кризисная группа занималась различными ситуациями в последние несколько лет, когда конфликт, в том числе вооруженный конфликт, был вызван либо предполагаемым осуществлением права на самоопределение, или усилиями, чтобы противостоять ему. Во многих случаях претензии

¹⁵⁴ Выступление Луизы Арбур, президента и главного исполнительного директора Международной кризисной группы в Карнеги Совете по этике в области международных отношений, 22 сентября 2010 года. Г-жа Арбур является бывшим Верховным комиссаром ООН по правам человека, а до этого служила судьей Верховного суда Канады.

на отделение уходят корнями в историю репрессий, исключительного видения управления, или отказа в правах для меньшинств. Я упомянула Косово, Шри-Ланку и Судан, но я могла так же легко включить Черногорию - там, где мы поддержали независимость; Северный Ирак, где мы защитили единство и территориальную целостность Ирака, или Абхазию, Южную Осетию, Нагорный Карабах, Сомали, Ачех или Кашмир, где мы не заняли ясной позиции за или против отделения.

Международно-правовая база

Направленность моих аргументов начинается с положения, что ни право на самоопределение, ни принцип территориальной целостности не могут априори иметь преимущество друг над другом. Только поняв, когда и как право на самоопределение реализуется, мы можем эффективно ввести в действие процессы, которые дают какой-то шанс предотвратить или быстро окончить сепаратистские основы конфликтов.

Итак, давайте начнем с законодательной базы. И в этой связи, последнее заключение Международного Суда относительно законности одностороннего провозглашения независимости Косово является полезным фоном. 22 июля 2010 года Международный Суд вынес свое необязательное мнение по вопросу, поставленному для него Генеральной Ассамблеей: «Является ли одностороннее провозглашение независимости временных институтов самоуправления Косово соответствующим международному праву?».

[...] Он пришел к выводу, что в этих обстоятельствах, одностороннее провозглашение Косово не было в нарушение норм международного права. Суд, однако, не пошел дальше. Он явно воздержался от решения вопроса о законности отделения в принципе. Он не рассмотрел эффективность одностороннего провозглашения независимости Косово, или уровень международного признания, необходимого для создания независимого, суверенного государства Косово.

Вопрос того, может или не может мнение Международного суда по делу Косово привести к волне дополнительного признания независимости Косово является политической реакцией. Как Суд указывает, некоторые односторонние декларации о независимости в прошлом были специально отвергнуты международным сообществом - в Южной Родезии в 1965 году, Северный Кипр в 1983 году и республика в Боснии в 1992 году. Но во всех этих случаях Совет Безопасности вынес определение на основе конкретной ситуации, существующей на момент когда эти заявления были сделаны. Незаконность этих деклараций независимости вытекает не из их одностороннего характера, но из того, что они были, или могли быть,

связанны с незаконным использованием силы или с другими вопиющими нарушениями норм международного права. Исключительный характер резолюций в отношении Южной Родезии, Северного Кипра и Сербской Республики подтвердил, по мнению Суда, что никакой общий запрет на одностороннее провозглашение независимости не может быть выведен из предыдущих решений Совета Безопасности.

Таким образом, хотя сепаратисты могли бы быть довольны мнением суда в случае с Косово, в равной степени это могут сделать и те, кто утверждает святость их существующих границ, что является абсолютным препятствием для любых сепаратистских требований. Международный суд в деле Косово оставляет без ответа важный правовой вопрос о праве на отделение, и можно ли его найти в праве на самоопределение, и если да, то при каких обстоятельствах.

На первый взгляд, право народов на свободное определение своего политического статуса не решает, как и когда это право должно осуществляться. Независимо от осуществления права на самоопределение, этот вопрос касается и права на полный государственный суверенитет, и, следовательно, требует рассмотрения принципа территориальной целостности государств. Этот принцип является наиболее часто выдвигаемым для блокировки сепаратистских требований. Суд при рассмотрении дела Косово сделал важное замечание - а именно, что сфера принципа территориальной целостности сводится к сфере отношений между государствами. В отличие от этого, однако, право на самоопределение касается взаимоотношений между государством и «народом». Это важное различие - и когда есть столкновение конкурирующих принципов, они должны быть истолкованы таким образом, чтобы максимально полно оценить эффект того и другого. Поэтому мы должны стремиться примирить эти, казалось бы, конкурирующие принципы.

Международное право разработало структуру для достижения совместности этих конкурирующих принципов через утверждение о том, что самоопределение является правом, которое должно быть реализовано изначально на внутреннем уровне. Это накладывает на суверенные государства серьезные обязательства в отношении как демократии - участие народа в определении своего политического статуса - и защита прав меньшинств, в целях обеспечения свободного поиска людьми экономического, социального и культурного развития.

Но когда государство не в состоянии или не желает обеспечить внутреннее осуществление права на самоопределение, это право может стать внешним правом, и в этот момент изменится принцип территориальной

целостности, когда обеспечится возможность того, чтобы «люди» получили право отделиться от метрополии.

Пограничный спор (Буркина-Фасо / Республика Мали), 1986¹⁵⁵

25. Тем не менее, это интересно как этот важный принцип выдержал новые вызовы к международному праву, как это было в Африке, где последовательное достижение независимости и возникновение новых государств сопровождалось определенной нагрузкой на традиционное международное право. На первый взгляд, этот принцип не имеет прямого конфликта с правом народов на самоопределение. В действительности, однако, содержание территориального статус-кво в Африке часто рассматривается как мудрое решение, которое позволит сохранить результат, который был достигнут за счет народов, которые боролись за свою независимость, и во избежание трудностей для достижений, которые континент достиг такими многими жертвами. Желание стабильности для выживания, развития и укрепления своей независимости во всех областях, побудило африканские государства дать согласие на соблюдение колониальных границ, и учитывать это в интерпретации принципа самоопределения народов.

Отдельное мнение судьи Лушера

[О.М. Лушер] В правовом дискурсе термин «деколонизации» должен использоваться с большой осторожностью и необходимо, прежде всего, не путать его с движением к независимости.

С одной стороны, было бы неправильно игнорировать определенное мнение - которое, как и все мнения, заслуживает некоторого уважения - о том, что независимость не является противоположностью колонизации, а ее венцом, особенно в тех случаях, когда оно было получено, без боя, от административного органа, который способствует культурному, экономическому, социальному и политическому прогрессу жителей, такой прогресс является основой любой подлинной независимости.

С другой стороны, это право народов определять свое собственное будущее, которое получило благословение международного права: право, которое закреплено в конституции Франции 1958 года в отношении

¹⁵⁵ Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554, and Separate Opinion by Judge Luchaire, p. 652.

существовавших тогда французских заморских территорий, в том числе французский Судан (ныне Республика Мали) и Верхняя Вольта (ныне Буркина-Фасо). Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций от 14 декабря 1960 года (1514 (XV) Генеральной Ассамблеи) указывает, признавая, что правом на самоопределение обладают все народы, то, что они «свободно устанавливают свой политический статус», но осуществление этого права не обязательно ведет к независимости государства с теми же границами, как у бывшей колонии. Это может привести (см. перечень факторов в приложении к резолюции Генеральной Ассамблеи 648 (VII) от 10 декабря 1952 г.) либо к:

- независимости в рамках вышеупомянутых географических рамок или
- интеграции с территорией управляющей державы с строгим равенством прав как между отдельными людьми, независимо от того, лежат ли их истоки в бывшей колонии или бывшей метрополии, или слияние с соседним государством на тех же условиях равенства,

или

- добровольное объединение бывших колоний с бывшей метрополией.

Пытки и судебный процесс

***Международный пакт о гражданских и политических правах*¹⁵⁶**

Статья 7

Никто не должен подвергаться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим его достоинство обращению или наказанию. В частности, ни одно лицо не должно без его свободного согласия подвергаться медицинским или научным опытам.

Статья 10

1. Все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение

¹⁵⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI), GAOR (Supp. (No. 16) at 52), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976.

и уважение достоинства, присущего человеческой личности.

Отабек Ахадов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека ¹⁵⁷

1. Автором сообщения является г-н Отабек Ахадов, гражданин Узбекистана, 1979 года рождения. Он утверждает, что стал жертвой нарушений Кыргызстаном его прав, предусмотренных в статье 6, статье 7, статье 9, пункте 1 статьи 10, пункте 1 статьи 14, пункте 3 статьи 2 в сочетании с пунктом 3 в статьи 14, пункте 3 g статьи 14 и пункте 1 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах. Факультативный протокол вступил в силу для государства-участника 7 января 1995 года. Автор представлен адвокатом.

Факты в изложении автора

2.1 28 марта 2000 года г-н Нигмат Базаков, Председатель общества уйгуров «Иттипак», был застрелен вблизи своего дома на улице Мусы Джалиля в Бишкеке. 29 марта 2000 года по факту этого убийства следственные органы возбудили уголовное дело. 25 мая 2000 года в Бишкеке был совершен теракт, в результате которого погиб китайский гражданин г-н Абдукадыр Гулам и ранены несколько членов китайской делегации, а также граждане Кыргызстана. 6 июля 2000 года автор был арестован по подозрению в совершении упомянутых выше преступлений.

2.2 Арест автора официально не регистрировался до 7 июля 2000 года. В период между его задержанием и 21 июля 2000 года автор содержался в следственном изоляторе (СИЗО) Управления внутренних дел города Бишкека. В течение этого периода автора подвергали пыткам и жесткому обращению сотрудники Уголовного розыска. Его пытали в разное время суток, иногда между 9 и 12 часами утра, в другие дни - после обеда или между 17 и 23 часами вечера. Автору связывали руки и сотрудники милиции били его кулаками и наносили удары по чувствительным частям его тела (голове, спине, а также по почкам, легким и печени); кроме того, они били тяжелыми предметами по кончикам его ног и голове, сильно прижимали грудью к столу, били по затылку предметами, наполненными водой, и прижигали его руки сигаретами. У него нередко шла кровь, и до

¹⁵⁷ Otabek Akhadov v. Kyrgyzstan, Communication No. 1503/2006, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCRP/C/101/D/1503/2006, (29 April 2011).

сих пор на теле сохранились следы побоев. Автора также принуждали принимать психотропные вещества. Кроме того, автор называет имена двух высокопоставленных сотрудников, которые, по его словам, знали о том, что его подвергают пыткам.

2.3 7 июля 2000 года после официального оформления документов об аресте автора следователи назначили ему адвоката, которого он не выбирал. Адвокат не предпринял никаких мер для его защиты. 9 июля 2000 года, будучи более не в состоянии выносить побои и находясь под угрозой новых актов жестокого обращения, автор подписал признание в совершении преступлений, в которых его обвиняли следователи. 10 июля 2000 года знакомые автора наняли для его защиты другого адвоката, г-жу Голишеву. В тот же день адвокат подала жалобу на жестокое обращение с автором и ходатайствовала о проведении его медицинского освидетельствования для установления факта применения к нему пыток. Исходя из ходатайства адвоката, старший следователь издал постановление о проведении медицинского освидетельствования, но до 10 августа 2000 года оно не проводилось. Медицинский эксперт дал свое заключение о том, что следы на теле автора совместимы с тем видом телесных повреждений, которые он описывал, и со временем нанесения таких повреждений. Адвокат не подавала никаких иных жалоб и не направляла никаких иных ходатайств, поскольку, по словам автора, она испугалась репрессий.

2.6 На протяжении всего судебного разбирательства автор отрицал свою вину. В своих письменных показаниях, представленных городскому суду Бишкека 22 июля 2002 года, он пожаловался на то, что признание, сделанное им в ходе следствия, было получено под пытками, и заявил о своей невинности. В июле 2002 года (дата точно не указана) автор также направил жалобу Президенту Республики на то, что его подвергали пыткам. Ни одна из этих жалоб рассмотрена не была.

Жалоба

3.1 Автор заявляет, что стал жертвой нарушений Кыргызстаном его прав, предусмотренных в статье 6, статье 7, статье 9, пункте 1 статьи 10, пункте 1 статьи 14, пункте 3 статьи 2 в сочетании с пунктом 3 b статьи 14, пункте 3 g статьи 14 и пункте 1 статьи 15 Пакта.

3.2 Автор отмечает, что его права, закрепленные в пункте 3 статьи 2 и пункте 3 b статьи 14, были нарушены государством-участником, поскольку он не был проинформирован о своих правах отказаться от дачи показаний и не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя. Кроме того, ему не была предоставлена помощь адвоката с момента ареста; его не проинформировали о его праве на получение правовой

помощи, несмотря на то, что он просил оказать ему такую помощь сразу же после его задержания.

Замечания государства-участника относительно приемлемости и существа сообщения

4.2 Государство-участник отмечает, что утверждения автора о том, что сотрудники правоохранительных органов применяли незаконные методы для принуждения его к даче признательных показаний, и что он «был лишен права обжаловать решение суда, а его право на защиту обеспечено не было, не соответствуют действительности». Государство-участник заявляет о том, что представленная адвокатом автора жалоба была рассмотрена в апелляционном порядке городским судом Бишкека, который оставил приговор Суда первой инстанции в силе без каких-либо изменений. Государство-участник также сообщает, что в соответствии с действующим законодательством пересмотр обвинительного приговора по ходатайству осужденного лица, «не ухудшающий положение осужденного, не ограничен временными рамками». Поэтому автор вправе обжаловать вынесенный ему приговор в Верховном суде в порядке судебного надзора через шесть лет после вынесения судебного решения.

Рассмотрение сообщения по существу

7.3 Комитет напоминает, что при поступлении жалобы на жестокое обращение в нарушение статьи 7 государство-участник должно расследовать ее безотлагательно и беспристрастно. Хотя в решении городского суда Бишкека от 30 июля 2002 года упоминаются утверждения г-на Ахадова о применении пыток, они отклоняются общим заявлением о том, что материалы дела подтверждают вину обвиняемого. Комитет полагает, что в обстоятельствах настоящего дела государство-участник не представило доказательств того, что его власти оперативно и надлежащим образом рассмотрели утверждения автора о применении пыток как в контексте национальных уголовных процедур, так и в контексте настоящего сообщения. Поэтому утверждения автора заслуживают самого серьезного отношения. Исходя из вышеизложенного, Комитет делает вывод о том, что представленные ему факты свидетельствуют о нарушении прав г-на Ахадова, предусмотренных в статье 7 и пункте 3 г статьи 14 Пакта. С учетом этого вывода необходимость в отдельном рассмотрении утверждения автора по статье 10 Пакта отсутствует.

7.5 Комитет констатирует, что в настоящем деле суды - и это не оспаривалось государством-участником - не рассмотрели надлежащим образом жалобы жертвы на жестокое обращение со стороны сотрудников милиции. Комитет полагает, что вследствие этого в ходе уголовного судопроиз-

водства по делу г-на Ахадова были допущены серьезные процессуальные нарушения, что ставит под сомнение справедливость разбирательства в целом. В отсутствие каких-либо замечаний государства-участника в этой связи и не имея необходимости рассматривать каждое из соответствующих утверждений автора по отдельности, Комитет полагает, что в обстоятельствах данного дела представленные факты свидетельствуют об отдельном нарушении прав автора по пункту 1 статьи 14 Пакта. С учетом этого вывода и ввиду того, что автор был приговорен к смертной казни после судебного разбирательства, проведенного с нарушением гарантий справедливого судебного разбирательства, Комитет констатирует, что автор также является жертвой нарушения его прав, предусмотренных статьей 6 в сочетании со статьей 14 Пакта.

8. Действуя в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, Комитет по правам человека констатирует, что государство-участник нарушило статью 6 в сочетании со статьей 14; статью 7 и пункт 3 g статьи 14; статью 9 и пункт 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

9. Комитет полагает, что в соответствии с пунктом 3 а статьи 2 Пакта государство-участник обязано предоставить автору эффективное средство правовой защиты, в частности, провести всестороннее и тщательное расследование утверждений о применении пыток и жестокого обращения и возбудить уголовное дело против лиц, виновных в жестоком обращении с автором; рассмотреть вопрос о повторном разбирательстве его дела в соответствии со всеми гарантиями, закрепленными в Пакте, или о его освобождении; а также предоставить автору надлежащее возмещение ущерба, включая компенсацию. Государство-участник также обязано принять меры для недопущения подобных нарушений в будущем.

Дмитрий Гридин против России, Решение Комитета по правам человека, 2000¹⁵⁸

1. Автором сообщения является Дмитрий Леонидович Гридин, российский студент, родившийся 4 марта 1968 года. Он утверждает, что является жертвой нарушения Россией пунктов 1, 2, 3 b, e и g статьи 14 Пакта. В связи с этим делом, как представляется, возникают также вопросы по статьям

¹⁵⁸ Dimitry L. Gridin v. Russian Federation, Communication No. 770, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/770/1997 (2000).

9 и 10 Пакта. Его представляет г-н А. Манов из Центра содействия международной защите.

Факты в изложении автора

2. Автор сообщения был арестован 25 ноября 1989 года по обвинению в покушении на изнасилование и убийство гражданки Зыкиной. Во время содержания под стражей ему были также предъявлены обвинения в еще шести нападениях. 3 октября 1990 года Челябинский областной суд признал его виновным в совершении преступлений по предъявленным обвинениям и приговорил его к смертной казни. Его кассационная жалоба в Верховный суд 21 июня 1991 года была оставлена без удовлетворения. Последующие жалобы были отклонены 21 октября 1991 года и 1 июля 1992 года. Жалобы в прокуратуру также были отклонены соответственно 12 декабря 1991 года, 16 января и 11 марта 1992 года. 3 декабря 1993 года назначенное автору наказание в виде смертной казни было заменено пожизненным лишением свободы.

Жалоба

3.1 Автор утверждает, что ордер на его арест был выдан 29 ноября 1989 года, т.е. более чем через трое суток после его задержания. Он также заявляет, что возможность встретиться с адвокатом, несмотря на его просьбы, ему не предоставлялась до 6 декабря 1989 года.

3.2 Он утверждает, что его допрашивали в течение 48 часов, причем в это время его не кормили и не давали спать. У него также были изъяты очки, и в силу близорукости он мало что мог видеть. В ходе допроса его избивали. Он заявляет, что ему было сказано, что его семья от него отказывается и что единственный для него способ избежать смертной казни - это дать признательные показания. После этого он признал свою вину по шести предъявленным обвинениям, а также по трем другим обвинениям.

3.3 Утверждается, что адвокат автора не ставился следователем в известность о планируемых следственных действиях. В частности, в январе 1990 года автор был направлен на медицинскую экспертизу, а его адвокат не был поставлен об этом в известность.

3.4 Автор заявляет, что при использовании вещественных доказательств были допущены нарушения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. ...

3.5 Автор заявляет, что было нарушено его право на презумпцию невиновности. В период с 26 по 30 ноября 1989 года по радио и в газетах было объявлено, что автор является тем самым внушающим страх убий-

цей – «лифтером», который изнасиловал нескольких девушек и трех из них убил. Кроме того, 9 декабря 1989 года начальник милиции объявил, что он уверен в том, что именно автор является убийцей, и это заявление было передано по телевидению. Автор утверждает также, что следователь объявил его виновным на собраниях общественности до слушания дела в суде и призвал общественность выделить общественных обвинителей. Автор заявляет, что в результате этого на слушании его дела присутствовали десять общественных обвинителей, в то время как защищал его один общественный защитник 2, который позднее был вынужден покинуть зал заседания суда 3. По словам автора, зал суда был заполнен людьми, кричавшими, что автора следует приговорить к смертной казни. Он также заявляет, что общественные обвинители и потерпевшие угрожали свидетелям и защите и что судья не сделал ничего, чтобы пресечь это. В силу этих обстоятельств отсутствовала надлежащая возможность допросить в суде главных свидетелей.

Представление государства-участника и замечания по нему автора сообщения:

[...]

4.3 Государство-участник утверждает, что заявлений о применении физического воздействия работниками милиции от автора и его адвоката в судебном заседании не поступало. Государство-участник утверждает далее, что на протяжении всего предварительного следствия, в том числе и в присутствии адвоката, автор давал подробные показания об обстоятельствах совершенных преступлений. По утверждению государства-участника, автор изменил свои показания лишь в суде под давлением, которое на него оказывали его родственники.

Вопросы и порядок их рассмотрения в Комитете:

[...]

6.4 В том что касается утверждений о грубом обращении и о физическом воздействии со стороны работников милиции во время следствия, включая отказ автору в возможности пользоваться очками, то из представленных Комитету материалов явствует, что в большинстве своем эти жалобы не высказывались на суде. Все эти доводы приводились в кассационной жалобе, но Верховный суд нашел их необоснованными. В этих условиях Комитет находит, что автор не обосновал заявление по смыслу статьи 2 Факультативного протокола.

6.5 По поводу утверждения о том, что адвокат автора не был поставлен в известность о датах проведения следственных действий в связи с

медицинскими освидетельствованиями, Комитет отмечает, что этот вопрос стал предметом проверки со стороны Верховного суда, который не обнаружил никаких нарушений закона, и исходя из этого считает, что это заявление остается недостаточно обоснованным для целей признания его приемлемым.

7. Комитет объявляет остальные заявления приемлемыми и приступает к рассмотрению по существу всех приемлемых заявлений в свете данных, предоставленных ему сторонами, как это требуется пунктом 1 статьи 5 Факультативного протокола.

8.1 В отношении утверждения о том, что автор был арестован без соответствующей санкции и что такая санкция была дана спустя более чем трое суток после ареста в нарушение национального законодательства, которое предусматривает, что санкция должна даваться в течение 72 часов после ареста, Комитет отмечает, что этот вопрос не был затронут государством-участником. В этой связи Комитет считает, что с учетом обстоятельств данного дела автор был лишен свободы с нарушением процессуальных норм, установленных законом, и, следовательно, делает вывод о том, что представленные на его рассмотрение факты обнаруживают нарушение пункта 1 статьи 9.

8.2 В том, что касается заявления автора о том, что ему было отказано в праве на справедливое судебное разбирательство в нарушение пункта 1 статьи 14, в особенности в силу того, что суд не принял мер к нейтрализации враждебной обстановки и давления, оказываемого публикой, находившейся в зале суда, вследствие чего защитник оказался не в состоянии надлежащим образом провести допрос свидетелей обвинения и изложить доводы защиты, Комитет отмечает, что в ходе рассмотрения жалобы автора Верховный суд останавливался на этом вопросе, но не принял по нему никакого конкретного решения. Комитет считает, что ведение судебного процесса в том виде, в каком оно изложено выше, дает основания говорить о нарушении права автора на справедливое судебное разбирательство по смыслу пункта 1 статьи 14.

8.3 Относительно утверждения о нарушении презумпции невиновности, включая публичные заявления высокопоставленных руководителей правоохранительных органов, в которых автор упоминался как виновное лицо и которые получили широкое освещение в средствах массовой информации, Комитет отмечает, что во время рассмотрения жалобы автора Верховный суд останавливался на этом вопросе, но не принял по нему конкретного решения. Комитет ссылается на свое Замечание общего порядка № 13 по статье 14, в котором говорится, в

частности, следующее: «Поэтому все государственные власти обязаны воздерживаться от предопределения исхода судебного процесса». В данном случае Комитет считает, что власти не проявили сдержанности, которой требует от них пункт 2 статьи 14, и что тем самым права автора были нарушены.

8.4 По поводу остальных заявлений, содержащихся в пунктах 3.4 и 3.7 выше, Комитет отмечает, что Верховный суд рассматривал конкретные заявления автора, согласно которым имело место манипулирование вещественными доказательствами, не была соблюдена процедура опознания автора свидетелями и имели место расхождения между показаниями на суде и показаниями, зафиксированными в протоколах. Однако отказ суда признать подтвердившимися эти конкретные утверждения не затронул вопроса о справедливости судебного разбирательства в целом и поэтому не имеет последствий для вывода Комитета о том, что пункт 1 статьи 14 Пакта был нарушен.

8.5 В отношении же утверждения о том, что автор не мог получить доступа к адвокату в течение первых пяти дней после ареста... Комитет считает, что отказ автору в праве воспользоваться помощью адвоката, хотя он заявлял такое требование, и проведение допроса автора в этот период представляют собой нарушение прав автора по пункту 3 b статьи 14. Кроме того, Комитет считает, что тот факт отсутствия у автора возможности консультироваться со своим адвокатом наедине – утверждение, которое не было опровергнуто государством-участником, – также является нарушением пункта 3 b статьи 14 Пакта.

10 В соответствии с пунктом 3 a статьи 2 Пакта государство-участник обязано обеспечить г-ну Гридину эффективное средство правовой защиты, влекущее за собой компенсацию и его немедленное освобождение. Государство-участник обязано также принять меры для предупреждения подобных нарушений в будущем.

11. Принимая во внимание тот факт, что, став государством - участником Факультативного протокола, государство-участник признало компетенцию Комитета определять, имело ли место нарушение Пакта, и что в соответствии со статьей 2 Пакта государство-участник обязалось обеспечить всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в Пакте, и предоставлять обеспеченное правовой санкцией эффективное средство правовой защиты в случае установления факта нарушения, Комитет хотел бы получить от государства-участника в течение 90 дней информацию о мерах, принятых для осуществления содержащихся в соображениях Комитета выводов.

Феликс Кулов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2010¹⁵⁹

1. Автором сообщения является г-н Феликс Кулов, гражданин Кыргызстана, 1948 года рождения, который на момент представления сообщения отбывал срок лишения свободы в Кыргызстане. Он утверждает, что стал жертвой нарушений Кыргызстаном статьи 2; статьи 7; пунктов 1, 3 и 4 статьи 9; пунктов 1, 2, 3 а-е и 5 статьи 14; статьи 15; статьи 19; а также пункта а статьи 25 Международного пакта о гражданских и политических правах. Факультативный протокол вступил в силу для Кыргызстана 7 января 1995 года.

Существо жалобы

3.2 [помимо других статей] Утверждается, что был нарушен пункт 1 статьи 9, поскольку автор был арестован 22 марта 2000 года, когда он находился на лечении в больнице, причем арест мотивировался подозрениями, что он будет препятствовать следствию или скроется. Автор утверждает, что решение о его заключении под стражу было незаконным, поскольку у следствия не было никаких доказательств того, что он намеревается скрыться или воспрепятствовать следствию. Он утверждает, что его содержание под стражей в 2000 году и в 2001-2002 годах было необоснованным и излишним.

Рассмотрение существа дела

8.2. Комитет принимает к сведению жалобу автора в связи со статьей 7 о том, что во время содержания в заключении в зданиях СНБ с 22 марта по 7 августа 2000 года, а также с 22 января 2001 года по апрель 2003 года ему было запрещено вести переписку и поддерживать связь с внешним миром и что он содержался без возможности общения с внешним миром. Государство-участник не прокомментировало это заявление. Комитет напоминает о своем Замечании общего порядка ¹ 20 (1992), касающемся запрещения пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, С учетом вышесказанного Комитет считает, что автор был подвергнут жестокому, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению в нарушение статьи 7 Пакта.

8.3. Комитет принимает к сведению утверждения автора в связи с пунктом 1 статьи 9 о том, что решение о его заключении под стражу было

¹⁵⁹ Felix Kulov v. Kyrgyzstan, Communication No. 1369/2005, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCRP/C/99/D/1369/2005 (26 July 2010).

незаконным, поскольку у следствия не было доказательств того, что он намеревался скрыться или воспрепятствовать следствию. Содержание под стражей должно быть также необходимым в любых обстоятельствах, например, в случае, если это диктуется необходимостью недопустить попытки скрыться или помешать собиранию доказательств либо совершению нового преступления. Государство-участник не показало, что эти факторы присутствовали в данном случае. В отсутствие любой иной информации Комитет делает вывод о том, что имело место нарушение пункта 1 статьи 9 Пакта.

8.4 В отношении пункта 3 статьи 9, рассматриваемого вместе с пунктами 1 и 2 статьи 2, автор заявляет, что постановление о его заключении под стражу было санкционировано прокурором, т.е. представителем исполнительной власти, в соответствии с законодательством, в его отсутствие, а также то, что он не был доставлен к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть. Комитет отмечает, что государство-участник не предоставило никакой информации, свидетельствующей о том, что прокурор обладает необходимой объективностью и беспристрастностью, чтобы рассматривать его в качестве «должностного лица, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть» по смыслу пункта 3 статьи 9 Пакта. ... Комитет пришел к выводу, что представленные факты свидетельствуют о нарушении прав автора по пункту 3 статьи 9 Пакта.

8.5 Автор также утверждает о нарушении пункта 4 статьи 9, поскольку, как сообщалось, с 6 февраля 2001 года он содержался в следственном изоляторе в связи с возбуждением против него третьего дела. По сообщениям, несколько раз в период 2001-2003 годов срок его заключения под стражу продлевался следствием с санкции прокурора, но в отсутствие какого-либо судебного контроля. Государство-участник не прокомментировало эти заявления. В отсутствие любой иной информации Комитет делает вывод о том, что имело место нарушение пункта 4 статьи 9 Пакта.

8.7 Комитет принимает к сведению утверждения автора о нарушении презумпции невиновности, поскольку, как сообщается, власти использовали национальные средства массовой информации, чтобы представить его в качестве уголовного преступника, его адвокатам было дано лишь ограниченное количество времени на изучение материалов дела, и были созданы «препятствия» с целью помешать изучению дополнительных доказательств, представленных следствием; автора дважды судили по обвинению в злоупотреблении должностными полномочиями, а третье судебное разбирательство, еще не завершённое на момент подачи данного

сообщения, было возбуждено на тех же основаниях; его ходатайство о допуске к делу адвоката из России было отклонено, хотя это допускалось по законодательству; ... В отсутствие любой информации со стороны государства-участника Комитет считает, что заявления автора следует считать достаточно весомыми, и делает вывод, что имело место нарушение пункта 2 и подпунктов b, c, d и e пункта 3 статьи 14 Пакта.

8. В отношении утверждений о том, что рассмотрение дела автора в рамках надзорной процедуры Верховным судом проходило в отсутствие автора и его адвокатов, но при участии прокурора, Комитет отмечает, хотя в соответствии с УПК государства-участника вопрос об участии обвиняемого на слушаниях в рамках процедуры надзорного производства решается самим судом, государство-участник не смогло объяснить причины, почему оно не разрешило автору и его адвокатам принять участие в разбирательстве в Верховном суде. В отсутствие любой иной информации Комитет считает, что имело место нарушение пункта 5 статьи 14 Пакта.

9. Комитет по правам человека, действуя в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, приходит к заключению, что государство-участник нарушило статью 7; пункты 1, 3, и 4 статьи 9; а также пункты 1, 2, подпункты b, c, d, e пункта 3 и пункт 5 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

10. В соответствии с пунктом 3 а статьи 2 Пакта государство-участник обязано предоставить автору эффективные средства правовой защиты, в том числе надлежащую компенсацию, а также возбудить дело с целью установления ответственности за жестокое обращение с автором в соответствии со статьей 7 Пакта. Государство-участник также обязано не допускать подобных нарушений в будущем.

Жахонгир Максудов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2008¹⁶⁰

1.1 Авторы сообщений - Жахонгир Максудов, Адил Рахимов, Якуб Ташбаев и Расулджон Пирматов, все узбекские подданные, родившиеся в 1975, 1974, 1956 и 1959 гг., соответственно. Во время рассмотрения их случаев всем был предоставлен статус беженца Офисом Верховного комиссара

¹⁶⁰ Zhakhongir Maksudov and Adil Rakhimov, Yakub Tashbaev and Rasuldzhon Pirmatov v. Kyrgyzstan, Communication Nos. 1461,1462,1476& 1477/2006, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/93/D/1461,1462,1476& 1477/2006 (31 July 2008).

ООН по делам беженцев (Управление Верховного Комиссариата ООН по делам беженцев), во время, когда они содержались в исправительном учреждении (СИЗО) города Оша, Кыргызстан, ожидая перемещения в Узбекистан на основе запроса выдачи от узбекской Прокуратуры.

1.2. 6 марта 2006 года (для Максудова и Рахимова), 8 июня 2006 (для Ташбаева) и 13 июня 2006 (для Пирматова), в соответствии с Правилom 92 его Правил о процедурах, Комитет по правам человека, представляющий интересы через его Специального докладчика о новых сообщениях, просил государственную сторону обеспечить не перемещение авторов, в то время как их сообщения рассматриваются Комитетом. Ответ со стороны государства не был получен по запросу о временных мерах защиты. 11 августа 2006 адвокат сообщил Комитету, что все лица были переданы узбекским правоохранительным органам от 9 августа 2006 года на основе решения, выпущенного кыргызской Прокуратурой.

Случай Максудова Жахонгира

2.1. В пределах 5-6 утра 13 мая 2005 года, направляясь на работу в Андижан, Узбекистан, Максудов узнал, что на главной площади города происходит демонстрация. В пределах 7-8 утра он наблюдал других людей, выражающих их обиды, связанные с бедностью, правительственными репрессиями и широко распространенной коррупцией. Он не присоединился к сбору. После некоторого времени солдаты без разбора начали стрелять в толпу. В панике и боязни преследования узбекскими властями, Максудов пересек границу в Кыргызстан 14 мая 2005 года.

2.2. Максудов, вместе с 524 другими людьми, которые сбежали из Андижана 13 мая 2005 года, был размещен в палаточном лагере, построенном вдоль узбекско-кыргызской границы в регионе Сузака около Джалабада (Кыргызстан) УВКДБ ООН под управлением Отдела миграционной службы министерства иностранных дел Кыргызстана¹⁶¹.

2.3. 28 мая 2005 года Генеральная прокуратура Узбекистана выпустила разрешение на размещение Максудова в заключении, и его транспортировку к месту заключения в Министерство Внутренних дел в регионе Андижана. 28 мая 2005 года он был обвинен в терроризме (статья 155 часть 3 Уголовного кодекса Узбекистана), попытке смены конституционного порядка (статья 159 часть 3), саботаже (статья 161), организации пре-

¹⁶¹ [FN2] On 22 September 2005, the Department of Migration Services under the Kyrgyz Ministry of Foreign Affairs was transformed by the Resolution of the Zhogorku Kenesh (Parliament) into the State Committee on Migration and Employment of the Kyrgyz Republic.

ступного сообщества (статья 242 часть 2), массовых беспорядках (статья 244), незаконном приобретении огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывчатых устройств (статья 247 часть 3) и заранее продуманном убийстве (статья 97 часть 2).

2.5. В начале июня 2005 года, узбекские власти просили Кыргызстан выдать 33 людей, включая Максудова; все были обвинены в том, что совершили преступления в соответствии с различными статьями узбекского Уголовного кодекса (см. параграф 2.3). Запрос выдачи был поставлен согласно Минскому соглашению по юридической помощи и юридическим отношениям в гражданских, семейных и уголовных делах 1993 года и соглашению от 1996 года между Кыргызстаном и Узбекистаном о предоставлении взаимной юридической помощи в гражданских, семейных и уголовных делах.

2.6. 9 июня 2005 года г-н Максудов попросил убежище в Кыргызстане. В тот же день он получил свидетельство, подтверждающее, что его заявление было зарегистрировано Отделом миграционной службы МИД КР.

2.7. 16 июня 2005 года, Максудов, вместе с 16 другими людьми, был арестован сотрудниками правоохранительных органов Кыргызстана и помещен в Изолятор временного содержания Жалалабадского регионального отдела внутренних дел (Кыргызстан) на основе решения Генеральной прокуратуры Узбекистана от 28 мая 2005 года, где эти люди были обозначены «террористами». Ордер на арест Максудова был выдан Прокурором Андижана (Узбекистан) от 29 мая 2005 года. В нарушении Уголовно-процессуального кодекса Кыргызстана¹⁶², законность его заключения не была исследована органами надзора или судом.

2.10. Отдел миграционной службы исследовал ходатайство о предоставлении убежища Максудову с 9 июня до 26 июля 2005 года. 19 июля 2005 года он установил, что запрос убежища Максудова имеет основания, поскольку он может быть преследован в Узбекистане как участник и свидетель событий в Андижане. ОМС признал, что его случай находится в пределах определения «беженца», в пределах значения статьи 1 А-2 из Соглашения 1951 года по Статусу беженцев и статьи 1 кыргызского Закона о Беженцах. ОМС исследовал информацию, полученную от Жалалабадского регионального отдела внутренних дел и Жалалабадской региональной прокуратуры (Кыргызстан) о людях, обвиняемых в совершении тяжких преступлений на узбекской территории, включая Максудова. Несмотря на

¹⁶² [FN3] The author refers to Article 104 of the Kyrgyz CPC (correctly: article 110 of the read together with article 435 of the same Code).

представленные фотографии, где Максудов запечатлен с тремя другими людьми, сопровождающими городского прокурора Андижана на пути к и из осажденного здания государственной администрации Андижана, Максудов утверждал, что не знал городского обвинителя Андижана и не осознавал обстоятельство его участия в демонстрации. Он добавил, что не замечал, что вооруженные люди в штатской одежде присутствовали в демонстрации, хотя этот факт был подтвержден многочисленными показаниями свидетелей, собранных международными неправительственными организациями (неправительственные организации)¹⁶³. Эти обстоятельства интерпретировались ОМС как попытка Максудова скрыть некоторые факты о демонстрации и его участии в ней. ОМС пришел к заключению, что Максудов подпадал под пункт исключения статьи 1 F-b Соглашения о беженцах. 26 июля 2005 года ОМС выпустило решение, отклоняющее ходатайство о предоставлении убежища Максудову.

2.11. 3 августа 2005 года адвокат Максудова обратился в городской суд г. Бишкека для обжалования решения ОМС.

Ни ОМС, ни Прокуратура не представили свидетельства, что Максудов лично участвовал в нападении на отделение полиции или осаду регионального административного здания Андижана.

14 октября 2005 года ОМС обратился с кассацией в Бишкекский городской суд на решение межрайонного суда г. Бишкека.

2.13. 28 октября 2005 года, УВКБД ООН предоставило Максудову статус беженца. Согласно вербальной ноте УВКБД ООН от 28 октября 2005 года, адресованной Постоянной миссии Кыргызстана в Офисе Организации Объединенных Наций в Женеве, решение было принято после полного обзора всех обстоятельств дела Максудова, включая оценку материалов выдачи и других элементов, связанных с рассмотрением пунктов исключения, которые УВКБД ООН нашло не применимыми. В том же самом примечании УВКБД ООН сообщало кыргызским властям, что Максудов должен быть освобожден от задержания для переселения в третью страну.

2.14. 31 октября 2005 года адвокат Максудова подал возражение на кассационную жалобу, поданную ОМС в Бишкекский городской суд.

2.15. 16 февраля 2006 года Верховный суд поддержал постановление Бишкекского городского суда от 13 декабря 2005 года. В соответствии со статьей 359, параграфом 1, кыргызского Гражданско-процессуального

¹⁶³ [FN5] Reference is made to the Human Rights Watch Publication “Bullets Were Falling Like Rain”, the Andijan Massacre, May 13, 2005.

кодекса «решение надзорной инстанции вступает в силу с момента вынесения и не может быть обжаловано».

Соображения Комитета:

12.2. [...] Первый вопрос, стоявший перед Комитетом, являлось было ли лишение свободы авторов в соответствии с соответствующими законами государства-участника. Авторы утверждали, что в нарушение статьи 110 УПК Кыргызстана содержание под стражей не было санкционировано прокурором Кыргызстана и было сделано в отсутствие адвоката и, следовательно, нарушило соответствующие положения внутреннего законодательства. В случае отсутствия ответа от Государства-участника, должное внимание следует уделить утверждениям автора в той степени, что они обоснованы, и следует предположить, что события происходили, как описано авторами. Следовательно, Комитет нашел нарушение статьи 9 пунктов 1 Пакта.

12.3. Согласно вышеуказанным обстоятельствам в свете выявления нарушения статьи 9 пункта 1, Комитет посчитал, что нет необходимости отдельно рассматривать утверждение автора по статье 9 пункту 3.

12.4 Что касается вопроса подвергла ли выдача авторов из Кыргызстана в Узбекистан реальному риску применения пыток или других видов жестокого обращения в принимающем государстве, в нарушение запрещения принудительного возвращения, содержащегося в статье 7 Пакта, Комитет отметил, что существование такого реального риска должно быть решено в свете информации, что было известно или должно было быть известно властям государства-участника на момент экстрадиции, и не требует доказательств фактических пыток произошедшего впоследствии, хотя информация о последующих событиях имеет отношение к оценке первоначального риска.

При определении риска такого отношения в данном случае, Комитет должен рассмотреть все соответствующие элементы. Наличие гарантий, их объем и наличие и исполнимость правоприменительных механизмов являются всеми элементами, которые имеют отношение к общему определению того, имеется ли на самом деле реальный риск запрещенного жестокого обращения. В этой связи Комитет вновь повторил, что Государства-участники не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания по их возвращению в другую страну посредством экстрадиции, высылки или принудительного возвращения¹⁶⁴. Данный принцип

¹⁶⁴ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка №20: Запрет пыток

не должен быть объектом никакой уступки с соображениями национальной безопасности или типа преступного поведения, по которому лицо обвиняется или подозревается.

12.5 Комитет рассмотрел с самого начала, что было известно или должно было быть известно властям Государства-участника на момент экстрадиции авторов о том, что было широко отмечено и существовали общественные доклады заслуживающие доверия о том, что Узбекистан прибегает к постоянному и широкому использованию пыток в отношении заключенных и о том, что риск такого обращения, как правило, высок в случае лиц, задержанных по политическим соображениям и соображениям безопасности. По мнению Комитета, эти элементы в их комбинации показали, что авторы столкнулись с реальной опасностью пыток в Узбекистане, в случае экстрадиции. Кроме того, преступления, по которым разыскивали авторов в Узбекистане, караются смертной казнью в этой стране. Учитывая риск осуждения и смертный приговор признано обращение, несовместимое со статьей 7, также существовал подобный риск нарушения статьи 6, пункта 2 Пакта. Запрос заверения от узбекской Генеральной прокуратуры, которая, кроме того, не содержала никаких конкретных механизмов их исполнения, было недостаточно для защиты от таких рисков. Комитет повторил как самый минимум предоставленное заверение должно содержать механизм мониторинга и обеспечено гарантиями в соответствии с договоренностями, достигнутыми за пределами самого текста заверения, которые обеспечивали бы их эффективное осуществление¹⁶⁵.

12.6 Комитет напомнил¹⁶⁶, что если Государство-участник переместит лицо из пределов своей юрисдикции в другую юрисдикцию, и есть серьезные основания полагать, что существует реальный риск нанесения неоправданного ущерба в другой юрисдикции, как, например, предусмотренные статьями 6 и 7 Пакта, Государство-участник само по себе может являться нарушителем Пакта. Поскольку Государство-участник не показало, что полученные заверения от Узбекистана были достаточны, чтобы исключить

или жестокого, бесчеловечного обращения или наказания (статья 7), 10 Марта 1992 (HRI/GEN/1/Rev.8), пара. 9.

¹⁶⁵ Смотрите, Сообщение No 1416/2005, Алзеры против Швеции, Размышление принято 25 октября 2006, параграф 11.5.

¹⁶⁶ Сообщение No 469/1991, Нг против Канады, Размышление принято 5 ноября 1993, параграф 6.2; Комитет по правам человека, Замечание общего порядка No 31: Сущность общего правового обязательства, наложенного на Государства-участников по Пакту Запрет пыток или жестокого, бесчеловечного обращения или наказания, 29 марта 2004 (HRI/GEN/1/Rev.8), параграф 12.

риск пыток и введение смертной казни в соответствии с требованиями статьи 6, пункт 2, и статьи 7, Комитет заключает, что экстрадиция авторов, таким образом, явилась нарушением статьи 6 пункта 2 и статьи 7 Пакта.

12.7 Что касается утверждения, что нет эффективных средств правовой защиты, чтобы оспорить решение об экстрадиции Генеральной прокуратуры Кыргызстана от 8 августа 2006 года, Комитет отметил, что с учетом наличия реальной угрозы применения пыток и применения смертной казни, статья 2 Пакта, в совокупности со статьей 6 пунктом 2 и статьей 7, требуют, чтобы эффективные средства правовой защиты были доступны для нарушения последних положений. В этой связи Комитет заметил, что все судебные процессы авторов в судах Государства-участника были связаны с просьбой убежища, а не экстрадиции. Он далее отметил, что законы Кыргызстана не позволяли судебного рассмотрения решений Генеральной прокуратуры об экстрадиции до того как экстрадиция исполняется и что в случае авторов эти решения были исполнены на следующий же день. Комитет напомнил, что согласно существу принудительного возвращения, эффективное рассмотрение решения об экстрадиции должны иметь возможность быть до самой экстрадиции для того, чтобы избежать непоправимого вреда для человека и оказания напрасного и лишнего смысла обзора¹⁶⁷. Отсутствие любой возможности для эффективного, независимого пересмотра решения об экстрадиции в случаях авторов соответственно составили нарушения статьи 6 пункт 2 и статьи 7, в совокупности со статьей 2 Пакта.

Решение Комитета:

13. Комитет по правам человека, действуя на основании статьи 5 пункта 4 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, были мнения того, что факты свидетельствовали нарушении прав авторов Кыргызстаном в соответствии со статьей 9 пункт 1, статьей 6 пункт 2, и статьей 7 читать самостоятельно, и вместе со статьей 2 Пакта. Комитет повторил свой вывод, что Государство-участник также нарушило свои обязательства в соответствии со статьей 1 Факультативного протокола.

Средства правовой защиты:

14. В соответствии со статьей 2, пункт 3а Пакта, Государство-участник было обязано предоставить авторам эффективное средство правовой защиты, включая адекватную компенсацию. Государству было предъявлено требование ввести в действие эффективные меры по мониторингу

¹⁶⁷ Смотрите, Алзеры против Швеции, [ссылка опущена].

ситуации по авторам сообщения. Государство-участник было призвано представить Комитету обновленную информацию на регулярной основе о текущей ситуации авторов. Государство-участник также обязано недопускать подобных нарушений в будущем.

Право на свободу ассоциаций и профессиональные союзы

Исмаилов против Азербайджана, Решение Европейского суда по правам Человека, 2008¹⁶⁸

Основные факты

Заявитель утверждал, что существенное промедление с государственной регистрацией общественного объединения, учредителем которого он является, стало нарушением его права на свободу ассоциаций, а также заявлял, что национальные суды не являются независимыми и беспристрастными, и национальные средства судебной защиты неэффективны в части защиты прав общественных объединений.

Право

I. Предполагаемое нарушение статьи 11 конвенции

V. Суть дела

1. Позиции сторон

43. Правительство утверждало, что вмешательство в реализацию права заявителя на свободу ассоциаций не имело места.

44. Правительство отметило также, что отсутствие статуса юридического лица не является препятствием для осуществления организацией своей деятельности. В данной связи было упомянуто, что организацией была издана книга, и это свидетельствует о фактическом продолжении ее деятельности даже при отсутствии официальной регистрации.

45. Правительство утверждало, что уставные документы организации были подготовлены не в соответствии с действующим законодательством. Даже если Министерство и допустило некоторые процедурные ошибки

¹⁶⁸ Ismayilov v. Azerbaijan, Application no. 4439/04, § 38, European Court of Human Rights, 17 January 2008.

при рассмотрении обращения учредителей организации, эти ошибки нельзя считать нарушением статьи 11 Конвенции.

46. Заявитель утверждал, что затягивание сроков регистрации юридического лица нарушает статью 11 Конвенции.

47. Заявитель также отметил, что организация не могла в полной мере осуществлять свою деятельность, не обладая статусом официально зарегистрированной. Что же касается книги, на которую ссылался представитель правительства, заявитель отмечен в ней как один из соавторов, название же организации, к которой он принадлежит, было указано для определения профессии заявителя и его принадлежности к деятельности в сфере НПО.

2. Оценка Суда

48. Суд пришел к выводу, что промедление Министерства в ответе на заявку о государственной регистрации общественного объединения было де-факто отказом в регистрации. Организация, не имеющая статуса юридического лица, не обладает правоспособностью в той же мере, что и зарегистрированное общественное объединение. Необоснованно длительное рассмотрение заявки о регистрации, отнесенное на счет Министерства юстиции, можно считать вмешательством в реализацию права на свободу ассоциаций (см. упомянутое выше дело *Ramazanova and Others*, §§ 54–60).

49. Подобное вмешательство будет считаться нарушением статьи 11 Конвенции, за исключением случаев, если таковое «предусмотрено законом», преследует одну или несколько законных целей, закрепленных пунктом 2 статьи 11 Конвенции, и являются «необходимыми для достижения в демократическом обществе» данных целей (см. *Chassagnou and Others v. France* [GC],¹¹ 25088/94, 28331/95 и 28443/95, § 104).

51. Статья 9 Закона «О государственной регистрации юридических лиц» от 6 февраля 1996 г. устанавливает десятидневный срок для принятия Министерством юстиции решения о государственной регистрации организации-заявителя, либо для предоставления отказа в регистрации юридического лица. В том случае, если учредительные документы юридического лица не соответствуют законодательству и имеют поправимые недостатки, Министерство располагает все тем же десятидневным сроком, чтобы вернуть документы учредителям для исправления недочетов.

52. В данном деле удержание документов Министерством и промедление с ответом по каждому из заявлений длилось в течение нескольких месяцев. В частности, задержка ответа на обращение о регистрации от

28 августа 2002 г. составила более чем трех месяцев. Это не соответствует нормам, установленным законодательством, согласно которым ответ должен быть дан в соответствии с четко определенными сроками (см. Ramazanova and Others, § 65).

53. Суд также отметил, что Закон «О государственной регистрации юридических лиц» от 6 февраля 1996 г. не предусматривает фактических средств защиты от затягивания или приостановки процедуры государственной регистрации в связи с тем, что Министерство медлит с ответом по поводу поступившего запроса о регистрации.

54. Усмотрев, что Министерством юстиции были нарушены установленные законом сроки ответа на заявление об осуществлении государственной регистрации, а также отметив, что национальное законодательство не предусматривает средств защиты от подобного рода промедлений, Суд пришел к выводу о том, что такое вмешательство в реализацию права на свободу ассоциаций не являлось «предусмотренным законом» в понимании пункта 2 статьи 11 Конвенции.

56. Таким образом, имеет место нарушение статьи 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Решение Конституционного суда Кыргызской Республики по ходатайству Толекан Исмаиловой, 2 марта 2010¹⁶⁹

«В Конституционный суд Кыргызской Республики 14 декабря 2009 года поступило ходатайство гражданки Исмаиловой Т.А. о признании пункта 1 статьи 3 Закона Кыргызской Республики «О праве граждан собираться мирно, без оружия, свободно проводить митинги и демонстрации», постановления мэрии города Бишкека «Об определении места для проведения гражданами публичных мероприятий в городе Бишкеке» от 24 июля 2009 года N 401 неконституционными и противоречащими пункту 3 статьи 2, статье 12, пункту 1 статьи 13, пункту 6 статьи 14, пункту 1 статьи 17, статье 18, пункту 3 статьи 21, статье 25 Конституции Кыргызской Республики.

В обоснование ходатайства приведены следующие доводы. Мэрия города Бишкек постановлением «Об определении места для проведения гражданами публичных мероприятий в городе Бишкеке» от 24 июля 2009

¹⁶⁹ Решение Конституционного суда Кыргызской Республики по ходатайству Толекан Исмаиловой от 2 марта 2010//Текущий архив Конституционного суда Кыргызской Республики 1993-2010гг.

года N 401 установила для проведения публичных мероприятий без уведомления местных органов власти парковую территорию в районе ипподрома, ограниченного улицами Л.Толстого, Ш.Термечикова, М.Алыбаева и Репина города Бишкека».

«В соответствии с абзацем 2 пункта 4 статьи 85 Конституции Кыргызской Республики установление Конституционным судом неконституционности законов или их положений отменяет действие других нормативных правовых актов, основанных на законах или их положениях, признанных неконституционными. Постановление мэрии города Бишкека «Об определении места для проведения гражданами публичных мероприятий в городе Бишкеке» от 24 июля 2009 года N 401 основано на указанной норме упомянутого Закона, поэтому его действие подлежит отмене.

При таких обстоятельствах Конституционный суд Кыргызской Республики считает, что статья 3 Закона «О праве граждан собираться мирно, без оружия, свободно проводить митинги и демонстрации», противоречит требованиям статей 18 и 25 Конституции Кыргызской Республики о недопустимости ограничений свобод и прав человека в непредусмотренных Конституцией и законами целях и об обязательном уведомительном характере реализации права граждан, в том числе гражданки Исмаиловой Т., мирно и без оружия проводить политические собрания, митинги, шествия, демонстрации и пикеты.»

«Конституционный суд Кыргызской Республики: в составе - Председателя Сыдыковой С.К., заместителя Председателя Суталинова А.А., судей Абдугапарова А.А., Демина С.Н., Курбановой Ч.Ж., Мамырова О.Ж., Мусабековой Ч.А. и Эсенканова К.Э.,

секретаря судебного заседания Дубанаева К.С.»

«... решил:

«1. Признать статью 3 Закона Кыргызской Республики «О праве граждан собираться мирно, без оружия, свободно проводить митинги и демонстрации» от 23 июля 2002 года неконституционной и противоречащей статьям 18 и 25 Конституции Кыргызской Республики и отменить ее действие.

Отменить действие постановления мэрии города Бишкека «Об определении места для проведения публичных мероприятий в городе Бишкеке» от 24 июля 2009 года N 401.

Ходатайство гражданки Исмаиловой Толекан Асаналиевны удовлетворить».

Право на свободу выражения и религии

Худайберганова против Узбекистана, Решение Комитета по правам человека, 2004¹⁷⁰

1. Автором сообщения является гражданка Узбекистана Райхон Худайберганова, 1978 года рождения. Она утверждает, что стала жертвой нарушений Узбекистаном ее прав, провозглашенных в статьях 18 и 19 Международного пакта о гражданских и политических правах¹⁷¹.

Факты в изложении автора

2.1 Г-жа Худайберганова училась на отделении фарси филологического факультета Ташкентского государственного института востоковедения с 1995 года, а в 1996 году она перевелась на исторический факультет Института в группу исламоведения. Она поясняет, что как лицо, исповедующее ислам, она одевалась надлежащим образом в соответствии с наставлениями своей религии и со второго курса начала носить платок (хиджаб). По ее словам, с сентября 1997 года администрация Института стала серьезно ограничивать право верующих мусульман на свободу вероисповедания. Комната для молитв была закрыта, а когда студенты пожаловались руководству Института, администрация начала их преследовать. Всем студенткам, носившим хиджаб, было предложено перевестись из Института в Ташкентский исламский институт.

2.2 Автор и соответствующие студенты продолжали посещать занятия, но преподаватели оказывали на них все большее давление. 5 ноября 1997 года после подачи ректору Института новой жалобы на нарушения прав студентов их родители были вызваны в Ташкент. По прибытии отцу автора сообщили, что г-жа Худайберганова связалась с опасной религиозной группой, которая может навредить ей, что она носила хиджаб в Институте

¹⁷⁰ Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan, Communication No. 931/2000, Decision of the Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/82/D/931/2000 (5 November 2004).

¹⁷¹ The International Covenant on Civil and Political Rights entered into force for the State party on 1 September 1991 - date of its independence from the USSR, and the Optional Protocol entered into force for the State party on 28 September 1995 (accession).

и вопреки запретам посещала занятия. Ввиду серьезной болезни матери г-жи Худайбергмановой ее отец отвез дочь домой. 1 декабря 1997 года она вернулась в Институт, и заместитель декана по вопросам идеологической и воспитательной работы вызвал ее родителей и пожаловался на то, как она одевается; после этого, как утверждается, ей угрожали и пытались не пускать на лекции.

2.3 17 января 1998 года ей сообщили о принятии новых правил внутреннего распорядка Института, которые запрещают студентам ношение религиозной одежды, и просили ее подписать эти правила. Она подписала их, сделав пометку, что она не согласна с положениями, запрещающими студентам закрывать лицо. На следующий день заместитель декана по вопросам идеологической и воспитательной работы вызвал ее во время лекции в свой кабинет, вновь показал ей новые правила и попросил ее снять платок. 29 января заместитель декана позвонил родителям автора и вызвал их, как утверждается, по причине исключения г-жи Худайбергмановой из студенческого общежития. 20 февраля 1998 года ее перевели из группы исламоведения на филологический факультет. Ей сказали, что группа исламоведения упраздняется и что она, возможно, будет воссоздана, но лишь в том случае, если соответствующие студентки перестанут носить хиджаб.

2.4 25 марта 1998 года декан отделения фарси информировал автора о приказе ректора отчислить ее из Института. Это решение было основано на якобы негативном отношении автора к преподавателям и на нарушении правил внутреннего распорядка Института. Ей сказали, что, если она изменит свою позицию относительно хиджаба, приказ будет отменен.

2.5 Касаясь исчерпания внутренних средств правовой защиты, автор поясняет, что 10 марта 1998 года она направила министру образования письмо с просьбой положить конец нарушениям закона в Институте; как сообщается, в результате этого 15 марта 1998 года она утратила свой студенческий статус. 31 марта 1998 года она подала ректору жалобу, заявив, что его решение противозаконно. 13 апреля 1998 года она пожаловалась Председателю Комитета по делам религий (Кабинет министров); 22 апреля 1998 года Председатель рекомендовал ей соблюдать правила внутреннего распорядка Института. 14 апреля 1998 года она обратилась в Духовное управление мусульман Узбекистана, но не получила «никакого письменного ответа». 3 марта, а также 13 и 15 апреля 1998 года она направляла письма министру образования, а 11 мая 1998 года заместитель министра посоветовал ей соблюдать правила внутреннего распорядка Института.

2.6 15 мая 1998 года вступил в силу новый закон «О свободе совести

и религиозных организациях». В соответствии со статьей 14 этого Закона появление граждан Узбекистана в общественных местах в культовых одеяниях недопускается¹⁷². Администрация Института проинформировала студентов о том, что лица, носящие хиджаб, будут отчислены.

2.7 15 июля 1998 года автор подала апелляцию на решение районного суда (от 30 июня 1998 года) в Городской суд Ташкента, а 10 сентября Городской суд постановил оставить упомянутое решение без изменения. В конце 1998 года и в январе 1999 года она направляла жалобы в парламент, президенту Республики и в Верховный суд; парламент и администрация Президента передали ее обращения в Верховный суд. 3 февраля 1999 года и 23 марта 1999 года Верховный суд сообщил ей о том, что у него нет оснований для отмены судебных решений по ее делу.

2.8 23 февраля 1999 года она обратилась с жалобой к Омбудсмену, а 26 марта 1999 года получила копию представленного Омбудсмену ответа ректора Института, в котором ректор вновь утверждал, что г-жа Худайберганава постоянно нарушала правила внутреннего распорядка Института и грубо относилась к преподавателям, что ее действия подтверждали ее принадлежность к экстремистской организации ваххабитов и что у него нет никаких оснований для ее восстановления на учебе.

Замечания государства-участника

4.2 Государство-участник поясняет, что из материалов гражданского дела вытекает, что автор была принята на филологический факультет Института в 1995 году, а в 1996 году она перевелась на исторический факультет (в группу исламоведения). В соответствии с пунктом d части

¹⁷²Article 1 of the law read as follows: "Article 1. The aim of the present law is to ensure the right of every person to freedom of worship and religion, and the citizens equality irrespective of their religious convictions, and to regulate relations arising from religious organizations' activity". Article 14 reads as follows: "Article 14. Religious rites and ceremonies Religious organizations have a right to create and maintain facilities for free worship and carrying out religious rites, and to maintain pilgrimage sites. Worship, religious rites and ceremonies shall be exercised at a religious organization's premises, prayer buildings and other properties belonging to the organization, at pilgrimage sites, cemeteries, and in cases of ritual necessity and at citizens' will at home. Worship and religious rites can be exercised in hospitals, nursing homes, detention centers, prisons and labour camps at the request of the people staying there. Public worship and religious rites can be held outside religious buildings in the order established by the law of the Republic of Uzbekistan. Citizens of the Republic of Uzbekistan (except religious organization's ministers) cannot appear in public places in religious attire. Religious organizations cannot subject believers to compulsory payment of money, or taxation, and to actions insulting their honour and dignity".

2 положения о правилах внутреннего распорядка (регулирующих права и обязанности студентов института) на территории Института запрещается хождение в одежде, «привлекающей излишнее внимание», в том числе хождение с закрытым лицом (в хиджабе). Это положение было обсуждено на общем собрании студентов 15 января 1998 года. Автор была лично ознакомлена с положением и сделала при этом пометки, что она не согласна с пунктом d части 2. 26 января 1998 года декан исторического факультета предупредил ее о том, что она нарушает пункт d части 2 Положения о правилах внутреннего распорядка института. Автор отказалась от ознакомления с приказом декана, о чем 27 января 1998 года был составлен соответствующий акт.

4.3 10 февраля 1998 года приказом декана исторического факультета автору был объявлен выговор за несоблюдение правил внутреннего распорядка. Приказом ректора от 16 марта 1998 года г-жа Худайбергманова была отчислена из Института. Основаниями к отчислению были указаны: «грубое безнравственное отношение к преподавателю и нарушение правил внутреннего распорядка учебного заведения после неоднократных предупреждений». Как отмечает государство-участник, судебное решение автором в кассационном порядке не обжаловалось. Ее надзорная жалоба оставлена без удовлетворения.

Рассмотрение сообщения по существу

6.2 Комитет принял к сведению жалобу автора на то, что ее право на свободу мысли, совести и религии было нарушено, поскольку она была отчислена из Института на том основании, что отказалась снять платок, который она носила в соответствии со своими убеждениями. Комитет полагает, что свобода исповедовать какую-либо религию включает право публично носить одежду или одеяния, которые соответствуют вере или религии данного лица. Кроме того, по его мнению, запрещение какому-либо лицу публично или в частной жизни носить религиозную одежду может являться нарушением пункта 2 статьи 18, который запрещает подвергать кого-либо принуждению, умаляющему его свободу иметь или принимать религию по своему выбору. Как отмечается в принятом Комитетом Замечании общего порядка ¹ 22 (пункт 5), преследующие эти же цели либо воздействующие как прямое принуждение политика или практика, например ограничивающие доступ к образованию, являются несовместимыми с пунктом 2 статьи 18. В то же время Комитет напоминает, что свобода исповедовать какую-либо религию или убеждения не является абсолютной и может подлежать ограничениям, установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здо-

ровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц (пункт 3 статьи 18 Пакта). В рассматриваемом случае автор была отчислена 15 марта 1998 года в соответствии с Положением о правилах внутреннего распорядка института. Комитет отмечает, что государство-участник не указало никаких конкретных оснований, по которым введенное в отношении автора ограничение является, по его мнению, необходимым по смыслу пункта 3 статьи 18. Напротив, государство-участник попыталось обосновать отчисление автора из института ее отказом соблюдать запрет. Ни автор, ни государство-участник не указали, какое точно одеяние носила автор, и обе стороны назвали это одеяние «хиджаб». Принимая во внимание конкретные обстоятельства рассматриваемого дела и не вынося поспешных определений ни по вопросу о праве государства-участника ограничивать свободу исповедовать религию и убеждения в контексте статьи 18 Пакта и с должным учетом специфики обстоятельств, ни по вопросу о праве учебных заведений принимать свои особые правила внутреннего распорядка, Комитет, в отсутствие каких-либо доводов, приведенных государством-участником, приходит к заключению о том, что имело место нарушение пункта 2 статьи 18.

Особое (несогласное) мнение члена Комитета г-на Иполито Солари Иригойена

Мое несогласное мнение по данному сообщению основано на излагаемых ниже соображениях:

Во исполнение положений пункта 1 статьи 5 Факультативного протокола данное сообщение должно быть рассмотрено с учетом всех письменных данных, представленных сторонами. В рассматриваемом деле большинство данных было представлено автором, хотя ее заявления не подкрепляют ее собственные утверждения и даже противоречат им.

По словам автора (пункт 2.4), решение ректора об ее отчислении из Ташкентского государственного института востоковедения после неоднократных предупреждений было основано на:

- 1) ее негативном отношении к преподавателям;
- 2) нарушении ею правил внутреннего распорядка Института.

Касательно ее негативного отношения к преподавателям в решении Мирабадского районного суда отмечается, что автор обвинила одного из преподавателей во взяточничестве, заявив, что он предлагал поставить за деньги соответствующие оценки на экзаменах. По версии государства-участника (пункт 4.3), автор была отчислена за «грубое безнравственное отношение к преподавателю». Автор не представила какой-либо инфор-

мации в обоснование выдвинутого ею против преподавателя серьезного обвинения, что свело бы на нет первоначально приведенное основание для ее отчисления. Она также не пояснила наличие какой-либо связи между этим основанием для отчисления и предполагаемым нарушением статьи 18 Пакта.

Касаясь нарушения правил внутреннего распорядка Института, в которых запрещается ношение на территории института религиозной одежды, автор заявляет, что она выразила несогласие с положениями, запрещающими «студентам закрывать лицо» (пункт 2.3). Государство-участник отмечает, что правила внутреннего распорядка запрещают студентам ношение одежды, «привлекающей излишнее внимание», в том числе хождение с закрытым лицом (пункт 4.2). Хотя автор и государство-участник не указали, какой вид одежды носила автор, она заявила о том, что она одевалась «в соответствии с наставлениями своей религии». Однако сама автор утверждает, что она пожаловалась Председателю Комитета по делам религий (Кабинет министров), который «сообщил [ей] о том, что ислам не предписывает ношение каких-либо особых культовых одеяний» (пункт 2.8). Автор не опровергла это утверждение, которое сама же и привела.

Что же касается правил внутреннего распорядка Института, то необходимо принять во внимание, что учебные заведения вправе принимать свои особые правила внутреннего распорядка. Необходимо также добавить, что эти правила действуют в отношении всех студентов без исключения, ибо данный Институт является не местом отправления культа, а государственным учебным заведением, в котором свобода исповедовать собственную религию подлежит ограничениям, необходимым для защиты основных прав и свобод других лиц, т.е. для защиты той свободы вероисповедания для всех, которая обеспечивается гарантией равенства перед законом, независимо от религиозных убеждений и верований каждого отдельного студента. Неуместно просить государство-участник представить конкретные основания для ограничения, на которое жалуется автор, поскольку действующие правила устанавливают общие нормы для всех студентов, и никакого ограничения, действующего в отношении только автора или в отношении лиц, исповедующих какую-либо конкретную религию, нет. Кроме того, отчисление автора, по ее собственным словам, обусловлено более сложными мотивами, а не только ношением религиозной одежды или ее желанием закрывать лицо на территории Института.

По изложенным выше причинам и с учетом представленной информации я делаю вывод, что автор не обосновала ни одно из своих утверждений о том, что она стала жертвой нарушения статьи 18 Пакта.

Особое мнение члена Комитета сэра Найджела Родли

согласен с выводами Комитета и с большинством соображений, изложенных в пункте 6.2. Вместе с тем, я должен заявить о моем несогласии с одним из содержащихся в последней фразе этого пункта утверждений, в котором Комитет говорит о себе «с должным учетом специфики обстоятельств».

Комитет вправе считать, что в случаях, касающихся таких «отступных» клаузул, которые содержатся в статьях 12, 18, 19, 21 и 22, необходимо учитывать конкретные обстоятельства применения ограничений, предусмотренных в этих клаузулах. К сожалению, в рассматриваемом случае государство-участник не пояснило, на каком основании оно ввело ограничение в отношении автора. Поэтому Комитет не может принять во внимание какие-либо конкретные обстоятельства. Утверждать, что он поступил так, не располагая информацией, на основе которой он мог это сделать, негативно сказывается как на качестве, так и на авторитетности его рассуждений.

Право на свободу выражения и право на информацию

Нурбек Токтакунов против Кыргызстана, Решение Комитета по правам человека, 2011¹⁷³

2.1 3 марта 2004 года Молодежная правозащитная группа (МПГ), Общественное объединение, для которого автор работает юридическим консультантом, направило запрос в Главное управление исполнения наказаний (ГУИН) Министерства юстиции (МЮ) с просьбой предоставить информацию о количестве граждан, приговоренных к смерти на момент 31 декабря 2003 года, а также о количестве граждан, приговоренных к смерти и в настоящее время, содержащихся в пенитенциарной системе. 5 апреля 2004 года ГУИН отказалось предоставить эту информацию, в связи с ее классификацией «секретно» и «совершенно секретно» в подзаконных актах Кыргызстана.

2.3 Автор утверждает, что информация о лицах, приговоренных к

¹⁷³ Nurbek Toktakunov v Kyrgyzstan, Communication No 1470/2006, Decision of the Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1470/2006 (28 March 2011).

смертной казни, касается прав человека и фундаментальных свобод, и ее раскрытие никоим образом не оказывает негативного влияния на обороноспособность, безопасность, или экономические и политические интересы государства. Таким образом, она не подпадает под критерии государственного секрета, указанные в статье 5 Закона «О защите государственных секретов Кыргызской Республики». Далее автор ссылается на Резолюции¹¹ 2003/67 и 2004/60 Комиссии по правам человека по вопросам смертной казни, которые призывают все государства, практикующие смертную казнь, сделать доступной для общественности информацию о вынесении смертной казни и любых назначенных казнях. Он, наконец, сослался на статью 17.8 Копенгагенского документа (см. пункт 2.1 выше), и напомнил, что в соответствии с этим документом, страны-участники договорились уважать право каждого, индивидуально или совместно с другими, искать, получать и распространять мнения и информацию по вопросам прав человека и основных свобод. В неустановленный день, жалоба автора от 26 июня 2004 года была МЮ направлена в ГУИН для принятия действий.

2.4 9 сентября 2004 года ГУИН повторно ответило отказом. 7 декабря 2004 года автор подал жалобу о нарушении его права на поиск и получение информации в Бишкекский межрайонный суд, ссылаясь на статью 19 пункт 2 Пакта. В своей жалобе автор указал, что он запросил информацию от имени Общественного объединения и от себя лично, как гражданина Кыргызской Республики [...]

2.5 17 декабря 2004 года Бишкекский межрайонный суд отклонил жалобу автора на том основании, что жалоба выходит за пределы юрисдикции данного суда при рассмотрении гражданского дела. 25 декабря 2004 года автор подал частную жалобу в Бишкекский городской суд на решение Бишкекского межрайонного суда [...]

2.6 24 января 2005 года Бишкекский городской суд оставил в силе решение Бишкекского межрайонного суда, основываясь на том, что информация о лицах, приговоренных к смерти, была засекречена Министерством внутренних дел, и доступ к этой информации был ограничен. Поэтому действия МЮ, связанные с отказом в предоставлении информации не могут быть обжалованы в рамках гражданского и административного судопроизводства [...]

2.7 На повторный запрос автора от 7 июня 2005 года о предоставлении информации о лицах, приговоренных к смерти, МЮ снова отказало 27 июня 2005 года.

2.8 МЮ далее разъяснило, что в соответствии с вышеуказанным

конфиденциальным приказом Министерства внутренних дел, любая информация о количестве лиц, приговоренных к высшей мере наказания классифицируется как «совершенно секретная». В соответствии с Постановлением Правительства № 391 от 20 июня 2002 года, пенитенциарная система была переведена из Министерства внутренних дел в МЮ таким образом, приказ министерства внутренних дел оставался в силе для МЮ, пока не был выработан и принят приказ по данному вопросу в МЮ. Далее МЮ заявило, что в настоящее время в МЮ разрабатывается ряд подзаконных актов касательно пенитенциарной системы, которые включает в себя Перечень данных в системе ГУИН МЮ, которые будут классифицированы как «секретные». Этот новый документ должен был быть одобрен соответствующими государственными органами на более позднем этапе. Таким образом, МЮ заключило, что отказ в предоставлении информации о количестве лиц, приговоренных к смерти, был обоснованным и соответствовал действующим законам.

Жалоба

3.2 Далее автор утверждает, что не предоставив ему эффективные средства судебной защиты в связи с нарушением его права на доступ к поиску и получению информации, власти государства-участника нарушили также его права по статье 2, совместно со статьей 14 пункт 1 Пакта.

Замечания государства-участника по существу сообщения

4.1 26 июля 2006 года, государство-участник заявило, что, согласно информации, предоставленной ГУИН МЮ, общие данные о смертности в пенитенциарной системе, а также данные по отдельным приговорам о смертной казни, были рассекречены и в соответствии с подзаконными актами, они теперь могут быть использованы исключительно «для служебных целей». Данная информация остается секретной для прессы.

Комментарии автора сообщения по представлению государства-участника

5.2 Автор утверждает, что данные о лицах, приговоренных к смертной казни, не могут рассматриваться рассекреченными до тех пор, пока широкой общественности и прессе доступ к таким данным ограничивается подзаконными актами.

Вопросы и процедура их рассмотрения в Комитете

Решение Комитета о приемлемости

6.3 Комитет отмечает, что толкование права «искать» и «получать» «информацию», содержащееся в статье 19 пункт 2 Пакта, включает в себя

право людей на получение государственной информации, с исключениями, допускаемыми ограничениями, установленными в Пакте. Он отмечает, что информация должна быть предоставлена без необходимости доказывать непосредственный интерес или личное участие, чтобы получить ее, за исключением случаев, когда применяется законное ограничение.

Рассмотрение дела по существу

7.2 Комитет отмечает, что Государство-участник оставило без соответствующих разъяснений все аргументы, выдвинутые автором в своем сообщении, основывающемся на пункте 2 статьи 19 Пакта. В своем ответе Государство-участник заявило, что «данные о лицах, приговоренных к смертной казни были рассекречены» и что «в соответствии с подзаконными актами они могут использоваться исключительно в служебных целях», но для прессы остаются конфиденциальными. В отсутствие какой-либо другой соответствующей информации от Государства-участника, Комитет считает, что утверждения автора сообщения необходимо уделить должное внимание, учитывая то, что они были надлежащим образом обоснованы.

8. Комитет по правам человека, действуя на основании положений пункта 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, считает, что представленные ему факты указывают на нарушение прав автора Государством-участником по статье 19 пункту 2.

Особое мнение члена Комитета, г-на Геральда Ньюмэна (сопадающее)

Я согласен с Комитетом в том, что государство-участник нарушило право автора, закрепленное в статье 19 пункт 2 Пакта в связи с запрашиваемой информацией.

Традиционное право на получение информации или идей от заинтересованных сторон не должно ослабляться в результате его включения в более позднее право на доступ к информации, имеющейся у правительства. Это современная форма «свободы информации» вызывает сложности и проблемы, которые могут оправдать ограничения на удовлетворение права, исходя из таких соображений, как затраты или нарушения функций органов государственного управления, в условиях, когда подавление добровольных связей не будет оправданным. При объяснении и применении права доступа, важно соблюдать это разделение, и быть осторожными, чтобы не подорвать более актуальных аспектов свободы выражения мнений.

Свободные выборы

Всеобщая декларация прав человека ООН (1948)

Статья 21.

1. Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей.

2. Каждый человек имеет право равного доступа к государственной службе в своей стране.

3. Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования.

Протокол N 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1952)

Статья 3

Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путем тайного голосования в таких условиях, которые обеспечивали бы свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти.

Мате-Моэн и Клерфейт против Бельгии, Решение Европейского суда по правам человека¹⁷⁴

Факты

Заявители - г-жа Люсьен Матье-Моэн и г-н Жорж Клерфейт проживали в коммунах административного округа Аль-Вильворд, который входил в двуязычный брюссельский регион и избирательный округ Брюсселя. На прямых парламентских выборах в конце 1970-х гг. они были избраны в нем, соответственно, в Палату представителей (г-жа Матье-Моэн) и Сенат (г-н Клерфейт).

¹⁷⁴Application no. 9267/81, 2 March 1987, available at: <http://www.math.uni-augsburg.de/stochastik/bazi/ECHR-Mathieu.pdf>.

В рассматриваемый период времени Бельгия была разделена на лингвистической основе на несколько регионов, делами которых ведали региональные советы, в состав которых входили члены обеих палат парламента, избранные в соответствующих округах (в двуязычном брюссельском регионе было создано два Совета). В административном округе, где были избраны заявители, большинство составляло фламандское население, и он относился к ведению Фламандского совета. Однако заявители не смогли войти в него, так как принесли парламентскую присягу на французском языке и соответственно входят во франкоязычные, а не фламандские фракции палат.

Извлечение из решения

I. Предполагаемое нарушение статьи 3 Протокола N 1

V. Применение статьи 3 Протокола N 1 в данном деле

55. Суд должен рассмотреть жалобы заявителей в свете приведенного толкования статьи 3.

56. Правительство подчеркивало, что ничто не препятствует франкоязычным избирателям округа Аль-Вильворд сознательно отдать свои голоса какому-либо кандидату, говорящему на французском языке, но который согласен принести парламентскую присягу на фламандском языке, и тогда он на законном основании сможет работать во Фламандском совете и представлять в нем своих избирателей.

Этот аргумент не имеет решающего значения. Конечно, поведение избирателей определяется не только языком и культурой; на их голосование влияют соображения политического, экономического, социального, религиозного или философского характера. Тем не менее языковые предпочтения оказывают основополагающее влияние на выбор, который делают граждане такой страны, как Бельгия, и в первую очередь жители такой «чувствительной» зоны, как коммуны на окраинах Брюсселя. Принеся присягу на фламандском языке, депутат не может стать членом франкоязычных фракций Палаты представителей или Сената, которые, как и фламандскоязычные фракции, играют важную роль при решении тех вопросов, согласно которым по Конституции требуется «сверх квалифицированное» большинство.

57. Специальный закон 1980 года действует в рамках общей институциональной системы бельгийского государства, которая основывается на территориальном принципе. Этот принцип определяет административ-

ные и политические институты и распределение между ними компетенций и полномочий. Проводимая, но еще незавершенная реформа направлена на установление равновесия между всеми различными культурными сообществами и регионами Королевства, для чего используется сложный механизм сдержек и противовесов; цель реформы в том, чтобы смягчить языковые различия путем создания стабильных и децентрализованных структур. Это легитимное само по себе намерение со всей очевидностью вытекает из дебатов в демократическом национальном парламенте, о чем также свидетельствует очень большое количество голосов, которые были поданы за данный Закон, включая его статью 29.

Рассматривая данную избирательную систему, нельзя забывать об общей обстановке, в которой она функционирует. Система оказывается вполне разумной, учитывая условия, которые она отражает. Свобода государства-ответчика в определении парламентской структуры Бельгии весьма значительна, поскольку речь идет о незавершенной и переходной системе, при которой языковые меньшинства вынуждены отдавать свои голоса тем кандидатам, которые могут и готовы говорить на языке их региона. Эта ситуация известна и ряду других государств. Как показывает опыт, при такой ситуации не обязательно существует угроза интересам этих языковых меньшинств, особенно там, где действует система, которая в целом основывается на территориальном принципе, а политический строй и правопорядок в стране предоставляют такие гарантии, как требование квалифицированного большинства, чтобы воспрепятствовать принятию произвольных или несвоевременных изменений.

Франкоязычные избиратели округа Аль-Вильворд пользуются правом голоса и правом быть избранными на тех же законных условиях, что и избиратели, говорящие на фламандском языке. Они ни в коей мере не теряют этих прав лишь на том основании, что им нужно голосовать либо за кандидатов, которые, принеся парламентскую присягу на французском языке, станут членами франкоязычной фракции Палаты или Сената и будут работать в Совете франкоговорящего сообщества, либо за кандидатов, которые, присягая на фламандском языке, станут членами фламандскоязычной фракции Палаты или Сената и Фламандского совета. Это не слишком большое ограничение, и оно не препятствует «свободному волеизъявлению народа при выборе законодательной власти» (см. п. 51, 52 и 53 выше). На основании вышеизложенного Суд приходит к выводу, что нарушение статьи 3 Протокола N 1, взятой отдельно, не имело места.

Совместное особое мнение судей Кремона, Биндшедлер-Роберт, Бернхардта, Шпильмана и Валтикоса

Мы сожалеем, что не можем разделить мнение большинства членов Суда, поскольку нам представляется, что с точки зрения права положение, в котором оказались франкоязычные избиратели и депутаты административного округа Аль-Вильворд, несовместимо с обязательствами, взятыми на себя Бельгией на основании статьи 3 дополнительного Протокола N 1 к Конвенции как взятой отдельно, так и в сочетании со статьей 14 Конвенции.

Действующая в данном округе система (как административный округ он расположен во фламандском регионе, а по всем связанным с выборами вопросам он - с различными ограничениями - относится к избирательному округу Брюсселя) в соответствии со Специальным законом от 8 августа 1980 г. (статья 29 § 1) приводит к тому, что депутаты и сенаторы, избранные от этого округа, не могут работать во Фламандском совете (орган, который, безусловно, имеет законодательные полномочия), если в Парламенте Бельгии они приносят присягу на французском языке; таким образом, они не могут защищать интересы своего региона в ряде важных областей (таких как обустройство территории, окружающая среда, жилье, экономическая политика, энергетика, занятость), в то время как депутаты, которые присягают на фламандском языке, автоматически становятся членами этого Совета. Франкоязычное население Аль-Вильворда составляет более 100 000 человек (при общей численности населения округа более 500 000 человек), при этом для избрания депутата в среднем необходимо от 22 000 до 25 000 голосов.

Конкретные последствия: если франкоязычные избиратели этого округа не проголосуют за кандидатов, говорящих на фламандском языке, то они не будут представлены в данном региональном Совете.

Подобное положение делает невозможным (как это и происходит на практике) представительство на региональном уровне франкоязычных избирателей Аль-Вильворда и, следовательно, не обеспечивает, по нашему мнению, «свободного волеизъявления народа при выборе законодательной власти», как это требуется на основании статьи 3 Протокола N 1, и создает различие, основанное на языке, что противоречит статье 14 Конвенции.

Ни один из доводов, приведенных для оправдания данной несовместимости, не кажется нам убедительным.

Франкоязычные депутаты от Аль-Вильворда действительно могли бы работать в региональном (фламандском) Совете, если бы они согласились принести присягу на фламандском языке. Тем не менее в этом случае они потеряли бы в Парламенте свой статус франкоязычных депутатов, что помимо психологического и морального аспекта проблемы привело бы

к важным политическим последствиям, учитывая ту роль, которую играют в Парламенте фракции, созданные по языковому принципу.

Аргумент, основанный на том, что по Конституции Бельгии депутаты - это представители всей нации, не является обоснованным в отношении региональных советов, которым на основании самой Конституции поручено следить за соблюдением интересов своих регионов, почему именно депутаты, избранные от этих регионов, получают право в них работать.

Перемещения, миграции, вынужденные переселенцы

Перемещение населения, переселение и миграция, Мишель Лейтон¹⁷⁵

IV. Внутренне перемещенные лица

Жертвы стихийных бедствий, обычно подвергающиеся перемещению внутри собственной страны, зачастую стремятся вернуться, когда это становится безопасным, в свои сообщества, а не заниматься постоянной миграцией или переселением. Таким образом, люди имеют тенденцию двигаться временно в близлежащие городские центры, чтобы справиться с бедствием, и получить помощь пока они не смогут вернуться¹⁷⁶. Всемирная организация здравоохранения сообщает, что семьдесят пять процентов из тех, кто перемещен в результате катастрофы это женщины и дети¹⁷⁷. Статистика международной миграции показывает, что мужчины и женщины имеют одинаковую тенденцию перемещения, иногда с их семьями, если бедствие является достаточно серьезным¹⁷⁸. Хотя международная миграция происходит гораздо реже, чем внутри страны в ответ на стихийные бедствия, люди могут перемещаться в страны, где социальные сети уже созданы и / или они

¹⁷⁵ Michelle Leighton, "Population displacement, relocation, and migration," *The Law of Adaptation to Climate Change U.S. and International Aspects*, eds., Michael Gerrard and Katrina Kuh (June 2012, American Bar Association, Washington D.C.), [reprinted with permission of the author, editors and American Bar Association].

¹⁷⁶ Oliver-Smith, A. 2009. Climate change and population displacement: disasters and diasporas in the twenty first century. In Crate, S. & Nuttall, M. eds., *Anthropology and Climate Change: From Encounters to Actions*. Left Coast Press. Walnut Creek.

¹⁷⁷ World Health Organization, Family, Health and Research, statistics published by WHO, see http://www.searo.who.int/en/Section13/Section390_8282.htm.

¹⁷⁸ Trends in World Migration, supra note 14.

имеют культурные связи¹⁷⁹. Если помощь доставляется быстро и эффективно в районы бедствий, миграцию можно избежать в полной мере.

Внутреннее перемещение подразумевает ряд прав человека и гуманитарных принципов. Международное право в целом связано с межгосударственными отношениями, с обязанностями и обязательствами государств перед друг другом, но доктрина прав человека отмечает дополнительные обязанности государств для отдельных лиц и групп. Она предусматривает особую ответственность за защиту уязвимых групп населения и меньшинств, в том числе женщин, детей и групп коренного населения. Перемещенные лица также были предметом специального рассмотрения в доктрине прав человека.

Для правительств существуют обязательства по защите жертв стихийного бедствия... Права внутренне перемещенных лиц («вынужденных переселенцев») в связи с бедствиями, и соответствующие обязательства государств, являются динамическими. Они развиваются когда международное сообщество получает больше понимания и опыта в деле удовлетворения потребностей жертв катастроф. В настоящее время объем обязательств правительства и уровень защиты жертв зависит от контекста бедствий и от того, временно ли перемещены жертвы, добровольно ли они ушли из пострадавших от стихийных бедствий районов, перемещены ли через границы в поисках новых источников средств к существованию. ... Международное право защищает тех внутренне перемещенных лиц в результате конфликтов или стихийных бедствий, подпадающих под Руководящие принципы по перемещению внутри страны. Эти принципы, разработанные специальным представителем генерального секретаря ООН и при поддержке Комиссии ООН по правам человека», удовлетворяют конкретные потребности внутренне перемещенных лиц во всем мире¹⁸⁰. Они определяют права и гарантии, касающиеся защиты лиц от насильственных перемещений, их защита и помощь во время перемещения, а также во время возвращения, переселения и реинтеграции¹⁸¹. В частности, они относятся к» лицам или группам лиц, которые были вынуждены или которых вынудили бросить или покинуть свои дома или места обычного местожительства в результате или во избежание последствий вооруженного конфликта, повсеместных проявлений насилия, нарушений прав

¹⁷⁹ See, e.g., Skeldon, *supra* note 24.

¹⁸⁰ Report of the Representative of the Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced persons, Francis Deng, on Guiding Principles on Internal Displacement, (“Guiding Principles on IDPs”), Feb. 11, 1998, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.

¹⁸¹ *Id.*

человека, стихийных или вызванных деятельностью человека бедствий, и которые не пересекали международно-признанных государственных границ»¹⁸².

ВПЛ принципы кодифицируют права человека, обязательства государств по отношению к лицам, перемещенным на их территории, в том числе право на жизнь, достоинство и личную неприкосновенность лиц. ВПЛ имеют право переехать в другие районы страны или покинуть свои страны, чтобы их члены семьи оставались вместе или воссоединились, если они были разделены. Они имеют право на достаточный уровень жизни, пищи, воды, крова и жилья, реституции имущества, основных медицинских услуг и санитарии, и они по-прежнему имеют право искать работу и участвовать в экономической деятельности¹⁸³. Принципы заявляют, что для правительства запрещена дискриминация в отношении вынужденных переселенцев в распределении помощи, получении лечения и должны учитываться их интересы в расселении и реинтеграции¹⁸⁴.

Исследования показывают, что есть гендерные различия в последствиях стихийных бедствий, которые поднимают вопросы дискриминации. Женщины страдают от более высокой смертности, чем у мужчин во время и после стихийных бедствий. Дискриминационные тенденции в отношении женщин или других меньшинств, как правило, обостряются, и торговля людьми может также увеличиться в результате стихийных бедствий¹⁸⁵. Принципы требуют от правительства учитывать эти вопросы в борьбе со стихийными бедствиями.

Большинство правительств появляются, чтобы принять эти принципы, о чем свидетельствует ряд недавних подтверждений об их важности

¹⁸² Id.

¹⁸³ See also, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights, at 19, U.N. Doc. A/HRC/10/61 (15 Jan. 2009).

¹⁸⁴ The Human Rights Committee and Committee on Elimination of Racial Discrimination have also commented on the key issues of concern related to a government's discriminatory treatment of those displaced. See, e.g., Concluding Observations of these bodies relating to treatment of displaced persons after Hurricane Katrina in relation to the right of return, housing and other assistance by the United States (para 26, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, Concluding Observations on United States, 2006) and Convention on Elimination of Racial Discrimination (para 31, CERD/C/USA/CO/6, Concluding Observations on United States, 2008).

¹⁸⁵ Neumayer, E. and Plumper, T. 2007. The gendered nature of natural disasters: the impact of catastrophic events on the gender gap in life expectancy 1981-2002. (available at: <http://ssrn.com/abstract=874965>).

и принятие со стороны ОБСЕ¹⁸⁶.

Совсем недавно, ВПЛ принципы послужили основой для Конвенции Африканского союза для защиты и помощи внутренне перемещенным лицам в Африке («Кампала конвенция»), заключенной в ноябре 2009 года. Кампала конвенция признает, что изменение климата может привести к внутреннему перемещению и предоставляет подробное описание государственных обязательств, включая возмещение ущерба в случае бездействия, и призывает неправительственные организации и другие виды помощи в регионе для ВПЛ, когда пострадавшие от стихийных бедствий государства не в состоянии обеспечить полную помощь.

Под доктриной прав человека правительства могут нарушать свои международные договора и обязательства обычного права, если они не в состоянии предотвратить катастрофу или последствия такого вреда, которые можно предвидеть. Международные договорные органы, включая Комитет по правам человека (создан для надзора за исполнением Международного пакта о гражданских и политических правах), Межамериканская комиссия, Суд по правам человека, а также Европейский суд по правам человека усилили этот принцип с помощью правовых заявлений и решений, которые обсуждают обязательство государства принять меры предосторожности против обозримого вреда¹⁸⁷. В одном известном случае, Европейский суд установил нарушение в обозримом экологическом ущербе. После нескольких бурь, которые привели к разрушительным оползням в районе Центрального Кавказа, неспособность местных органов власти по восстановлению инфраструктуры, подготовить общество, или принять другие государственные меры безопасности для предотвращения ущерба, привели к крайней уязвимости сообщества во время следующего шторма. Это привело к большой смертности и травматизму, а также уничтожению имущества, которое оставило многих в обществе без крова. Как было найдено, Россия нарушила свои договорные обязательства перед Европейским судом по правам человека, потому что зная потенциал, не была в состоянии принять меры, которые могли бы сократить ущерб человеческой жизни и имуществу в результате стихийных бедствий¹⁸⁸. Как член Совета

¹⁸⁶ See, e.g., discussion of national adoption and OSCE incorporation in Neussl, P., Bridging the national and international response to IDPs, 20 Forced Migration Review 42 (2004).

¹⁸⁷ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights, at 24, U.N. Doc. A/HRC/10/61 (15 Jan. 2009).

¹⁸⁸ Budayeva and others v. Russia, Applications nos. 153339/02, 21166/02, 20058/02, European Court of Human Rights judgment of 20 March 2008.

Европы и участник Европейской конвенции по правам человека, Россия обязана выполнять решения Европейского суда по правам человека. Суд установил, аналогичным образом ситуацию по отношению к Турции по делу об обозримом ущербе от взрыва метана¹⁸⁹.

Принцип, связанный с экологическим ущербом, выраженный в государственных обязательствах по защите жизни от обозримых бедствий, имеет значение для всех 47 членов Совета Европы, участников Европейской конвенции по правам человека и может повлиять на адаптацию планирования. В 2003 году Совет Европы в Парламентской Ассамблее подготовили Рекомендации 1614, призывая к протоколу Европейской конвенции в отношении обязательств по защите окружающей среды¹⁹⁰. Решения Европейского суда имеют большое значение для глобальной доктрины прав человека, и другие региональные и международные органы по правам человека, вероятно, следуют этим же рассуждениям.

Уолтер Калин, представитель Генерального секретаря ООН в отношении ВПЛ истолковал эти дела Европейского суда, и другие обязательства по правам человека, связанные с обозримым экологическим ущербом следующим образом:

Таким образом, индивидуальное право на жизнь и соответствующее обязательство государства по защите жизни требуют, что в связи со стихийными бедствиями, в том числе вызванными изменением климата, соответствующие органы обязаны: принять и применять законы, касающиеся всех соответствующих аспектов смягчения последствий стихийных бедствий, снижения риска и создать необходимые механизмы и процедуры; принять необходимые административные меры, включая контроль потенциально опасных ситуаций, и информировать население о возможных опасностях и рисках; оценивать потенциально пострадавшее население; проводить уголовные расследования и судебное преследование лиц, ответственных за то, что они пренебрегли своими обязанностями в случае смертей, вызванных катастрофой; и компенсации оставшимся в живых родственникам убитых в результате пренебрежения этими обязанностями¹⁹¹.

¹⁸⁹ Case Of Öneriyildiz v. Turkey, European Court of Human Rights, (2002), available at: <http://eu.vlex.com/vid/case-of-v-turkey-26840475>.

¹⁹⁰ See Recommendation 1614, Council of Europe Parliamentary Assembly, available at: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc04/EDOC10041.htm>.

¹⁹¹ Kalin, W. and Haenni Dale, C., Disaster Risk Mitigation, Why Human Rights Matter, Forced Migration Review 31 at 39, 2008.

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах

Обязательства государства, индикаторы и право на образование, Пол Хант¹⁹²

Выдержка из справочного документа, представленного Полом Хантом, Специальным докладчиком ООН по вопросам здравоохранения по обязательствам государства, показателям, критериям и праву на образование (Университет Вайкато, Новая Зеландия) (МПЭСКП день обсуждения, 30 ноября, 1998).

1. За последние 12 лет или около того, наше понимание международно-правовых обязательств, вытекающих из Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП), углубилось. Несколько факторов способствовали этому прогрессу, к примеру, работы Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам и увеличение внимания к экономическим, социальным и культурным правам со стороны неправительственных организаций (НПО) и в академической литературе. Среди особенно полезных были Лимбургские принципы осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1986), Бангалоре (МС), Декларация и план действий (1995), и Маастрихтские руководящие принципы, касающиеся нарушений экономических, социальных и культурных прав (1997).

2. Несмотря на эти успехи, тем не менее, остается значительная неопределенность в отношении характера и степени юридических обязательств, вытекающих из МПЭСКП. Эти сомнения сохраняются по ряду причин, одна из которых это формулировка статьи 2 (1), в которой излагаются общие правовые обязательства государств-участников по Пакту:

«Каждое государство-участник в настоящем Пакте, обязуется принять в индивидуальном порядке и в порядке международной помощи и сотрудничества, в частности, в экономической и технической областях, применять в максимальных пределах имеющиеся ресурсы, с целью постепенного достижения полного осуществления прав, признаваемых в

¹⁹² Paul Hunt, State obligations, indicators, benchmarks and the right to education, Background Paper submitted to Office of the High Commissioner of Human Rights (University of Waikato, New Zealand)(ICESCR Day of Discussion, Nov. 30, 1998).

настоящем Пакте всеми надлежащими способами, включая, в частности, принятие законодательных мер».

3. Это заявление включает в себя некоторые обязательства, неуловимые фразы и понятия. Здесь я обращаю внимание на два, которые имеют прямое отношение к показателям и критериям: государства-участники обязуются постепенно реализовывать перечисленные права в максимальных рамках имеющихся у них ресурсов.

4. Обе фразы - постепенного осуществления и наличия ресурсов - имеют два важных последствия. Во-первых, они подразумевают, что обязательства, некоторые (но не обязательно всех) государств-участников в соответствии с Пактом могут варьироваться в зависимости от одного государства к другому. Во-вторых, они подразумевают, что в отношении государства-участника, некоторые (но не обязательно все) обязательства по Пакту могут изменяться с течением времени. Эти переменные элементы и обязательства государств-участников по МПЭСКП способствуют чувству неопределенности, которое остается особенностью международных экономических, социальных и культурных прав.

5. Чрезвычайно важно то, что показатели в области прав человека и ориентиры могут помочь всем заинтересованным сторонам выявлять и отслеживать эти переменные или смещение обязательств государств. Перед эскизами процесса, при котором показатели и критерии могут быть использованы в контексте права на образование, я хочу сделать некоторые дополнительные общие замечания о характере и степени юридических обязательств государств-участников по Пакту.

6. Рассмотрение Пакта и практики Комитета раскрывают три взаимосвязанных аспекта в правовых обязательствах государств-участников. Здесь я коснулся кратко только первых двух. Мое внимание привлекает третье измерение, которое, как мы увидим далее, имеет особое значение для показателей и ориентиров.

(А) Обязательство применения одинаково ко всем государствам-участникам. Следует подчеркнуть, что некоторые обязательства по МПЭСКП не подлежат постепенному осуществлению и наличию ресурсов. Эти обязательства распространяются равномерно по всему миру для всех государств-участников, независимо от стадии экономического развития. Приведем лишь один пример: принцип недискриминации. В соответствии со статьей 2 (2) Пакта, государства-участники не должны быть дискриминационными по признаку пола, расы и другим запрещенным основаниям. Таким образом, если государство-участник исключает девушек из школы в любом государстве, то это нарушение Пакта. Пакт и Комитет ясно опре-

деляют: в этом контексте понятия постепенного осуществления и наличия ресурсов не имеют значения.

(Б) Минимальное содержание для каждого права. По данным комитета, это возложено на каждое государство-участника «для обеспечения удовлетворения, по крайней мере, на минимальном уровне» каждого права, изложенного в Пакте. Без минимальных основных обязательств пакт «в значительной степени лишается своего смысла. Еще много работы предстоит сделать для определения минимального основного содержания каждого права. Комитет, например, до сих пор не определил минимальное содержания права на образование. Как только это будет определено, это будет применяться ко всем государствам-участникам, независимо от стадии экономического развития. Другими словами, минимальное содержание не будет подлежать понятиям постепенного осуществления и наличия ресурсов.

(В) Переменное измерение. Принимая во внимание статью 2 (1), трудно не согласиться с тем выводом, что некоторые обязательства имеют меняющуюся структуру. Из-за фразы о наличии прогрессивной реализации и о ресурсах, точное содержание, по крайней мере, некоторых обязательств, вероятно, будет варьироваться от одного государства к другому - и с течением времени для одного государства.

7. В этих условиях важно создать эффективные методы и процессы, которые в состоянии выявлять и контролировать этот переменный размер обязательств. Без таких мер, статья 2 (1) может предоставить «непокорным государствам аварийный люк», о котором предупреждает Леки. На мой взгляд, показатели и критерии должны сыграть свою роль в обоих случаях. Показатели и ориентиры не обязательно ограничиваются этой третьей переменной. Они также могут играть определенную роль, например, в определении минимального основного содержания.

8. Это также является позицией КЭСКП, который заметил: «Это может быть полезным для государства установить конкретные рубежи или цели, по которым их деятельность в данной области можно оценить ... глобальные показатели имеют ограниченное использование, в то время как национальные или другие более конкретные рубежи могут явиться чрезвычайно ценными показателями прогресса» (Замечание общего порядка 1, пункт б).

Право на жилье

Правительство Южно-Африканской Республики и другие против Грутбум¹⁹³

Введение

Народ Южной Африки привержен цели достижения социальной справедливости и улучшения качества жизни для всех. В преамбуле к нашей Конституции имеется запись этого обязательства. Конституция провозглашает основополагающие ценности нашего общества, чтобы «уважать достоинство, достижение равенства и улучшение положения прав и свобод человека». Это дело касается вопроса реализации этих стремлений, что имеет фундаментальное значение для развития нового конституционного порядка в Южной Африке.

Эти вопросы должна напоминать нам о невыносимых условиях, при которых многие из наших людей все еще живут. Это также напоминание, что, если тяжелое положение этих общин смягчается, люди могут поддасться соблазну взять закон в свои руки, чтобы уйти от этих обстоятельств. Это дело возвращает нас к суровой реальности того, что обещанные Конституцией достоинство и равенство для всех остается для многих несбыточной мечтой. Люди не должны быть движимы невыносимыми условиями жизни, и прибегать к вторжению на земли. Самопомощь такого рода не может быть терпима из-за отсутствия земель, пригодных для жилищного строительства, что является ключевым фактором в борьбе с нехваткой жилья в стране.

Группа людей, с которыми мы имеем дело в этом разбирательстве жили в ужасных условиях, и решили незаконно оккупировать чужую землю. Они были выселены и остались без крова. Основной причиной их проблем были невыносимые условия, при которых они жили в очереди, чтобы получить дешевое жилье. Это те люди, чьи конституционные права должны быть определены в этом случае.

Г-жа Ирен Грутбум и другие остались без крова в результате их выселения из своих домов, расположенных на частной территории, предназначенной для формального дешевого жилья. Они направляются к мысу Доброй Надежды, то есть в Верховный суд для решения, обязывающего правительство предоставить им адекватное жилье на время пока они не

¹⁹³ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, Judgment of 4 October 2000.

получили постоянного жилья. Они просят обеспечить их жильем. Решение временно делает вывод о том, что «палатки, переносные туалеты и регулярное снабжение водой будет представлять собой минимум». Заявители, которые представляют все сферы власти, ответственные за жилищный вопрос оспаривают правильность этого решения.

Причина острой нехватки жилья заключается в апартеиде. Главной особенностью этой политики была система управления, когда стремились ограничить африканскую оккупацию городских районов. Этот приток контролировался строгим образом в Западной Капской провинции, где правительственная политика благоприятствовала исключению африканских народов для того, чтобы предоставлять предпочтение цветным сообществам: политика, принятая в 1954 году, и называется «трудовая политика предпочтения цветных». Как следствие, обеспечение семьи жильем для африканского народа на полуострове было заморожено в 1962 году. Это замораживание было распространено и на другие городские районы в Западной Капской провинции в 1968 году. Несмотря на суровый контроль, африканский народ продолжал двигаться в этот район в поисках работы. Колониальное и жесткое насильственно-расовое распределение земли в сельских районах представляли опасность для устойчивости и независимости африканского сельского хозяйства. Учитывая отсутствие официального жилья, большое количество людей перешло в неофициальные поселения по всему полуострову. Цикл эпохи апартеида, следовательно, был одним из несостоятельных по ограничению движения африканских народов в городские районы. Волна бедных слоев сельского населения в города привела к неадекватным жилищным условиям, результирующей перенаселенности, постоянным притеснениям со стороны чиновников и принудительной высылке. Как следствие контроля в Западной Капской провинции существует острая нехватка жилья. Хотя точные масштабы являются неопределенными, дефицит составил более 100.000 единиц в момент создания временной конституции в 1994 году.

Г-жа Грутбум и большинство других респондентов раньше жили в неофициальном поселении скваттеров, называемое Валладенк.

Многие подали заявления на получение субсидированного дешевого жилья от муниципалитета и были в очереди уже более семи лет. Несмотря на многочисленные запросы от муниципалитета, нет определенного ответа. Столкнувшись с перспективой остаться в невыносимых условиях на неопределенный срок, респонденты начали двигаться из Валладенка в конце сентября 1998 года. Они поставили свои хижины и приюты на свободные земли, которые были в частной собственности и были предназначены для

строительства дешевого жилья. Они называли земли «Новый Руст».

У них не было согласия владельца и 8 декабря 1998 года он получил приказ о выселении в суде магистратов. Приказ был доведен до сведения ответчиков, но они не выполнили его в указанный срок. Г-жа Грутбум говорит им некуда больше идти: их бывшие места в Валладенке были заполнены другими.

Выселение никогда не было оспорено и должно быть принято как правильное. Однако, не было никаких переговоров, и 18 мая 1999 года, в начале холодной, ветреной и дождливой зимы на мысе, ответчики были насильно выселены за счет муниципалитета. Это было сделано преждевременно и бесчеловечно: и это было сделано в стиле выселения времен апартеида. Дома респондентов были снесены и сожжены, а их имущество уничтожено. Многие из жителей, которые не были там даже не могли спасти свои личные вещи. Ответчики устроились на спортивном поле Валладенк, где соорудили временные жилища.

Статья 26 Конституции предусматривает, что каждый человек имеет право на доступ к достаточному жилищу. Раздел 26 (2) говорит об обязанности принимать разумные законодательные и иные меры для обеспечения постепенного осуществления этого права в рамках имеющихся ресурсов.

Соответствующее международное право и его влияние

Во время аргументов, значительный вес был прикреплён к важности Международного права при толковании статьи 26 нашей Конституции. Статья 39 Конституции обязывает суд учитывать международное право в качестве инструмента для интерпретации Билля о правах...

Соответствующее международное право может быть руководством для толкования, но ... когда соответствующий принцип международного права обязывает Южную Африку, это может быть прямо применимо.

[М]еждународный пакт об экономических, социальных и культурных правах важен для понимания позитивных обязательств, созданных социально-экономическими правами в Конституции...

... Независимые эксперты в суде основывались на соответствующие Замечаниях общего порядка Комитета, касающихся толкования и применения Пакта...

Понятно что Комитет считает, что каждое государство-участник обязано выполнять минимальные основные обязательства ... Таким образом, государство, в котором значительное число лиц лишены крова и жилья,

считается *prima facie* нарушившим свои обязательства...

Права, изложенные в разделе 26 (10 право «доступа к достаточному жилищу») ... Признается, что жилье влечет за собой большее, чем кирпичи и строительный раствор. Это требует доступной земли, соответствующие услуги, такие как водоснабжение и удаление сточных вод и финансирование этого, включая строительство самого дома ...

Раздел (2) говорит о позитивных обязательствах, наложенных на государство. Это требует от государства разработки всеобъемлющего и действенного плана по выполнению своих обязательств ...

Этот случай показывает, отчаяние сотен тысяч людей, живущих в ужасных условиях по всей стране. Конституция обязывает государство действовать позитивно, чтобы улучшить эти условия. Обязательство обеспечить доступ к жилью, здравоохранению, достаточному количеству продовольствия и воды и социальному пособию, для тех кто не в состоянии обеспечить себя и своих иждивенцев. Нуждающиеся лица имеют соответствующее право требовать, чтобы это было выполнено...

Не существует спора, что мэрия финансировала выселение ответчиков... Ответчики были выселены на день раньше, и что еще хуже, их имущество и строительные материалы были не только перемещены, но разрушены и сожжены...

В свете этих выводов ... судебное решение требует государство принять меры к выполнению обязательства, наложенного на него ... Это включает в себя обязательство по разработке, финансированию, реализации и контролю мер по оказанию помощи тем, кто в отчаянной необходимости.

Право на труд (мигранты)

Применение международного трудового права в правовой системе Кыргызской Республики, Элида Ногойбаева¹⁹⁴

Доктрина международного права признает три основные теории взаимосвязи между международным правом и национальным законодательством¹⁹⁵. Первая, известная как дуалистическая (плюралистическая)

¹⁹⁴ Nogoibaeva E.K., Dean of IBL Department, AUCA [Reprinted with permission of the author].

¹⁹⁵ Маланчук Питер, Современное введение в международное право. Дуалистическая

теория, согласно которой международное право и национальное законодательство, являются двумя отдельными правовыми системами, которые существуют независимо друг от друга. Эта теория была поддержана трудами таких ученых, как Дионисио Анцилотти и Н. Трипель¹⁹⁶. Сегодня в мире очень трудно найти примеры применения дуалистического или монистического подходов в чистом виде, независимо от того какую правовую систему брать в качестве примера.

Другой подход по вопросу соотношения международного права и национального законодательства имеет название монистической теории. Эта доктрина понимает как международное, так и внутригосударственное право в качестве составной части одного и того же правового порядка. Один из лидеров монистической доктрины Ханс Кельсен, который смотрит на государство как на создателя международного права, в рамках основных прав и привилегий, полученных государством как субъектом международного права. Примерами монистической страны являются Голландия или Швейцария, поскольку они считают национальное законодательство и международное право равными частями единой системы. Международные нормы становятся частью швейцарской правовой системы с момента их появления или вступления в законную силу¹⁹⁷.

Но очень часто бывает сложно определить, какой подход требуется применять в той или иной стране. Поэтому, как правило, большинство стран, таких как США, применяют оба подхода. В связи с этим, некоторые учёные включают США в список стран применяющих монистический подход, а другие в список «дуалистических» стран¹⁹⁸.

Анализируя отечественное законодательство, можно сделать вывод, что формально Кыргызская Республика применяет монистический подход к соотношению международного права и национального законодательства, поскольку оно рассматривает международные договоры,

и Монистическая теории.-7-ое дополненное издание(T. J. International Ltd, Padstow, Cornwall, 1997), стр.63.

¹⁹⁶ Гаджа Джорджио, Позитивизм и дуализм у Дионисио Анцелотти. - 3-е изд././ Европейский журнал Международного права. -1992. -С. 134.

¹⁹⁷ Малькольм Н. Шоу, Международное право.- 4-е изд. A Grotius Publication Cambridge University Press.- Cambridge.- 1997.-С.100..

¹⁹⁸ Взаимодействие между международным и национальным правом, совместное мнение Федерального офиса правосудия и Директората по Международному и Национальному Relation between international and domestic law, Joint opinion of the Federal Office of Justice and the Directorate for International Law of 26 April 1989 in "Verwaltungspraxis der Bundesbehörden", http://www.eda.admin.ch/sub_dipl/e/home/thema/intlaw/relat.html.

основные принципы международного права и его нормы в качестве составной части ее правовой системы¹⁹⁹. Статья 6 Конституции КР 2010 г. говорит о том, что:

«1. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие в Кыргызской Республике.

2. На основе Конституции принимаются конституционные законы, законы и другие нормативные правовые акты.

3. Вступившие в установленном законом порядке в силу международные договоры, участницей которых является Кыргызская Республика, а также общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Кыргызской Республики.

Нормы международных договоров по правам человека имеют прямое действие и приоритет над нормами других международных договоров».

Несмотря на то, что Кыргызская Республика официально применяет именно монистический подход к международному праву²⁰⁰, все еще существуют проблемы с прямым применением этих положений.

Давайте обратимся к положениям, регулирующим соотношение непосредственно в области трудового права, а именно к Трудовому кодексу Кыргызской Республики (введен в действие Законом КР от 4 августа 2004 года N 107).

Статья 3. Трудовое законодательство и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права. Нормы международного права

Межгосударственные договоры и иные нормы международного права, ратифицированные Кыргызской Республикой, являются составной и непосредственно действующей частью законодательства Кыргызской Республики.

Если международными договорами, ратифицированными Кыргызской Республикой, установлены более благоприятные для работника правила, чем предусмотренные законами и иными нормативными правовыми актами Кыргызской Республики, соглашениями, коллективными договорами, то применяются правила международных договоров.

В случае противоречия между настоящим Кодексом и иными законами, содержащими нормы, ухудшающие положение работников, применяются нормы настоящего Кодекса²⁰¹.

¹⁹⁹ Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 года.- Статья 6..

²⁰⁰ «О нормативно-правовых актах»: Закон КР N 241 № 34 от 20 июля 2009 года

²⁰¹ В редакции Закона КР от 30 марта 2009 года N 103.

Хотелось бы обратить особое внимание на то обстоятельство, что в предыдущем Трудовом кодексе Кыргызской Республики от 4 октября 1997 года № 70²⁰² мы видим, что данное соотношение было более конкретизированным:

«Статья 3. Законы и иные правовые акты о труде

2. Межгосударственные договоры и иные нормы международного права, ратифицированные Кыргызской Республикой, являются составной и непосредственно действующей частью законодательства Кыргызской Республики.

3. Если межгосударственными договорами Кыргызской Республики и пактами Организации Объединенных Наций (ООН) о правах человека и конвенциями Международной организации труда (МОТ), ратифицированными Кыргызской Республикой, установлены нормы и правила, улучшающие положение работников по сравнению с настоящим Трудовым кодексом и иными законами о труде Кыргызской Республики, то применяются нормы и правила соответствующих межгосударственных договоров (пактов ООН о правах человека и конвенций МОТ)».

Во-первых, Трудовой кодекс (как предыдущий, так и ныне действующий), в отличие от Конституции говорит о том, что нормы международного трудового права становятся действующей частью законодательства Кыргызской Республики, а не частью правовой системы.

Во-вторых, Трудовой кодекс 1997 г. делает ссылку на приоритетность не абстрактного международного права или договора, а говорит конкретно о специальных договорах в области прав человека и еще более сужает их, называя конвенции МОТ (Международной организации труда), принятыми в рамках данного специализированного учреждения ООН.

Несмотря на то, что Кыргызская Республика признает международные договоры как составную часть своей правовой системы и обязывает их непосредственное применение, практика, однако, следует дуалистическому подходу, согласно которому нормы международного трудового права должны быть включены и отражены в национальном законодательстве для более эффективного их применения.

В каком качестве международные правовые нормы будут действовать в национальной правовой системе и как будет обеспечиваться их согласованность с нормами внутреннего права?

²⁰² Утратил силу с 4 августа 2004 г.

В настоящее время (на 31 декабря 2009 года) Кыргызская Республика является участником 53 конвенций, принятых в рамках МОТ.

Нормы Конвенций МОТ в правовой системе Кыргызской Республики имеют прямое действие. В случае ратификации и официального опубликования, конвенция МОТ подлежит инкорпорации в законы Кыргызской Республики в течение определенного времени (которое целесообразно закрепить в законе), международные трудовые нормы конвенций могут применяться, если они достаточно конкретны, адресны и способны к правовому регулированию, т.е. относятся к так называемым «самоисполнимым нормам». В противном случае применение их затруднительно и следует использовать все возможные меры к инкорпорированию норм международного договора, конвенций МОТ в трудовое законодательство Кыргызской Республики.

Декларация МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда» 1998 г. включается как составная часть в правовую систему Кыргызской Республики (систему отрасли трудового права), не нуждается в ратификации, но сохраняет свойство источника международного трудового права.

В КР ратифицированы все семь конвенций МОТ, охватываемые Декларацией МОТ (1998 г.) и соответственно многие их нормы уже инкорпорированы в ТК КР, в некоторые законы и др.

Нормы Устава МОТ, включая Филадельфийскую декларацию (приложение к Уставу) относительно целей и задач Международной организации труда (1944 г.) как общепризнанные государствами - членами МОТ, в том числе Кыргызской Республикой, включены в правовую систему страны в той части, в которой ими установлены фундаментальные (основополагающие) принципы в сфере труда, сохраняя свойство источников международного трудового права. Механизм их применения определяется государством и должен быть направлен на выполнение норм Конституции (ч. 3 ст. 6), Закона КР «О международных договорах».

Международная организация труда отличается от других международных специализированных организаций ООН своей трехсторонней структурой, основанной на так называемом «принципе трипартизма», согласно которому государство — член МОТ представлено двумя делегатами от государства (правительства) и по одному делегату от предпринимателей и трудящихся (работников). Каждый из них вправе принимать решение и самостоятельно голосовать и все делегаты обладают равными правами.

Конвенция МОТ — это многосторонний международный договор,

который после ратификации и соответствующего официального опубликования включается в правовую систему Кыргызской Республики, но не утрачивает свои качества международных трудовых норм. Конвенция, как и рекомендация МОТ, выступает формой международно-правового регулирования труда, разрабатывается МОТ и принимается на Международной конференции труда в порядке, установленном Уставом МОТ²⁰³. При ратификации конвенции государство берет на себя обязательство по ее выполнению и должно принять соответствующий законодательный акт или инкорпорировать конвенционные трудовые нормы в действующее трудовое законодательство, ТК КР.

Право на здоровье

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах

Статья 11

1. 1. Участвующие в настоящем Пакте государства признают право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни. Государства-участники примут надлежащие меры к обеспечению осуществления этого права, признавая важное значение в этом отношении международного сотрудничества, основанного на свободном согласии.

2. Участвующие в настоящем Пакте государства, признавая основное право каждого человека на свободу от голода, должны принимать необходимые меры индивидуально и в порядке международного сотрудничества, включающие проведение конкретных программ, для того чтобы:

(а) улучшить методы производства, хранения и распределения продуктов питания путем широкого использования технических и научных знаний, распространения знаний о принципах питания и усовершенствования или реформы аграрных систем таким образом, чтобы достигнуть наиболее эффективного освоения и использования природных ресурсов;
и

²⁰³ What is international labour law for? Brian Langille. International Labour Organization (International Institute for Labour Studies) 2005. С. 15.

(b) обеспечить справедливое распределение мировых запасов продовольствия в соответствии с потребностями и с учетом проблем стран как импортирующих, так и экспортирующих пищевые продукты.

Статья 12

1. Участвующие в настоящем Пакте государства признают право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья.

2. Меры, которые должны быть приняты участвующими в настоящем Пакте государствами для полного осуществления этого права, включают мероприятия, необходимые для:

(a) обеспечения сокращения мертворождаемости и детской смертности и здорового развития ребенка;

(b) улучшения всех аспектов гигиены внешней среды и гигиены труда в промышленности;

(c) предупреждения и лечения эпидемических, эндемических, профессиональных и иных болезней и борьбы с ними;

(d) создания условий, которые обеспечивали бы всем медицинскую помощь и медицинский уход в случае болезни.

Замечание общего порядка по МПЭСКП №14 (2000)

Вопросы, связанные с имплементацией Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах

Право на наивысший достижимый уровень здоровья

(статья 12 МПЭСКП)

1. Здоровье является одним из основных прав человека, необходимым для реализации других прав человека. Каждый человек имеет право на наивысший достижимый уровень здоровья, обеспечивающий ему достойные условия жизни. Осуществление права на здоровье может обеспечиваться с помощью целого ряда взаимодополняющих подходов, таких, как определение политики в области здравоохранения, реализация программ по охране здоровья, разработанных Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ), или принятие конкретных правовых договоров. Кроме того, право на здоровье включает ряд компонентов, осуществление которых защищается законом 1.

3. Право на здоровье тесно связано и зависит от осуществления других прав человека, предусмотренных в Международном билле о правах, вклю-

чая права на питание, жилище, труд, образование, человеческое достоинство, жизнь, недискриминацию, равенство, запрещение пыток, частную жизнь, доступ к информации, а также свободы ассоциаций, собраний и передвижения. Эти и другие права и свободы связаны с составными элементами права на здоровье.

5. Комитет отдает себе отчет в том, что для миллионов людей во всем мире полное осуществление права на здоровье по-прежнему остается целью далекого будущего. Кроме того, во многих случаях, особенно для тех, кто живет в нищете, эта цель становится все более отдаленной. Комитет признает наличие значительных структурных и других препятствий, обусловленных неподконтрольными государствам международными и иными факторами, которые затрудняют полное осуществление статьи 12 во многих государствах-участниках [...]

I. Нормативное содержание статьи 12 [...]

9. Содержащееся в пункте 1 статьи 12 понятие «наивысший достижимый уровень здоровья» охватывает как индивидуальные биологические и социально-экономические предпосылки, так и имеющиеся в распоряжении государства ресурсы. Существует ряд аспектов, которые невозможно охватить только взаимоотношениями между государством и индивидуумом; в частности, государство не может обеспечить хорошее здоровье или защитить от всех возможных причин ухудшения здоровья человека. Так, генетические факторы, индивидуальная предрасположенность к заболеваниям и избрание людьми нездорового или опасного образа жизни могут существенно повлиять на здоровье человека. Следовательно, право на здоровье понимается как право на использование целого ряда учреждений, товаров, услуг и условий, необходимых для достижения наивысшего достижимого уровня здоровья[...]

11. Согласно толкованию Комитета, право на здоровье, определяемое в пункте 1 статьи 12, включает в себя не только право на своевременные и адекватные услуги в области здравоохранения, но и на такие основополагающие предпосылки здоровья, как доступ к безопасной питьевой воде и адекватным санитарным услугам, достаточное снабжение безопасным продовольствием, питание и жилищные условия, безопасные условия труда и окружающей среды, а также доступ к просвещению и информации в области здоровья, в том числе полового и репродуктивного здоровья. Еще одним важным аспектом является участие населения в принятии решений по всем связанным со здоровьем вопросам на общинном, национальном и международном уровнях.

II. Обязательства государств-участников

Общие правовые обязательства

30. Хотя Пакт предусматривает прогрессивное осуществление и признает проблемы, связанные с ограниченностью имеющихся ресурсов, он также налагает на государства-участники различные обязательства, носящие безотлагательный характер. Государства-участники имеют безотлагательные обязательства в связи с правом на здоровье, такие, как обеспечение осуществления этого права без какой-либо дискриминации (статья 2.2) и обязательство принимать меры (статья 2.1) для обеспечения полного осуществления статьи 12. Такие меры должны являться преднамеренными, конкретными и направленными на полное осуществление права на здоровье [...]

Основные обязательства

43. В Замечании общего порядка № 3 Комитет подтверждает, что государства-участники имеют основное обязательство по обеспечению удовлетворения по крайней мере минимальных базовых уровней каждого из прав, провозглашенных в Пакте, включая основополагающее базовое медицинское обслуживание. Рассмотрение более поздних документов, таких, как Программа действий Международной конференции по народонаселению и развитию 28 и Алма-атинская декларация, выявляет важные ориентиры, касающиеся основных обязательств, вытекающих из статьи 12. Таким образом, по мнению Комитета, к числу этих основных обязательств относятся, как минимум, следующие:

(а) обеспечение права доступа к объектам, товарам и услугам в области здравоохранения на недискриминационной основе, в особенности для уязвимых и социально отчужденных групп;

(b) обеспечение доступа к минимальному базовому питанию, являющемуся адекватным с точки зрения питательной ценности и безопасным, с целью обеспечения каждому человеку свободы от голода;

(с) обеспечение доступа к базовому жилью и санитарно-гигиеническим услугам и адекватное снабжение безопасной питьевой водой;

(d) обеспечение основными медикаментами, периодически определяемыми в Программе действий ВОЗ по основным медикаментам;

(е) обеспечение справедливого распределения всех объектов, товаров и услуг здравоохранения;

(f) принятие на основе имеющихся эпидемиологических данных и осуществление общенациональной государственной стратегии по охране здоровья и плана действий, учитывающих потребности в сфере здравоохранения всего населения; эти стратегии и план действий должны быть разработаны и должны периодически пересматриваться при соблюдении принципа участия населения и принципа транспарентности; они должны предусматривать методы, такие, как право на информацию о показателях и ориентирах в области здравоохранения, на основе которых можно пристально следить за достигнутым прогрессом; в рамках процедуры разработки стратегии и плана действий, а также определения их содержания следует уделять особое внимание всем уязвимым или социально отчужденным группам.

Замечание общего порядка МПЭСКП №15 (2002)²⁰⁴

Правовые основы права на воду

2. Право человека на воду предполагает обеспечение каждому человеку достаточного количества безвредной и доступной в экономическом и физическом плане питьевой воды для удовлетворения его повседневных потребностей. Адекватное количество безвредной воды является необходимым условием для предупреждения смерти от обезвоживания, сокращения риска заболеваний, связанных с некачественной водой, и повседневного ее потребления, потребления для целей приготовления пищи, личной гигиены и в хозяйственных санитарно-гигиенических нуждах.

Офис Верховного комиссара по правам человека, Изложение фактов 35, Право на воду²⁰⁵

Около 2,5 млрд человек до сих пор не имеют доступа к безопасным санитарным услугам. Это оказывает глубокое негативное воздействие на многие права человека. Например, без санитарных услуг невозможно пользоваться правом на достаточное жилище. Воздействие отсутствия санитарных услуг на здоровье людей хорошо документировано в деле Имение УихУстеуленвием, где объясняется, что до четверти всех смертей в возрастной группе до 5 лет создает серьезную угрозу для права на здоровье. Недостаточность санитарных услуг также самым серьезным образом сказывается на качестве воды и ставит под угрозу само право на воду.

²⁰⁴ Arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

²⁰⁵ OHCHR Fact Sheet available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ca45fed2.html>.

Хотя санитарные услуги пока не признаны в качестве самостоятельного права, складывается впечатление, что все большее число международных, региональных и национальных деклараций, а также национальных законодательных актов свидетельствуют о движении в направлении такого признания. Независимый эксперт по вопросу о правозащитных обязательствах, связанных с доступом к безопасной питьевой воде и санитарным услугам, высказалась в поддержку признания права на санитарную воду как отдельного права (см. A/HRC/12/24).

ВИЧ/СПИД и конкретные потребности в воде

Жизнь с ВИЧ/СПИД требует частого мытья и уделения особого внимания личной гигиене [...]. Раны и участки повреждений необходимо промывать, а одежда и постельное белье стираются часто. Распространенным явлением является высокая температура, сопровождаемая повышенным потоотделением, поэтому многие пьют больше воды [...]. Для того чтобы избежать туберкулеза - самой распространенной оппортунистической инфекции, - необходимы чистые, хорошо проветриваемые жилища. Все это требует дополнительной воды, которая не всегда легко доступна.

Право на питание

Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН, Изложение фактов №34

Право на питание в международном праве

Право на питание является правом человека, признанным в международном праве прав человека. Всеобщая декларация прав человека в контексте положений о достаточном жизненном уровне признает, что «каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу... который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи...» (статья 25).

В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, который является частью Международного билля о правах человека, признается право на достаточное питание в качестве существенного компонента права на достаточный жизненный уровень (пункт 1 статьи 11). В нем также прямо признается «основное право каждого человека на свободу от голода» (пункт 2 статьи 11).

Право на питание признается также и в других международных конвенциях о защите конкретных групп, в частности, в Конвенции о ликви-

дации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979 года)¹⁰, Конвенции о правах ребенка (1989 года)¹¹ и Конвенции о правах инвалидов (2006 года)¹². Право на питание закреплено также в некоторых региональных договорах, в частности, в Дополнительном протоколе к Американской конвенции о правах человека в области экономических, социальных и культурных прав, известном как Сан-Сальвадорский протокол (1988 года)¹³, Африканской хартии прав и основ благосостояния ребенка (1990 года)¹⁴ и Протоколе к Африканской хартии о правах человека и народов, касающемся прав женщин в Африке (2003 года)¹⁵.

Признание права на питание подразумевается также в контексте реализации других прав. Согласно толкованию Африканской комиссии по правам человека и народов, право на питание имплицитно охраняется Африканской хартией о правах человека и народов (1981 года) в положениях, касающихся права на жизнь, права на здоровье и права на экономическое, социальное и культурное развитие.

Права групп

Этнические меньшинства

Статьи 2 и 27 Международного пакта о гражданских и политических правах

Статья 2

1. Каждое участвующее в настоящем Пакте Государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

Статья 27

В тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком.

Управление Верховного комиссара по правам человека, Изложение фактов № 18, Права меньшинств

Положения о поощрении и защите прав лиц, принадлежащих к меньшинствам

Запрещение дискриминации

Дискриминация, ущемляющая политические, социальные, культурные или экономические права меньшинств, по-прежнему существует и является основным источником напряженности во многих районах мира. Выражение «дискриминация» следует понимать «как означающее любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, которое основано на признаках расы, цвета кожи... языка, религии... национального или социального происхождения... рождения или иного обстоятельства и которое имеет целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления всеми лицами, на равных началах, всех прав и свобод». Предупреждение дискриминации следует понимать как означающее «...предупреждение любых действий, которые лишают лиц или группы лиц равного обращения, которого они могут желать».

Дискриминация запрещается целым рядом международных договоров, охватывающих если не все, то по крайней мере большинство ситуаций, в которых группам меньшинств и их отдельным членам может быть отказано в праве на равное обращение. Запрещение дискриминации охватывает, в частности, дискриминацию по признаку расы, языка, религии, национального или социального происхождения, рождения или иного обстоятельства. В дополнение к таким важным правам, как право на свободу религии, выражение мнений и ассоциации существует ряд других важных гарантий, распространяющихся на представителей меньшинств, к числу которых относится право на признание правосубъектности, равенство в судах, равенство перед законом и равную защиту закона.

Положения о недискриминации содержатся в Уставе Организации Объединенных Наций 1945 года (статьи 1 и 55), во Всеобщей декларации прав человека 1948 года (статья 2) и в Международных пактах о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах 1966 года (статья 2 обоих пактов). Кроме того, аналогичные положения предусмотрены и в ряде специальных международных документов, в число которых входят: Конвенция МОТ¹ 111 1958 года о дискриминации в области труда и занятий (статья 1); Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 года (статья 1); Конвенция ЮНЕСКО 1960 года о борьбе с дискриминацией в области образования (статья 1); Декларация ЮНЕСКО 1978 года о расе и

расовых предрассудках (статьи 1, 2 и 3); Декларация 1981 года о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений (статья 2); Конвенция 1989 года о правах ребенка (статья 2).

Принципы недискриминации закреплены также во всех основных региональных документах по правам человека, включая Европейскую конвенцию об охране прав человека и основных свобод, Европейскую социальную хартию и Рамочную конвенцию о национальных меньшинствах (Совет Европы), Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе), Американскую конвенцию о правах человека (Организация американских государств) и Африканскую хартию прав человека и народов (Организация африканского единства).

Особые права меньшинств

Что такое особые права?

Особые права - это не привилегия, а средство, позволяющее меньшинствам сохранять свою самобытность, особенности и традиции. Особые права также важны для обеспечения равного обращения, как и нормы о недискриминации. Процесс обретения меньшинствами статуса, который большинство рассматривает как естественный, может начаться лишь тогда, когда они будут иметь возможность пользоваться родным языком, извлекать пользу из других организованных им служб, а также принимать участие в политической и экономической жизни государств. Проведение различий в обращении с такими группами или относящимися к ним индивидами является оправданным лишь в том случае, если это делается в интересах обеспечения подлинного равноправия и благополучия всего общества (4). Позитивные действия в такой форме следует применять в течение продолжительного периода, с тем чтобы позволить группам меньшинств пользоваться благами общества на равной основе с большинством населения.

Статья 27 Международного пакта о гражданских и политических правах

Наиболее общепризнанным и обязательным с юридической точки зрения положением по меньшинствам является следующий текст статьи 27 Международного пакта о гражданских и политических правах:

«В тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы

пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком».

Статья 27 Пакта гарантирует лицам, принадлежащим к меньшинствам, право на национальную, этническую, религиозную или языковую самобытность или самобытность по совокупности этих признаков и право на сохранение особенностей, которые они хотели бы развивать. Хотя в статье 27 идет речь о правах меньшинств в тех странах, где они существуют, сфера применения этой статьи не зависит от официального признания меньшинства тем или иным государством.

Статья 27 не призывает государства принимать какие-либо специальные меры, однако государства, ратифицировавшие Пакт, обязаны обеспечивать, чтобы все находящиеся в пределах их юрисдикции лица могли пользоваться этими правами, что может потребовать осуществления специальных мероприятий для устранения тех или иных форм неравенства, от которых страдают представители меньшинств (5).

***Алексеев против России, Решение Европейского суда по правам человека, 2010*²⁰⁶**

Основные факты

Заявитель, Николай Алексеев, был одним из организаторов нескольких маршей в 2006, 2007 и 2008 годах, направленных на привлечение внимания общественности к дискриминации сообщества геев и лесбиянок в России, а также на поддержку толерантности и уважения прав человека.

Организаторы неоднократно направляли мэру Москвы уведомление о намерении провести марши. При этом они принимали на себя обязательства по оказанию содействия правоохранительным органам в обеспечении безопасности и соблюдения публичного порядка участниками, а также по соблюдению норм, ограничивающих уровень шума при использовании громкоговорителей и звукоусиливающих технических средств. Однако ни одно мероприятие не было согласовано. Решения об отказе обосновывались необходимостью охраны публичного порядка, здоровья, нравственности, прав и свобод других лиц, а также необходимостью предотвращения беспорядков. В частности, указывалось, что многочисленные петиции против маршей дают основание предполагать возможность применения насилия в отношении участников маршей, что

²⁰⁶ Application 4916/07, 21 October 2010.

может привести к массовым беспорядкам.

Помимо официальных решений СМИ неоднократно цитировали слова мэра и работников его аппарата о том, что правительство Москвы даже и не собирается рассматривать возможность организации гей-шествия и что ни при каких обстоятельствах гей-парад не будет разрешен в Москве «до тех пор, пока мэр города занимает свой пост». Кроме того, мэр призывал к «активной масс-медиа кампании [...] с использованием петиций, подаваемых отдельными лицами и религиозными организациями» против маршей.

Получив отказы в согласовании маршей, организаторы пытались в те же дни провести пикеты. Однако и в этом столичные власти им также отказывали. Алексеев безуспешно обжаловал данные решения в судебном порядке.

Ссылаясь на статьи 11, 13 и 14 ЕКПЧ, заявитель жалуется на повторяющиеся запреты на проведение публичных мероприятий за права геев, на отсутствие эффективных средств правовой защиты по обжалованию данных запретов, а также на дискриминацию по признаку сексуальной ориентации.

Решение

Прежде всего Суд констатировал нарушение статьи 11 ЕКПЧ. При этом он напомнил, что данная норма охраняет ненасильственные демонстрации, которые могли бы вызвать раздражение людей, не разделяющих идеи, продвигаемые демонстрантами. Он также подчеркнул, что люди должны иметь возможность проводить демонстрации без страха быть подвергнутыми физической агрессии со стороны своих оппонентов. В то же время сам по себе риск, что демонстрация вызовет общественные беспорядки, не является достаточным основанием для оправдания запрета.

Московские власти систематически в течение трех лет неадекватно оценивали риски безопасности участников и публичного порядка. Хотя контрдемонстранты действительно могли бы выйти на улицы для противостояния маршам, власти Москвы должны были предпринять действия по обеспечению мирного и законного характера обоих мероприятий.

Суд также отметил, что соображения безопасности обладали второстепенным значением при принятии решения властями, которые в основном руководствовались превалирующими моральными ценностями. Суд подчеркнул, что если осуществление права на мирные собрания и объединения группами меньшинств обусловливается одобрением большинства, это не соответствует ценностям Конвенции. Целью вы-

ступлений была поддержка уважения прав человека и толерантности по отношению к сексуальным меньшинствам; они не были направлены ни на демонстрацию наготы или непристойного поведения, ни на критику общественной морали или религиозных взглядов. Кроме того, очевидно, что другие государства — участники Конвенции признают право людей на открытую идентификацию себя как геев и на продвижение своих прав и свобод, в частности путем мирных публичных собраний.

Следовательно, запреты на проведение маршей за права геев и пикетов не являлись необходимыми в демократическом обществе и нарушали статью 11 Конвенции.

Относительно статьи 14 Конвенции Суд заметил, что основной причиной запретов гей-маршей было отрицательное отношение властей к демонстрациям, которые, по их мнению, пропагандируют гомосексуальность. Поскольку Правительство не предоставило оправдания своим запретам, которое бы соответствовало требованиям Конвенции, Суд пришел к выводу о том, что заявитель подвергся дискриминации по признаку сексуальной ориентации. Таким образом, имело место нарушение статьи 14 Конвенции.

108. Суд напоминает, что сексуальная ориентация является понятием, охватываемым статьей 14 Конвенции (см., *mutatismutandis*, дело «Козак против Польши», жалоба ¹ 13102/02, 2 марта 2010 г.). Более того, когда рассматриваемое различие проводится в такой интимной и уязвимой сфере личной жизни лица, для оправдания обжалуемых мер Суду должны быть представлены особенно веские причины. Если различие в обращении основано на половой принадлежности или сексуальной ориентации, пределы усмотрения государства ограничены, и в такой ситуации принцип пропорциональности не просто требует, чтобы выбранные меры в целом подходили для достижения заявляемой цели, но также должно быть продемонстрировано, что это было необходимо в данных обстоятельствах. Действительно, если причины различий в обращении основывались лишь на сексуальной ориентации заявителя, это, в соответствии с Конвенцией, могло составлять дискриминацию (там же, §92).

109. Выше было установлено, что основной причиной запрета мероприятий, организованных заявителем, было отрицательное отношение должностных лиц к демонстрациям, которые, по их мнению, пропагандируют гомосексуальность (см. §§77—78 и 82 выше). В частности, Суд не может проигнорировать твердое личное мнение, публично выраженное мэром Москвы, и несомненную связь между ним и запретом. В свете этих выводов Суд также считает установленным тот факт, что заявитель под-

вергался дискриминации по признаку сексуальной ориентации. Суд также отмечает, что Правительство не предоставило каких-либо доказательств, что оспариваемое различие соответствовало стандартам Конвенции.

110. Соответственно, Суд полагает, что в настоящем деле имело место нарушение статьи 14 в сочетании со статьей 11 Конвенции.

Права детей

Конвенция о правах ребенка ²⁰⁷

Конвенция о правах ребенка представляет собой международно-согласованный свод стандартов и обязательств, которые обеспечивают выделение первоочередного внимания интересам детей при проведении деятельности, направленной на создание справедливого, достойного и мирного общества.

В Конвенции определены основополагающие права человека, которыми должны обладать все дети на постоянной основе во всех странах мира: право на выживание; полноценное развитие; защиту от вредного воздействия, жестокого обращения и эксплуатации; и право на участие в полной мере в семейной, культурной и общественной жизни. Конвенция обеспечивает защиту этих прав, устанавливая стандарты в области медико-санитарного обслуживания, образования, а также предоставления юридических, гражданских и социальных услуг. Эти стандарты являются критериями, на основе которых можно оценивать достигнутый прогресс, и государства, ратифицирующие Конвенцию, обязаны учитывать наилучшие интересы ребенка в своей деятельности и политике.

Конвенция построена на соблюдении следующих четырех основополагающих принципов:

1. Отсутствие дискриминации (статья 2).
2. Обеспечение наилучших интересов ребенка (статья 3).
3. Обеспечение права ребенка на жизнь, выживание и развитие (статья 6).
4. Уважение взглядов ребенка (статья 12).

Каждому ребенку, независимо от места его рождения, принадлежности к той или иной расовой или этнической группе, пола и имущественного

²⁰⁷ Excerpt from UNICEF, <http://www.unicef.org/specialsession/rights/index.html>.

положения, должны быть предоставлены все возможности для того, чтобы стать продуктивным членом общества, и все дети должны обладать правом выражать свое мнение и быть выслушанными.

В соответствии с определением, приведенным в Конвенции, ребенком является мальчик или девочка до достижения 18-летнего возраста, и он рассматривается в качестве как отдельной личности, так и члена семьи и общества. Ребенок — это человек, обладающий всем комплексом прав.

Комитет по правам ребенка, заключительные замечания по Кыргызстану²⁰⁸

Сорок четвертая сессия

Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 12(1) факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли людьми, детской проституции и детской порнографии.

1. Комитет рассмотрел первоначальный доклад Кыргызстана (CRC/C/OPSC/KGZ/1) на своем 1221-м заседании (см. CRC/C/SR.1221), состоявшемся 29 января 2007 года, и на своем 1228-м заседании, состоявшемся 2 февраля 2007 года, принял следующие заключительные замечания.²⁰⁹

В. Позитивные аспекты

Национальный план действий и координация

5. Комитет приветствует разработку программы «Новое поколение», касающейся торговли детьми, коммерческой и сексуальной эксплуатации детей. Однако Комитет обеспокоен отсутствием конкретного плана действий по проблеме торговли детьми, детской проституции и детской порнографии. Кроме того, Комитет обеспокоен тем, что имеющиеся финансовые ресурсы, выделенные на реализацию программы «Новое поколение», являются недостаточными и что координация и сотрудничество между различными органами осуществляется не в полной мере эффективно.

6. Комитет рекомендует государству-участнику активизировать свои усилия в консультации и сотрудничестве со своими соответствующими заинтересованными сторонами в целях укрепления своей программы «Новое поколение», уделяя особое внимание осуществлению всех положений Фа-

²⁰⁸ 2 February 2007, CRC/C/OPSC/KGZ/CO/1.

²⁰⁹ Заключительные замечания: Кыргызстан, 2 февраля 2007 года, CRC/C/OPSC/KGZ/CO/1

культуративного протокола и учитывая Декларацию и Программу действий и Глобальное обязательство, принятые на первом и втором Всемирных конгрессах против сексуальной эксплуатации детей в коммерческих целях (Стокгольм, 1996 год; Йокогама, 2001 год). Кроме того, Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить выделение более значительных бюджетных ассигнований на программу «Новое поколение» и четко определить сферу компетенции различных органов, участвующих в осуществлении этой программы, для улучшения сотрудничества и координации по ее линии.

Распространение информации и обучение

7. Комитет с удовлетворением отмечает многочисленные меры в области обучения и распространения информации, принятые государством-участником в сотрудничестве с международными организациями и НПО. ... Однако Комитет по-прежнему обеспокоен тем, что усилия, осуществляемые с целью повышения информированности о Протоколе среди соответствующих профессиональных групп и широкой общественности и обеспечения надлежащей подготовки судей, прокуроров и социальных работников, работающих с детьми и в интересах детей, являются нецеленаправленными и разрозненными и, таким образом, недостаточными и что они не покрывают все области Протокола.

8. Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить выделение надлежащих целевых средств на разработку учебных материалов и курсов для всех соответствующих специалистов, включая сотрудников полиции, прокуроров, судей, медицинский персонал и других специалистов, причастных к осуществлению Факультативного протокола.

Сбор данных

9. Комитет выражает сожаление в связи с отсутствием статистических данных по вопросам, охватываемым Протоколом, а также отсутствием исследований на тему сохраняющейся практики внутренней и трансграничной торговли людьми, торговли детьми, детской проституции и детской порнографии.

10. Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить систематический сбор и анализ данных, дезагрегированных, в частности, по признакам возраста и пола.

[...]

12. Комитет рекомендует государству-участнику по-прежнему обеспечивать выделение и увеличить объем своих бюджетных ассигнований с целью покрытия всех областей, затрагиваемых Протоколом.

Существующее криминальное или уголовное право и положения

13. Комитет приветствует тот факт, что Факультативный протокол имеет преимущественную силу по отношению к национальному законодательству и что положение о торговле людьми, в том числе детьми, включено в Уголовный кодекс и в недавно принятый Кодекс Кыргызской Республики о детях. Однако Комитет обеспокоен тем, что запрещение торговли детьми, детской проституции и детской порнографии четко не предусмотрено в национальном Уголовном кодексе и/или Кодексе Кыргызской Республики о детях в соответствии со статьями 2 и 3 Факультативного протокола.

14. Комитет настоятельно призывает государство-участника к осуществлению Протокола посредством принятия незамедлительных мер для изменения соответствующих нормативных положений с целью полного охвата всех целей и форм практики торговли людьми, детской порнографии и детской проституции... Комитет рекомендует государству-участнику провести правовое исследование с целью определить несоответствия и пробелы между национальной правовой системой и Протоколом и обратиться за содействием к Детскому фонду Организации Объединенных Наций (ЮНИСЕФ) и другим соответствующим международным организациям.

17. Комитет приветствует предпринимавшиеся в последнее время попытки в целях проведения расследований и судебного преследования по фактам случаев, связанных с торговлей людьми и детской проституцией. Однако он по-прежнему обеспокоен тем, что в ряде случаев расследования и судебное преследование не возбуждались.

18. Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить, чтобы по фактам случаев, связанных с торговлей детьми и детской проституцией, и особенно с порнографией, чаще проводились расследования и возбуждалось судебное преследование, и представить соответствующие данные.

19. Комитет обеспокоен тем, что положения статьи 8 Факультативного протокола не были должным образом инкорпорированы в соответствующие законы государства-участника, и в частности тем, что в Уголовном кодексе и Кодексе Кыргызской Республики о детях статус жертвы ясно не определен и что законодательство не предусматривает четко определенных мер наказания за оказание физического и психологического давления при проведении допросов. Он также обеспокоен тем, что меры, направленные на физическое и психологическое восстановление детей, являющихся жертвами торговли детьми, детской проституции и детской

порнографии, осуществляются исключительно неправительственными организациями (НПО) и что государством-участником конкретно не выделяется никаких средств поддержки для детей-жертв.

20. Комитет рекомендует государству-участнику:

- a) ...защищать детей-жертв и свидетелей на всех стадиях уголовного судопроизводства, принимая во внимание принятые Организацией Объединенных Наций Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей-жертв и свидетелей преступлений (резолюция 2005/20 Экономического и Социального Совета);
- b) сотрудничать с НПО и Международной организацией по миграции (МОМ) с целью обеспечения оказания надлежащих услуг в интересах детей-жертв ...;
- c) обеспечивать, чтобы все дети - жертвы преступлений, указанных в Протоколе, имели доступ к надлежащим процедурам получения от несущих юридическую ответственность лиц компенсации за причиненный ущерб без какой бы то ни было дискриминации ensure...; и
- d) выделять надлежащие средства в целях осуществления программ и мер, необходимых для реабилитации детей-жертв.

21. Комитет с глубокой обеспокоенностью принимает к сведению, что дети, являющиеся жертвами преступлений, часто страдают от стигматизации и социальной маргинализации и могут привлекаться к ответственности, подвергаться суду и помещаться под стражу.

22. Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить, чтобы дети, являющиеся жертвами эксплуатации и жестокого обращения, не объявлялись преступниками и не подвергались наказанию

23. Комитет рекомендует государству-участнику создать ... круглосуточную, бесплатную телефонную линию помощи для оказания содействия детям-жертвам. В этой связи он рекомендует государству-участнику обеспечить, чтобы дети были информированы о линии помощи и имели к ней доступ, и способствовать сотрудничеству линии помощи с НПО, целенаправленно занимающимися детской проблематикой, и полицией, а также медицинскими и социальными работниками.

25. Комитет по-прежнему обеспокоен утверждениями о соучастии государственных должностных лиц в торговле людьми и тем, что в результате коррупции снижается эффективность принимаемых превентивных мер.

27. Комитет в особой степени обеспокоен сложным положением некоторых групп детей, таких, как безнадзорные дети и работающие дети, которые особо уязвимы ко всем формам эксплуатации.

28. Комитет рекомендует государству-участнику обратить пристальное внимание на положение уязвимых групп детей, которым особенно угрожает опасность подвергнуться эксплуатации и жестокому обращению. В этой связи Комитет рекомендует государству-участнику выделять достаточные людские и финансовые ресурсы для осуществления программ в интересах защиты прав уязвимых детей, уделяя особое внимание их образованию и охране здоровья. Следует уделять больше внимания повышению осведомленности детей об их правах.

Права женщин

Обзор Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин²¹⁰

Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (CEDAW), принятую в 1979 году Генеральной Ассамблеей ООН, часто называют международным биллем о правах женщин. Она состоит из преамбулы и 30 статей и определяет, что является дискриминацией в отношении женщин и устанавливает повестку дня для действий на национальном уровне, чтобы положить конец такой дискриминации.

Конвенция определяет дискриминацию в отношении женщин как «...любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое имеет следствием или целью умаление или отрицание признания, использования или осуществления женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равенства мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области».

Принимая Конвенцию, государства берут на себя обязательство предпринять ряд мер, чтобы положить конец дискриминации в отношении женщин во всех формах, в том числе:

²¹⁰ U.N. Division for the Advancement of Women: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

- включить принцип равноправия мужчин и женщин в свои правовые системы, отменить все дискриминационные законы и принять запрещающие дискриминацию в отношении женщин;
- создание судов и других государственных учреждений в целях обеспечения эффективной защиты женщин от дискриминации, и
- обеспечить ликвидацию всех актов дискриминации в отношении женщин со стороны лиц, организаций или предприятий.

Конвенция является единственным договором по правам человека, в которой подтверждаются репродуктивные права женщин, задачи, касающиеся культуры и традиций, формирование гендерных ролей и семейных отношений. Она подтверждает право женщин на приобретение, изменение или сохранение их гражданства и гражданства их детей. Государства-участники также соглашаются принимать соответствующие меры в отношении всех видов торговли женщинами и эксплуатации женщин.

Страны, которые ратифицировали или присоединились к Конвенции, юридически обязаны реализовать ее положения на практике. Они также обязались представлять национальные доклады, по крайней мере раз в четыре года, о мерах, принятых ими для выполнения своих договорных обязательств.

Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин (CEDAW), является экспертным органом, учрежденным в 1982 году, и состоит из 23 экспертов по проблемам женщин со всего мира.

Мандат Комитета очень специфичен: он следит за прогрессом в интересах женщин, сделанным в тех странах, которые являются государствами-участниками Конвенции 1979 года о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Страна становится государством-участником путем ратификации или присоединения к Конвенции и тем самым признает юридическое обязательство противодействовать дискриминации в отношении женщин. Комитет следит за осуществлением национальных мер по выполнению этого обязательства.

На каждой из своих сессий Комитет рассматривает национальные доклады, представленные государствами-участниками в течение одного года после ратификации или присоединения, а затем каждые четыре года.

А.С. Против Венгрии, Решение Комитета по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, 2006²¹¹

1.1 Автором сообщения от 12 Февраля 2004, является г-жа А.С., венгерская цыганка, дата рождения 5 сентября 1973. Она утверждает, что была подвергнута принудительной стерилизации медицинским персоналом в венгерский больнице...

2.4 Автор заявляет, что стерилизация оказала глубокое влияние на ее жизнь, из-за чего она и ее партнер прошли курс медицинского лечения от депрессии. Она никогда бы не согласилась на стерилизацию, поскольку она имеет строгие католические религиозные убеждения, запрещающие контрацепцию любого вида, включая стерилизацию. Кроме того, она и ее партнер живут в соответствии с традиционными обычаями народности Рома - где, дети, как говорится, являются центральным элементом системы ценностей семей Рома ...

22 ноября 2002 года Городской суд Фехердьярмата [Fehérgyarmat] отклонил иск автора, несмотря на установление фактов некоторой халатности со стороны врачей, которые не соблюли определенные правовые нормы, а именно, не информирование партнера автора об операции и ее возможные последствия, а также в получении свидетельства о рождении существующих детей автора. Суд рассудил, что медицинские показания к стерилизации преобладали в случае автора, и что она была проинформирована о своей стерилизации и получила всю соответствующую информацию в таком виде, в котором она могла понять его ...

3.1 Автор утверждает, что Венгрия нарушила статьи 10 (h), 12 и 16, пункт 1 (e) Конвенции.

3.2 Она подчеркивает, что стерилизация никогда не является вмешательством для сохранения жизни, которое бы должно быть выполнено в срочном порядке в отсутствие полного и осознанного согласия пациента. Это операция, которая обычно является необратимой, а хирургическая операция по отмене стерилизации является сложной и имеет низкий уровень успеха. Автор утверждает, что международные и региональные организации по правам человека неоднократно подчеркивали, что практика принудительной стерилизации представляет собой серьезное нарушение многих прав человека, и она ссылается, как пример, на Замечание общего порядка № 28 Комитета по правам человека по вопросу равенства прав

²¹¹ А.С. против Венгрии, Сообщение No 4/2004, Решение Комитета по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (14 августа 2006).

между мужчинами и женщинами. Она также заявляет, что насилие проявляется в различных формах - от физической силы до давления и / или халатности со стороны медицинских работников...

11.2 Что касается утверждения, что Государство-участник нарушило статью 10 (h) Конвенции, не предоставив информацию и консультацию по планированию семьи, Комитет напоминает о своей Общей рекомендации № 21 о равенстве в браке и семейных отношениях, в контексте которой признается «практика принуждения, которая имеет серьезные последствия для женщин, такие, как принудительная стерилизация ...», что информированное принятие решения о безопасной и надежной контрацепции зависит от того, получила ли женщина «информацию о методах контрацепции и их использовании, а также гарантированный доступ к половому воспитанию и услугам по планированию семьи»...

[...] Комитет считает, что в данном случае Государство-участник не обеспечило, чтобы автор дал полное информированное согласие быть стерилизованным, и что, следовательно, права автора по статье 12 были нарушены...

11.5 Действуя в соответствии со статьей 7, пункт 3 Факультативного протокола к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин считает, что факты в его распоряжении свидетельствуют о нарушении статей 10 (h), 12 и 16, пункт 1 (e) Конвенции, и предоставляет следующие рекомендации Государству-участнику:

I. В отношении автора сообщения: предоставить соответствующую компенсацию г-же A.S., соизмеримую с тяжестью нарушения ее прав.

II. Общее:

- Принять дополнительные меры для обеспечения того, что соответствующие положения Конвенции и относящиеся пункты Общих рекомендаций Комитета № 19, 21 и 24, касающиеся репродуктивного здоровья и прав женщин, были известны и придерживаемы всем соответствующим персоналом государственных и частных медицинских центров, включая больницы и клиники.
- Провести обзор национального законодательства на основе принципа информированного согласия в случаях стерилизации и обеспечить его соответствие с международными правами человека и медицинскими стандартами, включая Конвенцию Совета Европы о правах человека и

биомедицине («Конвенция Овьедо») и руководящих принципов Всемирной организации здравоохранения. В этой связи рассмотреть вопрос об изменении положения Закона об общественном здравоохранении, в соответствии с которым врач имеет право «провести стерилизацию в целом без предоставления информации, если это представляется уместным в данных обстоятельствах».

- Провести мониторинг государственных и частных медицинских центров, в том числе больниц и клиник, выполняющих процедуры стерилизации, с тем, чтобы обеспечить предоставление полного информированного согласия пациентом до того, как процедура стерилизации произведется, с предусмотрением соответствующих санкций в случае нарушения.

Обзор международных и региональных систем обеспечения прав человека

Развитие в области прав человека в рамках ООН; структуры по правам человека, основанные на Уставе ООН, Дэвид Уайсбродт, Фионула Ни Аолан²¹²

Права человека осуществляются различными органами под руководством Устава Организации Объединенных Наций, а также экспертных комиссий, созданных специализированными договорами по правам человека. Эти два вида институтов ООН по правам человека - уставные органы и экспертные договорные комитеты –представлены в диаграмме в начале данной книги. Большинство уставных органов состоят из представителей правительства и будут рассмотрены в первую очередь.

Под руководством Устава ООН, деятельность в области прав человека в основном осуществляется Советом Безопасности, Генеральной Ассамблеей, Экономическим и Социальным Советом, Советом по правам человека, Консультативным комитетом, Комиссией по положению женщин и Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию.

²¹² David Weissbrodt, Fionnuala Ni Aolain, Joan Fitzpatrick, & Frank Newman, International Human Rights: Law, Policy and Practice, (LexisNexis, 4th ed., 2009) [выдержки перепечатаны с согласия авторов].

Совет Безопасности является органом ООН, на который Устав возлагает главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности. Совет состоит из пятнадцати членов, включая пять постоянных членов (Китай, Франция, Россия, Великобритания и США) и десять непостоянных членов, избираемых на два года Генеральной Ассамблеей. В соответствии с главой VII Устава, Совет Безопасности делает рекомендации или решает, какие меры следует предпринять для поддержания или восстановления международного мира и безопасности. Меры могут включать гуманитарную помощь, экономические санкции и военное вмешательство. С окончанием холодной войны роль Совета Безопасности стала более заметной, так как постоянные члены стали чаще договариваться о совместных действиях. Там продолжает существовать множество споров по поводу состава Совета Безопасности и является ли система членства справедливым отражением текущих демографических и властных характеристик государств. И хотя имеются предложения по реформе, на сегодняшний день не существует политического консенсуса, чтобы их реализовать (см. Органограмму в начале данной книги).

Повысившаяся активность Совета Безопасности становится очевидной через противопоставление мер, принятых им во время и после холодной войны. Во время холодной войны, Совет Безопасности квалифицировал нарушения прав человека как угрозу миру лишь пять раз, чтобы оправдать меры в соответствии с главой VII. Кроме того, в течение сорока двух лет, с 1948 по 1987 г., Совет Безопасности учредил всего 13 операций по поддержанию мира. В течение десятилетнего периода с 1988 по 1998 годы Совет Безопасности направил 36 миссий по поддержанию мира, то есть в три раза больше. Кроме того, основываясь главным образом на решениях Совета Безопасности с 1989 года, деятельность ООН со значительным фокусом на права человека имела место в более чем двадцати странах, в том числе в таких странах, как Ангола, Босния и Герцеговина, Бурунди, Камбоджа, Конго, Восточный Тимор, Сальвадор, Гватемала, Гаити, Ирак, Косово, Мозамбик, Намибия, Никарагуа, Руанда, Сьерра-Леоне, Сомали, Южная Африка, Судан, Западная Сахара, и бывшая Югославия. Роль Совета Безопасности в качестве законодателя международных норм была дополнена его действиями после событий 11 сентября 2001 года, что выражено в мандате по борьбе с терроризмом, предоставленном государствам под резолюцией Совета Безопасности ООН 1373...

В 1993 году Совет Безопасности далее внес свой вклад в развитие законодательства о правах человека, когда он учредил Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на тер-

ритории бывшей Югославии (см. резолюцию Совета Безопасности 827 от 25 мая 1993 года). Судом публично предъявлено обвинение 161 лицу²¹³. 10 марта 1998 г., главный прокурор заявил, что юрисдикция суда охватывает нарушения норм международного права, которые произошли в Косово, например, во время событий 1999 года, которые привели к натовским бомбардировкам Сербии и Косово. Кроме того, после массовых убийств в Руанде в апреле 1994 года Совет Безопасности учредил второй трибунал, используя тот же базовый подход, как в бывшей Югославии. Этот трибунал был сосредоточен на обеспечении передачи лиц, совершивших геноцид в Руанде в руки правосудия. Трибунал по Югославии находится в Гааге, Нидерланды, и Трибунал по Руанде был создан в Танзании.

На основе прецедентов Нюрнбергского и Токийского трибуналов, множества процессов в Германии в соответствии с Законом № 10 Контрольного совета после Второй мировой войны, и создания специальных трибуналов по военным преступлениям для бывшей Югославии и Руанды, постоянный Международный уголовный суд (МУС) был утвержден статутом от 17 июля 1998 года, который вступил в силу 1 июля 2002 года, когда он была ратифицирован 60 странами. По состоянию на январь 2009 года 108 правительств ратифицировали Статут Международного уголовного суда²¹⁴. Статут позволяет преследовать лиц за военные преступления, геноцид и другие преступления против человечности, и также агрессию, как только будет принято определение этого термина. МУС обладает юрисдикцией в отношении дополнительных лиц, которых правительствам не удалось преследовать в судебном порядке в своих национальных судах или, когда правительства не имеют возможности преследовать в судебном порядке указанных лиц на национальном уровне. Международный уголовный суд заседает в Гааге, Нидерланды, с 18 судьями, которые избираются на девятилетний срок (одна треть меняется каждые три года) государствами-участниками.

Международный Суд (МС), заменив Постоянную палату международного правосудия²¹⁵, является судебным органом Организации Объединенных

²¹³ <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>.

²¹⁴ See Rome Statute of the International Criminal Court, available at <http://untreaty.un.org/NGLISWbible/englishinternetbible/partVchapterXVIII/treatyI0.asp>.

²¹⁵ The Permanent Court of International Justice (PCIJ) was authorized in the Covenant of the League of Nations. It held its inaugural sitting in 1922 and was dissolved in 1946. The PCIJ was the first permanent international tribunal with general jurisdiction; its jurisprudence made possible the clarification of a number of aspects of international law, and contributed to the development of international law. Between 1922 and 1940 the PCIJ dealt with 29 contentious cases between states, and delivered

Наций. Суд заседает во Дворце мира в Гааге, Нидерланды, с 15 судьями, которые избираются на девятилетний срок (одна треть заменяется каждые три года) Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности. Устав Организации Объединенных Наций предусматривает как спорную, так и консультативную юрисдикцию. Состязательность юрисдикции распространяется только на вопросы и случаи, когда государства-участники ссылались на его юрисдикцию и в случаях, когда договоры и конвенции предусматривают вынесение решения Международного Суда. Статья 38 (1) Статута Международного Суда указывается источниками права, которые суд должен применить в предоставлении своих решений: международные конвенции, международный обычай и общие принципы права. Решения Международного Суда являются обязательными только между непосредственными сторонами спора, и только в отношении этого конкретного случая. Решения, однако, широко используются в качестве положений международного права.

В период после первой мировой войны Постоянная палата международного правосудия (ППМП) вынесла ряд консультативных заключений в соответствии с Версальским договором, которые имеют отношение к правам человека²¹⁶. Например, в 1923 году суд пришел к выводу в своем консультативном заключении, что правительство Польши имело обязательство по Договору о меньшинствах предпринять меры по «обеспечению полной защиты жизни и свободы всем жителям Польши без различия рождения, национальности, языка, расы или религии»²¹⁷. Суд определил, что выселение немецких поселенцев из Польши нарушило бы обязательства государства в рамках Договора о меньшинствах, особенно имущественных прав немецкого меньшинства в Польше. Через два консультативных заключения, касающихся города Данцига, ППМП применяет принцип *Nullum crimen sine lege* (нет преступления без закона), чтобы найти нарушение основных прав в указе, который устанавливает, что человек может быть наказан в «соответствии с основной идеей права и в соответствии со звуком народного чувства»²¹⁸. Точно так же в еще одном

27 advisory opinions.

²¹⁶ Stephen M. Schwebel, *Human Rights in the World Court*, 24 *VANOEERBILT J. INT'L* 945,948 (1991).

²¹⁷ Advisory Opinion No. 6, *Gennan Settlers in Poland*, 1923 P.C.U. (ser. B.) No.6, at 20 (Sept. 10); see also Advisory Opinion No. 44, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, 1932 P.C.U. (ser. NB) No. 44, at 28 (Feb. 4); Advisory Opinion No. 64, *Minority Schools in Albania*, 1935 P.C.U. (ser. NB) No. 64, at 17 (Apr. 6).

²¹⁸ Advisory Opinion No. 65, *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the*

консультативном заключении Суд постановил положение о юрисдикции судов Данцига²¹⁹ о том, что люди, в данном случае, железнодорожные чиновники Данцига, имеют возможность отстаивать свои права в соответствии с международным правом, то есть против администрации Польских железных дорог в рамках соответствующего договора.

Вскоре после своего создания Международный Суд вынес свое первое консультативное заключение в связи с проблемой прав человека о том, что оговорки к Конвенции о геноциде не могут быть действенными, если оно не согласуются с предметом и целью договора. Суд отметил, что «принципы Конвенции являются принципами, которые признаны цивилизованными нациями как обязательные для государств, даже без какого-либо договорного обязательства»²²⁰. В консультативном заключении от 1970 года, Международный Суд обнаружил, что продолжающееся присутствие Южной Африки в Намибии было нарушением международного права, потому что правительство Южной Африки «взяло на себя обязательство соблюдать и уважать, на территории, имеющей международный статус, права человека и основные свободы без различия расы. Установление вместо этого режима для обеспечения различия ... по признакам расы ... составляет отрицание основных прав человека и является вопиющим нарушением целей и принципов Устава.²²¹ ... « Международный Суд в своем решении 1980 года по делу о дипломатических и консульских сотрудниках Соединенных Штатов в Тегеране заявил, что «лишение человеческого существа его свободы и подчинение его физическим ограничениям в тяжелых условиях само по себе явно не совместимо с принципами Устава Организации Объединенных Наций, а также с основными принципами, провозглашенными во Всеобщей декларации прав человека»²²². В 1986 году Международный суд признал, что Соединенные Штаты несут ответственность за нарушение обычного международного права, то есть за то, что оно не было в состоянии дать уведомление о ее минировании ника-

Constitution of the Free City, 19a5 P.C.I.J. (ser. NB) No. 65, at 45 (Dec. 4).

²¹⁹ Advisory Opinion No. 15, Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15, at 4 (Mar. 3).

²²⁰ Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951 I.C.J. 15 (May 28).

²²¹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council resolution 276 (1970), 1971 I.C.J. 15 (June 21).

²²² Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, 1980 I.C.J. 3, 42 (May 24). Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, 1980 I.C.J. 3, 42 (May 24).

рагуанских портов²²³. В том же случае суд установил, что американское издание и распространение справочника «Психологические операции в партизанской войне», который посоветовал контраст «нейтрализовать» некоторых судей, полицейских и должностных лиц государственной безопасности идет «вопреки публикациям запрета в статье 3 Женевских конвенций, в отношении приговора... и исполнении его без... судебных гарантий...».

В 1998 году Международный Суд единодушно принял временные меры для обеспечения того, чтобы парагвайский заключенный Ангел-Франциско Брерд не был казнен «до вынесения окончательного решения о том, что Брерд не был уведомлен о своем праве связаться со своим консульским представителем немедленно после того как он был арестован по обвинению в убийстве». И правительство США, и Верховный суд проигнорировали эту просьбу и Брерд был казнен²²⁴. Опять же в 1999 году Международный суд постановил принять заявление Германии о принятии временных мер, чтобы обратиться к Организации Объединенных Наций с просьбой принять «все меры, имеющиеся в ее распоряжении», чтобы двое немецких граждан не были казнены в Аризоне, в то время как Суд рассматривает последствия отказа властей Аризоны соблюдать правило об уведомлении согласно Венской конвенции о консульских отношениях²²⁵. Суд усилил привилегии в рамках Прав на образование, Десятилетия ООН по борьбе против расизма, и принятии Декларации о правах и обязанностях отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основных свобод (о правозащитниках). В 1993 году Генеральная Ассамблея проголосовала за создание должности Верховного комиссара ООН по правам человека и Управления Верховного комиссара по правам человека, действующих под руководством Генерального секретаря, и которые несут основную ответственность за деятельность ООН в области прав человека, в том числе контроль ООН по правам человека, содействие всеобщей ратификации и реализации международных стандартов, а также поддержание операций ООН в области прав человека. Кроме того, Генеральная Ассамблея

²²³ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986 I.C.J. 14, 129-30 (June 27).

²²⁴ Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), 1998 I.C.J. 248 (Provisional Measures, Order of 9 Apr.) and 1998 I.C.J. 266 (Apr. 9); 1998 I.C.J. 426 (Nov. 10); 1998 J.C.J. 272 (June 8). The case was discontinued by the ICJ at Paraguay's request on 10 Nov. 1998.

²²⁵ LaGrand Case (Germany v. United States of America), 1999 I.C.J. 9, Provisional Measures, Order.

сосредоточена на таких вопросах, как борьба с расизмом, религиозная нетерпимость, права ребенка, а также право на самоопределение. Кроме того, Генеральная Ассамблея рассмотрела ситуации с правами человека в Афганистане, Боснии и Герцеговине, Камбоджии, Кубе, Гаити, Ираке, Исламской Республике Иран, Косово, Мьянме, Нигерии, Руанде и Судане.

Несмотря на давние противоречия между Статьей 2 (7) Устава с запретом против вторжения во внутреннюю юрисдикцию государств и необходимостью защиты прав человека в статьях 1, 55 и 56 Устава, Генеральная Ассамблея все чаще обращает внимание на защиту прав человека в конкретных странах. Напряженность была нарушена в середине 1970-х, когда Генеральная Ассамблея и Комиссия по правам человека разработали мнение, что Рабочая группа должна быть создана для расследования нарушений прав человека в Чили. После этого периода, почти все правительства приняли позицию, согласно которой права человека являются вопросом, имеющим международное значение, и что ООН может расследовать и выносить рекомендательные резолюции в любом случае, и таким образом, вторгаться во внутреннюю компетенцию страны. Внутренние аргументы юрисдикции в соответствии со статьей 2 (7) иногда поднимаются конкретными правительствами, обвиненными в таких нарушениях, но это не встретило широкого одобрения. В действительности, обвиненные правительства часто подрывает свои собственные аргументы, поддерживая осуждающие резолюции в отношении других стран с такими же правонарушениями. С середины 1970-х годов Генеральная Ассамблея и другие органы Организации Объединенных Наций регулярно выражают озабоченность и предприняли действия в отношении ситуаций в конкретных странах или регионах, включая Афганистан, Камбоджию, Кубу, Сальвадор, Эстонию и Литву, Гаити, Ирак, Исламскую Республику Иран, Косово, Мьянму (Бирма), Руанду, Сомали, Судан и бывшую Югославию.

Экономический и Социальный Совет (ЭКОСОС) является межправительственным органом, который действует под руководством Генеральной Ассамблеи. Он состоит из 54 членов, избираемых на три года Генеральной Ассамблеей. Совет обычно собирается на шестинедельную сессию каждый год; его заседания проходят поочередно в Женеве и Нью-Йорке. ЭКОСОС получает и обычно одобряет рекомендации Комиссии по предупреждению преступности и уголовному правосудию и Комиссии по положению женщин. Совет также отвечает за контроль за соблюдением Пакта об экономических, социальных и культурных правах в рамках Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. Кроме того, он выпустил такие стандарты прав человека, как Минимальные стандартные правила обращения с заключенными и Принципы эффективного пред-

упреждения произвольных и массовых казней.

Совет ООН по правам человека был создан согласно резолюции 60/251 Генеральной Ассамблеи в марте 2006 года и заменил Комиссию по правам человека. Резолюция была принята 170 голосами за и четыре против. Соединенные Штаты воздержались. Комиссия состояла из 53 государств-членов, избираемых Экономическим и Социальным Советом на три года, которые ежегодно встречались в Женеве в течение шести недель каждую весну. Совет по правам человека провел свое первое совещание в Женеве в июне 2006 года. Новый орган был создан на том основании, что он будет встречаться на более регулярной основе, и что его члены будут избираться на основе их поведения в области прав человека, и это будет зависеть от экспертной оценки, и они могут быть удалены из Совета через голосование в две трети голосов Генеральной Ассамблеи. Новый Совет состоит из 47 членов, избираемых Генеральной Ассамблеей. Совет продолжил преследовать, с несколько уменьшившимся энтузиазмом, три основных подхода к серьезным и широко распространенным нарушениям прав человека: создание государственных докладчиков и рабочих групп, что первоначально было уполномочено резолюцией ЭКОСОС 1235 и в настоящее время уполномочено Советом по правам человека в резолюции 5/1, рассмотрение жалоб, касающихся ситуации в стране в соответствии с конфиденциальной процедурой, что было изначально уполномочено резолюцией ЭКОСОС 1503, и обзор в рамках тематических процедур, связанных с насильственными исчезновениями, суммарными или произвольными казнями, пытками, религиозной нетерпимостью, наемниками, произвольными задержаниями, внутренне перемещенными лицами, насилием в отношении женщин и т. д. Совет также создал механизм универсального периодического обзора, которой каждый год просматривает доклады 48 стран по вопросам прав человека, так что все члены ООН будут тщательно изучаться, каждые четыре года²²⁶.

Подкомиссия по поощрению и защите права человека (в 1946-1999 гг. известная как Подкомиссия по предупреждению дискриминации и защите меньшинств) была необычна, потому что она состояла из 26 человек, избираемых Комиссией на четыре года, в своем личном качестве, а не как представители правительств. Подкомиссия была источником многих стандартов по правам человека и процедур, которые были рассмотрены и приняты высшими органами ООН. При содействии ООН и Управления Верховного комиссара по правам человека, члены Подкомиссии также

²²⁶ See MENNO T. KAMMINGA, *Inter-state accountability for violations of man rights 98-99* (1990).

подготовили новаторские исследования по проблемам прав человека. Кроме того, представители общественных организаций активно участвовали в заседаниях Подкомиссии. В 2008 году Совет по правам человека заменил Подкомиссию, избрав 18 членов Консультативного комитета, чтобы «обеспечить экспертизу в Совете в порядке и по форме согласно просьбе Совета, уделяя особое внимание главным образом на исследование и консультирование»²²⁷.

Комиссия по положению женщин (CSW) была учреждена Экономическим и Социальным Советом (ЭКОСОС) в 1946 году. Комиссия была создана как подкомиссия Комиссии по правам человека. Потребовался всего один год, чтобы понять важность этой темы, и таким образом установить формат полной комиссии. В комиссию по положению женщин (CSW) в настоящее время входят представители 45 государств-членов ООН, избираемых ЭКОСОС на четырехлетний срок. Ее функции заключаются в подготовке рекомендаций и докладов ЭКОСОС по продвижению прав женщин и равенства в политической, экономической, гражданской, социальной и образовательной сферах. Она также может давать рекомендации ЭКОСОС по проблемам в области прав женщин, которые требуют немедленного внимания. Комиссия имеет порядок получения конфиденциальных сообщений о нарушениях прав человека, но эта процедура не имела широкую огласку, не часто использовалась, и не была особенно эффективной. Целью Комиссии по положению женщин является реализация принципа того, что мужчины и женщины имеют равные права с тем, чтобы разработать предложения, которые вводят в действие соответствующие рекомендации, и принятие собственных резолюций и решений. Комиссия находится в Нью-Йорке. Межамериканская комиссия по делам женщин и Комиссия по положению арабских женщин представляют доклады на каждой сессии Комиссии по положению женщин.

Вопросы предупреждения преступности и уголовного правосудия в ООН до 1992 года находились в ведении Комитета по предупреждению преступности и борьбе, которая была вспомогательным органом Экономического и Социального Совета. Комитет, состоящий из двадцати семи экспертов, проводил пятилетние конгрессы по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, представлял предложения и рекомендации. Основные роли Комитета были в содействии обмену информацией, касающейся уголовного правосудия и формирования стандартов по процессу осуждения. Комитет был очень успешен в разработке важных стандартов прав человека, таких, как Основные принципы

²²⁷ Human Rights Council, HRC 5/2007 (2007).

применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, Основные принципы, касающиеся роли юристов, и руководящие принципы, касающиеся роли прокуроров.

В 1992 году ЭКОСОС, в соответствии с просьбой Генеральной Ассамблеи, расформировал Комитет и заменил его Комиссией по предупреждению преступности и уголовному преследованию. Комиссия состоит из 40 представителей правительств, а не из независимых экспертов, которые служили в Комитете. Функции Комиссии аналогичны функциям комитета, с дополнительной ответственностью по мобилизации государств-членов ООН в поддержку в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. Комиссия, как правительственный, а не экспертный орган, менее продуктивна в установлении норм.

Комиссия по миростроительству была создана в декабре 2005 года. Организационный комитет Комиссии состоит из 31 члена правительства, избранных на два года. Семь членов Совета Безопасности и семь от Экономического и Социального Совета, избираются в порядке, определяемом соответствующими Советами. Пять членов избираются из числа первой десятки по оценке финансовых взносов в ООН, которые ранее не были выбраны. Пять членов избираются из числа правительств, которые представили большинство военных и полицейских кадров для деятельности ООН, которые ранее не были выбраны. Последние семь членов избираются Генеральной Ассамблеей, с должным учетом тех стран, которые пережили период постконфликтного восстановления. Оргкомитет может добавить участников из стран-участниц, которые предпринимают постоянные усилия по поддержанию мира в каких-либо региональных учреждениях, а также высокопоставленного чиновника ООН в этой области. Комиссия должна предложить интегрированную стратегию для восстановления и поддержания мира.

Другие органы ООН, которые работают по защите прав человека включают Международную организацию труда (МОТ), старейшую межправительственную организацию, которая обнародовала рекомендации в конвенциях, в том числе несколько международных договоров, касающихся прав человека (например, на свободу ассоциаций, запрет принудительного труда, права коренных народов, а также запрет дискриминации по признаку пола). Комитет МОТ по свободе объединения выносит решения по жалобам профсоюзов и о том, что их права были нарушены, и ее Комитет заслушивает отзывы по периодическим докладом государств по нормативным документам МОТ. МОТ также вносит свой вклад в работу международных органов по правам человека, таких, как

Комитет по правам человека. Орган ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) обнародовал несколько договоров, касающихся прав человека (например, как с дискриминацией в области образования). ЮНЕСКО также создала Комитет по конвенциям и рекомендациям, в котором рассматриваются обвинения в нарушении прав человека против художников, писателей, ученых и преподавателей. Верховный комиссар ООН по делам беженцев (УВКБ) обеспечивает защиту беженцев и лиц, ищущих убежища, и преследует долгосрочные решения для них, включая репатриацию, переселение и расселение. УВКБ ООН также стала основным поставщиком гуманитарной помощи перемещенным лицам, включая беженцев, лиц, вынужденных пересекать национальные границы в результате вооруженного конфликта, и внутренне перемещенных лиц. Продовольственная и сельскохозяйственная организация (ФАО), Детский фонд ООН (ЮНИСЕФ) и Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) также имеют программы и стратегии, касающиеся прав человека в рамках их соответствующих сфер деятельности. Даже международные финансовые институты, такие, как Международный валютный фонд и Всемирный банк принимают решения с существенными последствиями для прав человека. Всемирный банк разработал политику по некоторым из своих мероприятий, которые могут иметь последствия для прав человека, например, в отношении принудительного переселения и прав коренных народов. Последствия для прав человека по регулированию торговли такими органами, как Всемирная торговая организация были предметом горячих дискуссий.

в. Развитие права по правам человека через комитеты, созданные договорами по правам человека

Контрольные органы, созданные в рамках конкретных договоров по правам человека, играют все более значительную роль. Эти экспертные органы включают Комитет по правам человека, который рассматривает доклады государств в рамках Международного пакта о гражданских и политических правах и выносит решения по отдельным случаям в соответствии с первым Факультативным протоколом. Комитет по правам человека также выпускает Общие комментарии, которые являются продуманной позицией членов комитета по природе и сущности государственных обязательств относительно особых статей Соглашения. Эти комментарии очень важны в плане определения общего понимания характера и содержания государственных обязательств по Соглашению. Другие договорные органы так же наблюдают за выполнением многосторонних соглашений в их соответствующих областях: Комитет по устранению всех форм расовой дискриминации; Комитет о Устранении Дискриминации

женщин; Комитет против пытки; Комитет по правам ребенка, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, и Комитет по защите прав всех мигрирующих рабочих и членов их семей. Некоторые из этих органов имеют или разрабатывают отдельные механизмы рассмотрения жалоб (см., например, Комитет конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, и экономическим, социальным и культурным правам). Эти экспертные органы, обсуждаются в этой главе, в главах 4 и 5.

Региональные организации и законоотворчество

Во время периода, когда были созданы механизмы ООН для продвижения прав человека, региональные структуры по правам человека также развивались в Европе и Америке. Европейские государства, в частности, помня ужасы Второй мировой войны, дали особый приоритет созданию механизмов по защите прав человека, которые призваны защитить обычных людей во время войны и мира.

Африканская система защиты прав человека медленнее консолидировалась, но в настоящее время движется к статусу и уровню правоприменительного потенциала подобного ее региональным коллегам. Права, защищенные этими структурами, подобны таковым из Международного билля о правах человека, но каждая из структур развила уникальные подходы к поиску гарантий осуществления прав.

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, которая возникла из Хельсинкских соглашений 1975 года в настоящее время насчитывает 56 членов, от США и Канады на Западе до России и Казахстана на Востоке. Был создан офис Верховного комиссара для меньшинств и начал наниматься штат в Праге и Варшаве, чтобы поощрить демократию и иметь дело с этнической борьбой и другими серьезными проблемами прав человека в Центральной Европе.

Однако, сравнительно мало было сделано по созданию региональной системы защиты прав человека в Азии. Региональные системы, обсуждаются в целом в главах 11 и 12.

а. Европейская система

Европейская система является наиболее развитой среди региональных структур по правам человека. В 1950 году Совет Европы обнародовал Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, которая вступила в силу в 1953 году. После вступления в силу Протокола № 11 от 1 ноября 1998 года, и переходного периода для находящихся на рассмотрении дел, Европейская конвенция осуществляется одним

постоянным органом, Европейским судом по правам человека (ранее, эта функция выполнялась двумя неполными функциями - Европейской комиссией по правам человека и Европейским судом по правам человека). Практика и обзор эффективности Суда остаются постоянными, и дальнейшие структурные реформы скорее всего будут иметь место. Государства-участники Конвенции, могут обратиться в суд по предполагаемым нарушениям, совершенным другими государствами-участниками, хотя основной механизм исполнения активизируется через приложения, поданные физическими лицами. Совет Европы обнародовал 14 протоколов, чтобы расширить защиту в рамках Европейской конвенции, путем добавления или переопределения прав или путем реструктуризации системы²²⁸. Европейская система собрала впечатляющую юриспруденцию и достигла высокой степени соответствия решений. Важно, что Европейская конвенция была включена в правовые системы всех ратифицировавших ее государств в той или иной форме, что увеличивает правоприменительный потенциал договора.

В дополнение к Европейской конвенции, есть несколько других европейских договоров по правам человека, в том числе Европейская социальная хартия, Дополнительный протокол к Европейской социальной хартии и Европейской конвенции о предупреждении пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Там же приведены соответствующие европейские институты по правам человека, включая Европейский Комитет по предупреждению пыток.

Еще одна параллель с растущим учреждением договора и институциональной компетенции в защиту прав человека является Европейский Союз. Исторически сложилось, что Европейский Союз, наиболее сильно сформулировал свои обязательства в области прав человека и основных свобод, а также социальную защиту человека через судебную практику Европейского суда в Брюсселе. Хартия ЕС об основных правах является документом, содержащим положения о правах человека, которые «торжественно провозгласили» в декабре 2000 года Европейский парламент, Совет Европейского Союза и Европейская Комиссия. Хартия не имеет статуса закона, но обязательно четко объединяет все нормы прав человека, содержащиеся в договорах Европейского Союза. Предлагаемая Европейская Конституция содержит версию Устава. Конституция предполагает, что Европейский союз должен присоединиться к Европейской конвенции по правам человека, тем самым позволяя Европейскому суду выносить ре-

²²⁸ Protocol No 14 has not come into force, and remains inoperative pending Russian ratification.

шения на основе Конвенции. Совет Европы имеет более широкий состав участников, чем Европейский Союз (ЕС) (47 государств по сравнению с 27, в том числе многие из Центральной и Восточной Европы). Более подробную информацию о европейской системе см. в главе 12.

б. Межамериканская система

Межамериканская система защиты прав человека имеет два основных правовых источника: Американская декларация прав и обязанностей человека, документ, принятый Организацией американских государств (ОАГ), наряду с ее Уставом в 1948 году и Американская конвенция о правах человека, принятая ОАГ в 1969 году, которая вступила в силу в 1978 году. ОАГ создала Межамериканскую комиссию по правам человека в 1959 году, но до 1970 года мандат Комиссии функционировал только на основе резолюции Генеральной Ассамблеи с неопределенной юридической силой. В 1970 году изменения в Уставе ОАГ преобразовали Межамериканскую комиссию в один из главных органов Организации американских государств. Межамериканская комиссия и Межамериканский суд по правам человека являются органами, отвечающими за осуществление Американской конвенции.

Основными функциями Комиссии является оказание содействия уважению и защите прав человека. При выполнении своих функций, Межамериканская комиссия по правам человека сделала впечатляющую работу в ряде серьезных ситуаций в странах в установлении фактов. Она выпустила много индивидуальных решений, но сталкивается с трудностями в обеспечении соблюдения.

Комиссия инициирует исследования по странам, если она получает большое количество жалоб, обвиняющие правительство в серьезных и широко распространенных нарушениях прав человека. Комиссия подготовила свои первые национальные доклады на Кубе, Гаити и Доминиканской Республике в 1960-х. Хотя правительства Кубы и Гаити отказались признать комиссию в своих странах, Доминиканская Республика разрешила комиссии посещения, и, таким образом, стала первой страной для расследования комиссии. С тех пор Комиссия провела расследования в ряде других стран ОАГ, включая Аргентину, Боливию, Чили, Колумбию, Сальвадор, Гватемалу, Гаити, Гондурас, Никарагуа, Панаму, Парагвай, Суринам и Уругвай.

Комиссия может также получать индивидуальные петиции о нарушениях прав человека в государствах-членах ОАГ, независимо от того, ратифицировало ли государство Американскую конвенцию или нет. Комиссия определяет допустимость, участвует в установлении фактов,

предпринимает попытки устроить дружеские отношения и, при необходимости, принимает решение о нарушении Американской конвенции или американской декларации. Комиссия может также передавать дела с участием государств-участников к Американской конвенции в Межамериканский суд по правам человека. Государство-участник Конвенции должно признать компетенцию суда по заслушиванию спорных случаев для того, чтобы подлежать юрисдикции Суда. Суд также осуществляет широко определенную консультативную юрисдикцию, и уже выпустил существенные совещательные мнения относительно значения Американского соглашения и других инструментов по правам человека. В дополнение к Уставу ОАГ, Американской декларации и конвенции, ОАГ обнародовала ряд других договоров и протоколов, касающихся экономических, социальных и культурных прав; смертной казни, исчезновения, пыток и насилия в отношении женщин. Более подробную информацию о Межамериканской системе см. в главе 11.

в. Африканский союз

Африканский союз (АС) является преемником организации африканского единства (ОАЕ). ОАЕ была сформирована, чтобы избавить африканский континент от последних остатков колониализма, но она также приняла меры по поощрению прав человека. Устав ОАЕ, принятый в 1963 году, вновь подтверждает приверженность принципам Устава ООН и Всеобщей декларации прав человека. В 1981 году ОАЕ приняла свой основной договор по правам человека, Африканскую хартию прав человека и народов. Африканская хартия вступила в силу в 1986 году и была ратифицирована всеми 53 из нынешних членом АС. В 2002 году был сформирован АС. Среди других целей у АС есть цель «поощрять внутреннее сотрудничество, с должным учетом Устава Организации Объединенных Наций и Всеобщей декларации прав человека и в целях поощрения и защиты прав человека и народов в соответствии с Африканской хартией прав человека и народов и другими соответствующими договорами по правам человека»²²⁹.

Африканская комиссия по правам человека и правам народов имеет одиннадцать членом, которые выступают в своем личном качестве. В соответствии со статьей 45 Устава АС мандат Комиссии включает в себя принятие мер по поощрению прав человека, таких как изучение конкретных ситуаций, миссии на местах, организация семинаров и конференций, дача рекомендаций государствам, в которых излагаются принципы прав человека, а также сотрудничество с другими международными организа-

²²⁹ See The Objectives of the African Union, available at <http://www.african-union.org/>.

циями. Она контролирует соблюдение государствами обязательств путем анализа отчетов, которые необходимо подавать каждые два года. Комиссия может также получать сообщения от государств, отдельных лиц и неправительственных организаций. К сожалению, процесс государственной отчетности не был эффективен отчасти потому, что государства очень запаздывают в представлении докладов Комиссии после ратификации Хартии.

Протокол к Африканской хартии о создании Африканского суда по правам человека и народов вступил в силу 25 января 2004 года. Протокол требует суд из одиннадцати судей, которые являются гражданами государств-членов АС. Африканский суд принял свои правила и процедуры и собирается рассмотреть дела по государствам - членам Африканского союза и африканских межправительственных организаций, а также получать запросы от неправительственных организаций. Физические лица могут возбудить дело лишь с согласия соответствующего правительства или через Африканскую комиссию по правам человека и народов.

Региональные системы – Европа

Лейла Шахин против Турции, Решение Европейского суда по правам человека, 2004²³⁰

*Обратите внимание на разницу в решении суда и результатах анализа, и Комитета по правам человека в деле Райхон Худубергенова против Узбекистана, представленных ранее в этой главе.

I. Обстоятельства дела

Заявитель родилась в 1973 году и жила в Вене с 1999 года, когда она покинула Стамбул, чтобы получить медицинское образование на факультете медицины в Венском университете. Она происходит из традиционной семьи, практикующей мусульманство, и считает своим религиозным долгом носить исламский платок.

А. Циркуляр от 23 февраля 1998 года

26 августа 1997 г. заявитель, которая была тогда на пятом курсе меди-

²³⁰ Leyla Sahin v. Turkey, Application no. 44774/98, Decision of the European Court of Human Rights (10 November 2005).

цинского факультета университета города Бурса, поступила на факультет медицины в университете Стамбула. Она говорит, что она носила исламский платок в течение четырех лет, которые она провела в изучении медицины в Университете Бурсы и продолжала делать это до февраля 1998 года.

23 февраля 1998 года вице-канцлер Стамбульского университета издает правила, регулирующие студентов в кампусе университета. Соответствующая часть правил обеспечивает:

«В силу Конституции, законов и положений, и в соответствии с прецедентным правом Верховного административного суда и Европейской комиссии по правам человека и резолюции, принятой в университете административными советами, студенты, чьи головы покрыты (ношение исламского платка) и студенты (в том числе иностранные студенты) с бородами, не должны быть допущены на лекции, курсы или учебные здания. Следовательно, имя и номер любого студента с бородой или с исламским платком не должны быть добавлены в списки зарегистрированных студентов. Однако, если студенты, имена и номера которых не находятся в списках, настаивают на том, чтобы посещать обучающие программы и входить на лекции, их нужно поставить в известность относительно положения и, если они отказываются уехать, их имена и номера должны быть отмечены, и им нужно сообщить, что они не наделены правом посещать лекции. Если они отказываются покинуть лекционный зал, учитель должен записать, что произошло в докладе с объяснением, почему не было возможности дать лекцию и довести это до сведения властей университета в срочном порядке, чтобы дисциплинарные меры могли быть предприняты».

12 марта 1998 года, в соответствии с вышеупомянутыми правилами заявитель была лишена доступа со стороны следящих за студентами во время экзамена к письменной экспертизе по онкологии, потому что она носила исламскую косынку. 20 марта 1998 года секретарские офисы председателя ортопедической травматологии отказались позволить ей регистрироваться, потому что она носила косынку. 16 апреля 1998 года ей отказали в допуске в платке к лекции по невралгии и 10 июня 1998 года к письменной экспертизе по здравоохранению, снова по той же самой причине.

[...]

б. Решение

(а) соответствующие принципы

В демократических обществах, в которых несколько религий сосуществуют в рамках одной и той же популяции, может быть необходимо наложить ограничения на свободу исповедования своей религии или убеждения для того, чтобы примирить интересы различных групп и обеспечить уважение всех убеждений (дело Коккинакиса, упомянутое выше, р. 18, § 33).

Это особенно проявляется когда дело доходит до регулирования договаривающимися государствами ношения религиозной одежды и религиозных символов в обучающих учреждениях, так как правила о предмете изменяются от одной страны к другой в зависимости от национальных традиций (см. параграфы 53-57 выше) и нет никакой однородной европейской концепции по требованию “защиты прав других лиц” и «общественного порядка» (Вингров, процитированный выше, § 58; и Кокаиновый куст Касадо, процитированный выше, § 55).

Следует отметить в этой связи, что сама природа образования делает нормативные полномочия необходимыми (см., с соответствующими изменениями, Кйелдсен, Буск Мадсен и Педерсен против Дании решение от 7 декабря 1976 г. Серия А, № 23, с. 26, § 53, против Соединенного Королевства, № 8160/78, решение Комиссии от 12 марта 1981 г., DR 22, стр. 27; 40 матерей против Швеции, 6853/74, решение Комиссии от 9 марта 1977 г., DR 9, стр. 27).

(b) применение вышеизложенных принципов к настоящему делу

Для того, чтобы оценить «необходимость» вмешательства, вызванную правилами от 23 февраля 1998 года и введением ограничений в отношении порядка о правах студентов, таких как г-жа Шахин в отношении права носить исламский платок в университетских помещениях, суд должен положить правила в правовой и социальный контекст и рассматривать их в свете обстоятельств дела. Принимая во внимание принципы, применимые в данном случае, задача Суда ограничивается определением причин для вмешательства, и были ли они уместными и достаточными, и пропорциональны ли принимаемые на национальном уровне меры преследуемым целям.

В первую очередь необходимо отметить, что вмешательство было основано, в частности, на двух принципах - секуляризма и равенства - которые усиливают и дополняют друг друга (см. пункты 34 и 36 выше).

В своем постановлении от 7 марта 1989 года Конституционный суд заявил, что секуляризм в Турции был, среди прочего, гарантом демократических ценностей, принципа того, что свобода вероисповедания является

неприкосновенной - в той степени, как это вытекает из индивидуального сознания - и принципа, что все граждане равны перед законом (см. пункт 36 выше). Секуляризм также защищает личность от внешнего давления. Он добавил, что ограничения могут быть размещены на свободу исповедовать свою религию для того, чтобы защищать эти ценности и принципы.

Это понятие секуляризма, как суду кажется, должно соответствовать значениям, лежащим в основе Конвенции, и оно принимает, что соблюдение этого принципа можно рассматривать как необходимое для защиты демократической системы в Турции.

Кроме того, как и Конституционный суд (см. пункт 36 выше), Суд считает, что при рассмотрении вопроса об исламском платке в турецком контексте, необходимо иметь в виду влияние, которое носит такой символ, который представлен или воспринимается как обязательный религиозный долг, возможно, на тех, которые предпочитают не носить. Как уже отмечалось (см. Карадуман и Рефах Партиси и другие решения, упомянуты выше, § 95), рассматриваемые вопросы подразумевают защиту «прав и свобод других лиц» и «поддержание общественного порядка» в стране, в которой большинство населения, наряду с уважением прав женщин и светского образа жизни, придерживаются все таки исламской веры. Наложение ограничений на свободу в этой сфере может, таким образом, рассматриваться как отвечающие неотложной социальной потребности, стремясь достичь этих двух законных целей, тем более что, как заявили турецкие суды (см. пункты 32 и 34 выше), этот религиозный символ получил политическое значение в Турции в последние годы.

Суд не теряет из виду тот факт, что есть экстремистские политические движения в Турции, которые стремятся навязать обществу в целом их религиозные символы и концепции общества, основанные на религиозных заповедях (см. пункты 32 и 33 выше). Он ранее заявил, что каждое Договаривающееся Государство может в соответствии с положениями Конвенции, занять позицию против таких политических движений, основываясь на своем историческом опыте (Рефах Партиси и другие, упомянуто выше, § 124). Соответствующие правила должны рассматриваться в этом контексте и являются мерой, направленной на достижение законных целей, упомянутых выше, и тем самым сохраняют плюрализм в университете.

111. Заявитель выступает с критикой по отношению к манере, в которой университетские власти применяли эти правила (см. параграфы 86-88 выше).

Однако, Суд отмечает, и это бесспорно, что турецкие университеты не переступают через пределы, наложенные организационными требо-

ваниями Государственного образования, и занимающиеся мусульманские студенты свободны выполнять религиозные обязанности, которые обычно являются частью мусульманского соблюдения. Кроме того, резолюция, которая была принята Стамбульским университетом 9 июля 1998 года (см. параграф 45 выше) рассматривала все формы символизации платя или проявления религии или веры на равной основе в запрещении их в университетском помещении.

О ПРЕДПОЛАГАЕМОМ НАРУШЕНИИ СТАТЕЙ 8 И 10 И СТАТЬИ 14 В СОВОКУПНОСТИ СО СТАТЬЕЙ 9, И СТАТЬИ 2 ПРОТОКОЛА №1

116. Заявитель утверждал, что запрет на ношение исламской косынки в учреждениях высшего образования нарушил ее право в соответствии со статьей 2 Протокола № 1 к Конвенции.

Она также сказала, что они обязали студентов выбирать между религией и образованием, и проводят дискриминацию между верующими и неверующими. Это, на ее взгляд, составило необоснованное вмешательство в ее права, гарантируемые статьей 14 Конвенции, вместе со статьей 9.

Наконец, она жаловалась на нарушение статей 8 и 10 Конвенции.

117. Суд считает, что нет необходимости рассматривать вопрос и положения, на которые ссылается заявитель, так как соответствующие обстоятельства являются такими же, как в связи со статьей 9, в отношении которых суд не усмотрел нарушения.

На этих основаниях Суд единогласно:

1. Отклонил предварительное возражение Правительства.
2. Постановил, что имело место нарушение Статьи 9 Конвенции.
3. Постановил, что никакой отдельный вопрос не возникает в соответствии со статьями 8 и 10, статьей 14, взятой вместе со статьей 9 Конвенции, и статьей 2 Протокола № 1.

Региональные системы – межамериканская система

Международные права человека: проблемы законодательства, политики и практики, Ричард Лилих, Хорст Ханнум, Джеймс Аная, Дина Шелтон²³¹.

I. Права человека в Аргентине

Явление принудительного или ненамеренного «исчезновения» не ново, но это стало предметом широко распространенного внимания в 1970-ых и 1980-ых, особенно в Латинской Америке. Исчезновение представляет особое затруднение для родственников и друзей без вести пропавшего; они живут в состоянии неуверенности в течение многих лет и иногда десятилетий, не зная судьбу или местонахождение их любимого. Исчезновение также создает проблемы для прав человека и межправительственных, и неправительственных органов по правам человека, потому что они предназначены для того, чтобы скрыть и уничтожить все доказательства того, чтобы преследовать виновных. Эта глава исследует практику межамериканской системы Прав человека в адресации к нарушениям прав человека, сосредотачиваясь на проблеме исчезновений в Аргентине²³².

Длинная фаза политической и социальной неустойчивости началась в Аргентине в 1930. Это давало начало установленным кризисам, учреждению нерегулярных или фактических правительств, внутреннему состоянию войны, осадного положения и военного положения, попыток введения тоталитарного или совместного правления, изменений в организации государственных властей, постановлении репрессивного законодательства и особенно за прошлые десять лет, резкому увеличению террористического насилия крайне левыми и крайне правыми, как средства вооруженного столкновения. Все это наносило ущерб принципу верховенства закона.

За прошлые пятьдесят лет только два правительства закончили свой конституционный мандат: это генерал Агустин П. Хусто, 1932 - 1938, и генерал Хуан Доминго Перон, 1946-1952. Военные поглощения предот-

²³¹ Richard B. Lillich, Hurst Hannum, S. James Anaya, Dinah L. Shelton, [excerpt reprinted with permission from the authors and Aspen Publishers].

²³² Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Argentina, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, corr. 1, April 11, 1980, pp. 14-15, 18-19, 21, 53-56..

вратили завершение других юридических мандатов во время того же самого периода и с 1952 [до 1980], никакое правительство не закончило свой конституционный срок полномочий.

Такие условия оказали прямое влияние на конституционный правопорядок и мешали понимать представительную и республиканскую форму правительства, предусмотренного в статье 1 Конституции.

Политическая организация аргентинского государства... была существенно изменена военным поглощением от 24 марта 1976 года, датой, в которую Вооруженные силы, «ввиду текущего состояния страны,» продолжили «принимать узды управления республикой» в соответствии с общественным провозглашением. Чтобы достигнуть этого, они решили принимать меры относительно организации и деятельности государственных органов. В закон для Национального процесса перестройки были включены следующие меры: а) установить военную хунту с общим командующим вооруженных сил, «который должен представлять политическую власть республики», б) сроки полномочий президента и губернаторов и вице-губернаторов областей не имеют законной силы, с) распустить Национальный конгресс, провинциальные законодательные органы, палату представителей города Буэнос-Айреса и муниципальных советов областей или подобные органы, d) уволить членов Верховного суда, Генерального прокурора и других членов более высоких провинциальных судов, и e) назначить гражданина, который должен служить президентом...

С военного переворота 1976 года, конституционная система была изменена новым правительством согласно условиям, которые затрагивают полное соблюдение и осуществление прав человека, несмотря на то, что в законе, вышедшем 24 марта того года, были сформулированы цель и основные цели национального процесса перестройки, и главная - была в обеспечении «законности, христианских моральных ценностей, национальной традиции и достоинства аргентинца» и «полного осуществления юридической и социальной системы».

Когда смена правительства произошла в марте 1976 года, страна была в состоянии осады, в соответствии со статьей 23 Конституции, которая сделала возможной реализацию тяжелых национальных мер безопасности в целях искоренения подрывной деятельности.....

На основании Установленного закона от 18 июня 1976 года, Военная хунта принимала «власть и обязанность рассмотреть действия тех людей, которые ранили национальный интерес», но на основаниях как «отказ соблюдать основные моральные принципы в осуществлении общественных или политических действий, которые представляют общественный

интерес». На основе этого закона были приняты специальные законодательные акты, которые, из-за контролируемой природы предоставленных полномочий, привели к использованию произвольных мер, которые были причиной запугивания и неуверенности.

Во время [1976-1979], МАКПЧ ... получил большое количество сообщений, затрагивающих значительное число людей в Аргентине. Эти сообщения утверждают, что людей арестовали в их домах, на их рабочих местах, или на общественном транспорте вооруженными мужчинами, которые иногда находились в униформе, что указывает на, что эти операции проводились агентами государства. После этих действия люди, которых арестовывают, исчезали, и ничто никогда не было известно об их местонахождении...

Комиссия имеет в ее делах списки с именами, датами, и другими данными, так же как несколько исследований, которые были проведены в отношении этой проблемы.

Не давая, в настоящее время, точных данных о количестве этих исчезнувших лиц, полученная информация дает понять, что существует ситуация крайней неравномерности, требующая особого обсуждения и анализа...

В обвинениях или требованиях, полученных МАКПЧ, было сообщено, что вооруженные группы, которые выполняют операции в домах, арестовывают жертву и иногда ее супруга/супругу и детей, выполняют поиск дома, грабя имущество жителей, и как правило, забирают всех членов семьи после закрытия мешками их голов и глаз.

Люди, затронутые этими операциями, включенные в списки МАКПЧ, являются главным образом мужчинами и женщинами между 20 и 30 годами возраста, хотя и более пожилые или более младшие люди тоже исчезали. Некоторые из детей, похищенные с их родителями, были освобождены и возвращены родственникам или были оставлены на улицах. Другие дети, однако, продолжают числиться среди исчезнувших.

Согласно информации Комиссии, явление исчезновения затрагивает профессионалов, студентов, членов профсоюзов, служащих в различных областях бизнеса, журналистов, религиозных лидеров, военных новичков и бизнесменов; другими словами, большинство элементов аргентинского общества.

II. Развитие системы прав человека в Америке

Межамериканская система, как она существует сегодня, началась с пре-

образованием Панамериканского союза, что восходит к девятнадцатому веку, в Организацию американских государств (ОАГ). Статья 3 Устава ОАГ провозглашает «фундаментальные права личности» как один из основных принципов организации. Забота о правах человека не только вдохновила Организацию американских государств ссылаться на права человека в своем Уставе, но привела ее к принятию Межамериканской декларации о правах и обязанностях человека в мае 1948 года за полгода до того, как Организация Объединенных Наций завершила работу над Всеобщей декларацией прав человека.

Комиссия может подготовить национальные доклады и проводить на местах посещение отдельных стран, рассматривая ситуацию с правами человека в конкретной стране с выработкой рекомендаций для правительства. Отчеты по странам были подготовлены по собственной инициативе Комиссии и по просьбе соответствующей страны. Комиссия также может назначать специальных докладчиков для подготовки исследования по сфере всей проблемы.

Как и европейские системы, Межамериканская система расширила свою защиту с течением времени за счет принятия дополнительных норм по правам человека...

На Комиссию возложены полномочия по вопросам, касающимся выполнения обязательств, принятых государствами-участниками в рамках всех конвенций по правам человека на региональном уровне, за исключением Конвенции о правах инвалидов, которая создает отдельный комитет по надзору.

Ранняя история и базовая структура межамериканской системы суммированы в следующем извлечении.

Сиселия Медина, «Межамериканская комиссия по правам человека и Межамериканский суд по правам человека: Размышления о совместном предприятии» 12 прав человека. Q 439-447 (1990).

Межамериканская комиссия по правам человека была... первоначально задумана как исследовательская группа, обеспокоенная абстрактными исследованиями в области прав человека. Однако, создатели Комиссии не предвидели обращения, которое этот орган будет иметь для отдельных жертв нарушений прав человека. Как только стало известно, что Комиссия была создана, люди начали посылать жалобы о проблемах прав человека в их странах. Так, Комиссия начала свои действия с осуждения действий, чтобы способствовать правам человека, которые она должна была защитить.

Значительная часть работы Комиссии выражалась в рассмотрении проблем стран с грубыми, систематическими нарушениями прав человека, характеризующихся отсутствием или нехваткой эффективных национальных механизмов для защиты прав человека и с нехваткой сотрудничества со стороны заинтересованных правительств. Главная цель Комиссии не состояла в том, чтобы исследовать изолированные нарушения, но зарегистрировать существование этих грубых, систематических нарушений и осуществить давление, чтобы улучшить общие условия прав человека в затронутой стране. С этой целью, и посредством ее регулирующих полномочий, Комиссия создала процедуру, чтобы «взять знание» из отдельных жалоб и использовать их в качестве источника информации о грубых, систематических нарушениях прав человека на территориях государств-членов ОАГ.

Компетентность Комиссии обращаться с отдельными сообщениями была формализована в 1965 году, после того, как ОАГ рассмотрела и была удовлетворена работой Комиссии. ОАГ приняла Резолюцию XXII, которая позволила Комиссии «исследовать» изолированные нарушения прав человека с особым вниманием на определенные права. Эта процедура, однако, предоставляла много препятствий для Комиссии. Жалобы могли быть обработаны, только если внутренние средства были исчерпаны, требование, которое останавливает быструю реакцию на нарушения.

Права коренных народов

Декларация ООН о правах коренных народов, Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей (ООН Док. А/61/Л.67 и доб.1)

Генеральная Ассамблея,

принимая к сведению рекомендацию Совета по правам человека, содержащуюся в его резолюции 1/2 от 29 июня 2006 года, в которой Совет принял текст Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов,

ссылаясь на свою резолюцию 61/178 от 20 декабря 2006 года, в которой она постановила отложить рассмотрение и принятие решения по декларации, чтобы дать время для ее дальнейших консультаций, а также постановила завершить рассмотрение до конца на шестьдесят первой сессии Генеральной Ассамблеи,

принимает Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, содержащиеся в приложении к настоящей резолюции.

107-е пленарное заседание

13 сентября 2007

Экологические права

Кавас против Гондураса – Защита экологических защитников, 2011, Лори Таннер²³³

Активисты по защите окружающей среды оказываются в ситуации двойной уязвимости. Это происходит вследствие того, что большинство случаев, которые они защищают, противостоит не только Интересам государства, но также и интересам влиятельных экономических групп, намного более сильных, чем государство, с их собственными вооруженными силами и огромной степенью безнаказанности.

ЦПЧОС - Центр по правам человека и окружающей среды

ВВЕДЕНИЕ: ИСТОРИЯ И ФАКТЫ

Эта статья исследует рассуждение и значение решения Межамериканского суда по правам человека в случае Кавас-Фернандеса против Гондураса. В апреле 2009 года, в его первом управлении об экологических защитниках, Суд нашел, что положительное обязательство со стороны государств-членов защитило защитников окружающей среды, которые находятся в серьезной опасности от нарушений прав человека.

[...]

Это - новаторский случай, который рассматривает контекст исторического насилия, с которым защитники природных ресурсов должны столкнуться в Гондурасе, и эта работа исследует его применимость к будущей защите таких активистов во всем мире. Инновационный центр прав человека и окружающей среды (ЦПЧОС), 2002-03 Отчеты, Человеческая стоимость защиты планеты, описали неудачную действительность,

²³³ Laurie R. Tanner, *Kawas vs. Honduras – Protecting Environmental Defenders* 3 *Journal of Human Rights Practice* 309 (Issue 3) (2011) [Reprinted with permission of author].

которая существует в мире сегодня:

Быть защитником окружающей среды - опасное обязательство; активистов природо-защитной организации в Америке и во всем мире систематически бьют, угрожают, задерживают, насилуют, мучают и убивают, как часть преднамеренной попытки заставить замолчать и запугать.

Факты случая Кавас иллюстрируют эту ужасающую действительность.

Сорокасемилетний экологический защитник Бланка Джиннетт Кавас Фернандес была застрелена в ее доме ночью от 6 февраля 1995 года в связи с ее оппозицией эксплуатации лесных массивов Панты Сэл Пенинсулы и незаконной загрузки области Национального парка, которую она помогла определить, и который теперь носит свое имя. Она была основателем ПРОЛАНСАТЕ, гондурасского фонда сохранения, который стремился охранять право человека на здоровую окружающую среду, улучшая качество жизни людей (включая приблизительно 1 500 индейцев Гарифуна), живущих в водоразделах Тела в области залива на Карибском побережье.

Суд ссылается на заявку, поданную Межамериканской комиссией по правам человека (МАКПЧ) и указывает, что как президент ПРОЛАНСАТЕ, Кавас «осудила, среди прочего, попытки со стороны частных лиц и юридических лиц, незаконно поддерживать Пунта Сал, а также загрязнение озер и вырубку лесов в регионе».

Джаннетт была первым человеком, убитым в Гондурасе, за попытку защитить природные ресурсы и окружающую среду. Без сомнения ее действия и результаты, которых она достигла для того, чтобы сохранить разнообразие области, наряду с разновидностями растений и животных [...], были главным препятствием для коммерческих разработчиков, которые хотели эксплуатировать область, несмотря на ее объявление Национальным парком через усилия Кавас.

Суд нашел гондурасское правительство юридически ответственным за убийство Кавас. Суд посчитал, что гондурасское правительство, которое тайно сговорилось с коммерческими интересами, работающими в области, было не в состоянии должным образом исследовать ее убийство и преследовать по суду ее убийц. Это привело к продолжению государственной культуры безнаказанности в нарушениях прав человека у экологических защитников, и это - ситуация, в настоящее время найденная всюду.

ПРАВО НА ЖИЗНЬ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НАРУШЕНИЯ

[...] Несмотря на отказ гондураса, суд установил, что, хотя убийство

кавас было сделано по приказу частных интересов, ее убийство стало возможным благодаря вмешательству правительственных агентов, по крайней мере одного агента государства, который принял участие в мероприятиях по убийству Кавас, и, что эти действия были мотивированы ее «позицией в отношении охраны окружающей среды».

Суд также установил ответственность Гондураса за то, чтобы гарантировать доступ к правосудию (статьи 8.1 и 25) ее ближайшим родственникам, что также нарушает их право на гуманное обращение (статья 5.1), отметив, что убийство Кавас осталось безнаказанным, судебное разбирательство еще на предварительной стадии, хотя решение было принято в апреле 2009 года. В свете Конвенции, судьи высказали мнение, что четырнадцать лет, в значительной степени превышают любые разумные сроки, и что все помехи были на полной ответственности гондурасских судебных властей.

НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 16: ПРАВО НА СВОБОДУ ОБЪЕДИНЕНИЙ

Те, кто защищен Конвенцией, не только имеют право и свободу связаться свободно с другими людьми без вмешательства и ограничения со стороны органов государственной власти или затруднения осуществления соответствующего права, которое таким образом представляет право каждого человека; но они также наслаждаются правом и свободой искать общее достижение законной цели без давления или вмешательства, которое могло изменить их цель.

Суд подчеркнул важность защиты правозащитников для роли, которую они играют в защите и продвижении прав в демократическом обществе, указывая, что у государств есть обязанность предоставить необходимые средства защитникам прав человека провести их действия свободно; защищать их, когда они подвергаются угрозам, чтобы отразить любую попытку на их жизни или безопасность; воздержаться от установливания ограничений, которые препятствовали бы исполнению их работы, и провести серьезные и эффективные исследования любых нарушений против них, таким образом, предотвращая безнаказанность.

В том, чтобы приходиться к стратегическому выводу, что экологических защитников нужно считать защитниками прав человека, трибунал разъяснил, что защита прав человека «не ограничена гражданскими и политическими правами, но обязательно вовлекает экономический, социальный и культурный контроль прав, сообщение и образование [...]».

Дополнительно, Суд прокомментировал, с обширными сносками, ситуацию о «бесспорной связи между защитой окружающей среды и

другими правами человека” и о многогранной проблеме “права на здоровую окружающую среду”, обращаясь к прецедентному праву этого Суда и Европейского суда по правам человека, так же как и к Резолюциям ОАГ, Протоколу Сан-сальвадорского соглашения (статья 11), и к внутренним национальным конституциям в регионе. [...]

КОМПЕНСАЦИИ: ГАРАНТИИ НЕПОВТОРЕНИЯ И ОБЯЗАННОСТИ ЗАЩИТИТЬ

Примечательное признание было сделано Межамериканским судом о том, что активисты природо-защитной организации – это защитники прав человека, и что те защитники, которые в «опасности», должны получить защиту от государств, что проявлено в главе «Компенсации» Суждения, так же как в «Сохранении окружающей среды», в отдельном мнении судьи Гарсии-Рамиреса, который сопровождает Суждение.

В этой главе суд обязал государство:

- заплатить компенсацию родственникам жертвы за материальные и нематериальные убытки и расходы;
- обеспечить взносы, чтобы покрыть долгосрочную психологическую поддержку ближайшего родственника;
- наконец завершить расследование преступления в разумный срок; и
- провести различные публичные акты международного признания, чтобы чтить Джаннетт Каве.

Кавас достигла своего решающего и критического поведения в отношении защиты «риска» экологических защитников в том же пункте, когда заявила, что:

[...] Государство обязано принять и выполнить все меры, обеспечивающие свободное выполнение природоохранных мероприятий и пропаганду; мгновенную защиту экологических активистов, сталкивающихся с опасностью или угрозой, как результата их работы, а также мгновенного, ответственного и эффективного расследования любых действий, создающих опасность для жизни или целостности окружающей среды в связи с их работой.

Следовательно, пункт 214 заключает:

[...] как способ внести свой вклад во избежание повторения фактов, таких, как у данного дела, Суд считает целесообразным заказать государствам провести национальную кампанию для повышения осведомленности, учитывающей важность экологов, работающих в Гондурасе и их

вклад в дело защиты прав человека, безопасности для должностных лиц, агентов системы правосудия и населения в целом.

Региональные системы - Африка

Дело Африканской комиссии «Буркинабо»²³⁴

Истец утверждает, Буркина-Фасо нарушает Статьи 3,4,5,6,7,8,9 (2), 10,11,12 и 13 (2) в Африканской хартии прав человека и народов.

37. Статья 3 Устава гласит, что:

- (1) Каждый человек должен быть равным перед законом.
- (2) Каждый человек имеет право на равную защиту закона.

38. Для устранения последствий суспензий, увольнения и выхода на пенсию из магистратов, которое состоялась 10 июня 1987 года, государство Буркина-Фасо представило амнистии, направленные на реабилитацию рабочих, которых неправомерно удаляют при так называемых «Национальных советах революции» - режима, который правил Буркина-Фасо с 1983 по 1987 годы. В рамках указанной меры, многие работники были восстановлены в своих должностях, в то время как многие другие, согласно информации, имеющейся у Комиссии, остались не затронутыми этой мерой. Заявитель, г-н Халиду Уэдраого и г-н Кристоф Компаоре, как судьи были в последней категории. Оба требовали компенсацию в натуральной форме. Просьба г-на Компаоре не была выполнена до настоящего времени. Верховный суд, которому этот случай был подан более чем пятнадцать лет назад, не вынес решения. Кроме того, Комиссия отмечает, что никаких объяснений не было дано, чтобы оправдать эту задержку в рассмотрении дела. Также, государство-респондент не дает никаких юридических причин, чтобы оправдать сохранение наказания, вынесенного в отношении этих двух судей. Комиссия считает, что это нарушение статей 18 и 19 Основных принципов независимости судебных органов, принятых седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, проходившим с 26 августа по 6 сентября 1985 года, и которые подтверждены Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 40/32 от 29 ноября 1985 года и 40/146 от 13 декабря 1985 года.

²³⁴ Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 204/97 (2001).

40. Совершенно очевидно, как Комиссия уже отметила, что государство-ответчик показало причины относительно того, почему мера по восстановлению была применена в выборочной манере. Комиссия также задается вопросом о причинах отказа Верховного суда возобновить дело. Пятнадцать лет без любого действия или любого решения составляют опровержение справедливости правосудия и представляют нарушение равенства всех граждан перед законом. Это также нарушение статьи 7 (1) (д) африканского устава, который говорит о праве на эффективное правосудие в разумных сроках.

41. Статья 4 Устава заявляет:

“Люди неприкосновенны. Каждый человек должен быть наделен правом быть уважаемым за его жизнь и целостность его личности. Никто не может быть произвольно лишен этого права”.

42. Сообщение содержит имена различных людей, которые были жертвами убийств, вызванных исчезновениями, нападениями на их физическую целостность и попыток запугивания. Государство-ответчик не отрицало эти факты ... Комиссия также хотела бы повторить основной принцип, объявленный в статье 1 Устава о том, что государства не только признают права, обязанности и свободы, указанные в Уставе, но они также должны уважать их и принять меры, чтобы дать им практический вес и эффект. Другими словами, если государство-участник не в состоянии гарантировать уважение прав, содержащихся в Африканском уставе, это составляет нарушение Устава. Даже если государство или его агенты не были преступниками нарушения.

43. ... сообщения также упоминают смертельные случаи для граждан, которых застрелили или мучили до смерти, так же как смертельные случаи двух молодых студентов, которые пошли на улицу с их коллегами, чтобы выразить определенные требования и поддержать таковых из средней школы и более высоких учителей учреждения. Комиссия сожалеет об оскорбительном использовании средств государственного насилия над демонстраторами, даже когда демонстрации не были разрешены компетентными административными властями. Она считает, что государственные органы обладают достаточными средствами для разгона толпы, и что лица, ответственные за охрану общественного порядка должны приложить усилия в этих типах операций, чтобы вызвать только необходимый минимум повреждений и нарушение физической неприкосновенности, но уважать и сохранять человеческую жизнь.

44. ... Исчезновение лиц, подозреваемых или обвиняемых в заговоре против власти, в том числе г-на Гийома Сессоума и студента-медика, Дабо

Боукари, арестованных в мае 1990 года президентской гвардией, которых не видели с тех пор, является нарушением вышецитируемых текстов и принципов. В этом последнем случае, Комиссия отвечает на жалобы от 16 октября 2000 года.

По этим причинам:

Комиссия находит, что республика Буркина-Фасо действовала в нарушение статей 3, 4, 5, 6, 7 (1) (д) и 12 (2) из Африканского устава.

Рекомендует, чтобы Республика Буркина-Фасо выполнила все юридические последствия этого решения, в особенности:

- Идентификация и осуждение ответственных за нарушения прав человека, процитированные выше.
- Ускорение процедуры дел на стадии рассмотрения перед судами.
- Компенсация жертвам нарушений прав человека.

ГЛАВА 3 МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

Источники международного гуманитарного права

Первая Женевская конвенция²³⁵

Конвенция (I) от 12 августа 1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 12 августа 1949 года.

Статья 1

Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются при любых обстоятельствах соблюдать и заставлять соблюдать настоящую Конвенцию.

Статья 2

Помимо постановлений, которые должны вступить в силу еще в мирное время, настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны. Конвенция будет применяться также во всех случаях оккупации всей или части территории Высокой Договаривающейся Стороны, даже если эта оккупация не встретит никакого вооруженного сопротивления. Если одна из находящихся в конфликте держав не является участницей настоящей Конвенции, участвующие в ней державы останутся тем не менее связанными ею в своих взаимоотношениях. Кроме того, они будут связаны Конвенцией в отношении вышеуказанной державы, если последняя принимает и применяет ее положения.

Статья 3

В случае вооруженного конфликта, не носящего международного характера и возникающего на территории одной из Высоких Догова-

²³⁵ Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949; available at www.icrc.org.

ривающихся Сторон, каждая из находящихся в конфликте сторон будет обязана применять, как минимум, следующие положения:

(1) Лица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев.

С этой целью запрещаются и всегда, и всюду будут запрещаться следующие действия в отношении вышеуказанных лиц:

(а) посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности всякие виды убийства, увечья, жестокое обращение, пытки и истязания;

(b) взятие заложников;

(с) посягательство на человеческое достоинство, в частности, оскорбительное и унижающее обращение;

(d) осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями.

(2) Раненых и больных будут подбирать, и им будет оказана помощь.

Беспристрастная гуманитарная организация, такая, как Международный комитет Красного Креста, может предложить свои услуги сторонам, находящимся в конфликте.

Кроме того, находящиеся в конфликте стороны будут стараться путем специальных соглашений ввести в действие все или часть остальных положений настоящей Конвенции.

Применение предшествующих положений не будет затрагивать юридического статуса находящихся в конфликте сторон.

Статья 4

Нейтральные державы будут по аналогии применять положения настоящей Конвенции к раненым и больным, а также к санитарному и духовному персоналу, принадлежащим к вооруженным силам сторон, находящихся в конфликте, и принятым или интернированным на их

территории, а также к подобранным мертвым.

Статья 5

Настоящая Конвенция будет применяться к покровительствуемым лицам, попавшим в руки противника, до момента их окончательной репатриации.

Статья 6

Помимо соглашений, специально предусмотренных ст. ст. 10, 15, 23, 28, 31, 36, 37 и 52, Высокие Договаривающиеся Стороны смогут заключать другие специальные соглашения по любому вопросу, который они сочли бы целесообразным урегулировать особо.

Ни одно специальное соглашение не должно наносить ущерба положению больных и раненых, а также санитарного и духовного персонала, установленному настоящей Конвенцией, не ограничивать прав, которые она им предоставляет.

Больные и раненые, а также санитарный и духовный персонал продолжают пользоваться преимуществами этих соглашений в течение всего времени, пока к ним будет применима Конвенция, кроме случаев специального включения противоположных условий в вышеупомянутые или позднейшие соглашения и равным образом кроме случаев применения к ним той или другой находящейся в конфликте стороной более благоприятных мероприятий.

Список обычных норм Международного гуманитарного права²³⁶

Принцип проведения различия

Различие между гражданскими лицами и комбатантами

Норма 1. Стороны в конфликте должны всегда проводить различие между гражданскими лицами и комбатантами. нападения могут быть направлены только против комбатантов. Нападения не должны быть направлены против мирного населения.

Норма 2. Акты насилия или угрозы насилием, главной целью которых является распространение террора среди гражданского населения, запрещаются.

²³⁶ Источник: Приложение к исследованию по обычному международному гуманитарному праву: Вклад в понимание и уважение верховенства права в вооруженных конфликтах / Жан-Мари Хенкертс, IRRС.- Том 87.- № 857.- Март, 2005.- Стр. 198-212; доступно на www.icrc.org.

Норма 3. Все члены вооруженных сил сторон в конфликте являются комбатантами, кроме медицинского и духовного персонала.

Норма 4. Вооруженные силы сторон конфликта состоят из всех организованных вооруженных сил, групп и подразделений, находящихся под командованием лица, ответственного перед этой стороной за поведение своих подчиненных.

Норма 5. Гражданские лица являются лицами, которые не являются членами вооруженных сил. Гражданское население включает всех лиц, являющихся гражданскими лицами.

Норма 6. Гражданские лица защищены от атаки до тех пор, пока они не принимают непосредственное участие в военных действиях.

Различия между гражданскими и военными объектами

Норма 7. Стороны в конфликте должны всегда проводить различие между гражданскими объектами и военными объектами. Нападения могут быть направлены только против военных объектов. Нападения не должны быть направлены против гражданских объектов.

Норма 8. Военные объекты ограничиваются теми объектами, которые в силу своего характера, расположения, назначения или использования вносят эффективный вклад в военные действия, и частичное или полное разрушение, захват или нейтрализация которых при обстоятельствах, существующих в данный момент, дает явное военное преимущество.

Норма 9. Гражданскими объектами являются все объекты, которые не являются военными объектами.

Норма 10. Гражданские объекты защищены от нападения, за исключением случаев и на такой период, когда они являются военными объектами.

Нападения неизбирательного характера

Норма 11. Нападения неизбирательного характера запрещаются.

Норма 12. Нападения неизбирательного характера являются такими:

(а) которые не направлены на конкретные военные объекты;

(б) при которых применяются методы или средства ведения военных действий, которые не могут быть направлены на конкретные военные объекты; или

(с) при которых применяются методы или средства ведения военных

действий, последствия которых не могут быть ограничены в соответствии с требованиями международного гуманитарного права, и, следовательно, в каждом таком случае, по своему характеру поражают военные объекты и гражданское население или гражданские объекты без различия.

Норма 13. Запрещаются нападения путем бомбардировки любым методом или средствами, при котором в качестве единого военного объекта рассматривается ряд четко разделенных и обособленных военных объектов, расположенных в городе, поселке, деревне или другом районе с аналогичным сосредоточением гражданских лиц или гражданских объектов.

Соразмерности при нападении

Норма 14. Запрещается нападение, которое, как можно ожидать, вызовет попутные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу.

Меры предосторожности при нападении

Норма 15. При проведении военных операций постоянно должна проявляться забота, о том, чтобы щадить гражданское население, гражданских лиц и гражданские объекты. Принимаются все возможные меры предосторожности, чтобы избежать и минимизировать случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам.

Норма 16. Каждая из сторон в конфликте должна сделать все возможное, чтобы убедиться, что объекты являются военными объектами.

Норма 17. Каждая из сторон в конфликте должна принять все возможные меры предосторожности при выборе средств и методов ведения войны, с тем чтобы избежать и свести к минимуму случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам.

Норма 18. Каждая из сторон в конфликте должна сделать все возможное, чтобы оценить, вызовет ли нападение, как можно ожидать, случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу.

Норма 19. Каждая из сторон в конфликте должна сделать все возможное, чтобы отменить или приостановить нападение, если становится

очевидным, что целью не является военный объект или что нападение вызовет попутные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или их сочетание, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу.

Норма 20. Каждая из сторон в конфликте должны обеспечить эффективное заблаговременное предупреждение о нападениях, которые могут затронуть гражданское население, если только обстоятельства не позволяют этого сделать.

Норма 21. Когда возможен выбор между несколькими военными объектами для получения равноценного военного преимущества, объекты должны быть отобраны таким образом, чтобы ожидать, что это создаст наименьшую опасность для жизни гражданских лиц и гражданских объектов.

Лица и объекты, пользующиеся особой защитой

Медицинский и духовный персоналы и объекты

Норма 25. Мед персонал, предназначенный исключительно для мед обязанностей, должен пользоваться уважением и защитой при всех обстоятельствах. Он теряет свою защиту, если он совершает, помимо своих гуманитарных функций, действия, наносящие ущерб противнику.

Норма 29. Санитарно-транспортные средства, предназначенные исключительно для санитарных перевозок, должны пользоваться уважением и защитой при любых обстоятельствах. Они утрачивают свое право на защиту, если они используются, помимо своих гуманитарных функций, для совершения действий, наносящих ущерб неприятелю.

Норма 30. Запрещены нападения, направленные против медицинского и духовного персонала и объектов с отображением отличительных эмблем, установленных Женевскими конвенциями в соответствии с международным правом.

Персонал и объекты организаций, оказывающих гуманитарную помощь

Норма 31. Персонал организаций, оказывающих гуманитарную помощь, должен пользоваться уважением и защитой.

Норма 32. Объекты, используемые для оказания гуманитарной помощи, должны пользоваться уважением и защитой.

Персонал и объекты, задействованные в миротворческой

МИССИИ

Норма 33. Запрещено совершать нападения на персонал и объекты, задействованные в миротворческой миссии в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, которой пользуются гражданские лица и гражданские объекты в соответствии с международным гуманитарным правом.

Журналисты

Норма 34. Гражданские журналисты, находящиеся в профессиональных командировках в районах вооруженных конфликтов, должны пользоваться уважением и защитой, пока они не принимают непосредственного участия в военных действиях.

Зоны, находящиеся под защитой

Норма 35. Запрещено совершать нападения на зону, созданную для укрытия раненых, больных и гражданских лиц от последствий военных действий.

Норма 36. Запрещается совершать нападения на демилитаризованную зону, согласованную между сторонами в конфликте.

Норма 37. Запрещается совершать нападения на необороняемую местность.

Культурные ценности

Норма 38. Каждая из сторон в конфликте должна уважать культурные ценности:

А. Особое внимание в ходе военных операций должно быть уделено, чтобы избежать нанесения повреждений зданиям, предназначенным для целей религии, искусства, науки, образования и благотворительности, и историческим памятникам, если они не являются военными объектами.

В. Имущество, имеющее большое значение для культурного наследия каждого народа не должно быть объектом нападения, если только этого настоятельно не требует военная необходимость.

Природная среда

Норма 43. Общие принципы на ведение военных действий распространяются на природную среду:

А. Никакая часть природной среды не может стать объектом нападения, если это не военный объект.

В. Разрушение любой части природной среды запрещено, если этого не требует настоятельная военная необходимость.

С. Запрещается совершение нападения на военные объекты, которое может, как ожидается, попутно повлечь ущерб окружающей среде, который был бы чрезмерен по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу.

Норма 44. Методы и средства ведения войны должны быть использованы с учетом защиты и сохранения окружающей среды. При проведении военных операций, все возможные меры предосторожности должны быть приняты, чтобы избежать, и в любом случае, чтобы минимизировать, случайный ущерб окружающей среде. Отсутствие научной определенности в отношении воздействия на окружающую среду определенных военных операций не освобождает стороны в конфликте принимать такие меры предосторожности.

Норма 45. Использование методов и средств ведения войны, которые предназначены, или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб окружающей среде, недопускается. Разрушение природной среды не может быть использовано в качестве оружия.

Конкретные методы ведения войны

Отказ в пощаде

Норма 46. Запрещено отдавать приказ не оставлять никого в живых, угрожать этим противнику или вести военные действия на такой основе.

Норма 47. Запрещается нападать на лица, которые признаны вышедшими из строя. Лица, вышедшие из строя, это:

А. те, кто находятся во власти противной стороны;

В. те, кто беззащитен из-за потери сознания, кораблекрушения, ранения или болезни, или

С. кто ясно выражает намерение сдаться в плен, при условии, что он или она воздерживаются от любых враждебных действий и не пытаются сбежать.

Уничтожение и захват имущества

Норма 49. Стороны в конфликте могут захватить военное оборудование, принадлежащее противной стороне в качестве военных трофеев.

Норма 50. Уничтожение или захват имущества неприятеля, недопускаются, если только этого не требует настоятельная военная необходимость.

Норма 51. На оккупированной территории:

А. движимое имущество государственной собственности, которое может быть использовано в военных операциях, может быть конфисковано;

В. недвижимое имущество государственной собственности должно быть введено в соответствии с правилом пользования; и

С. частная собственность должна уважаться и не может быть конфискована за исключением случаев, когда уничтожение или захват такого имущества требуются настоятельной военной необходимостью.

Норма 52. Ограбление воспрещается.

Голод и доступ к гуманитарной помощи

Норма 53. Запрещается использование голода гражданского населения в качестве метода ведения войны.

Норма 54. Запрещены нападение, уничтожение, удаление или приведение в негодность объектов, необходимых для выживания гражданского населения.

Норма 55. Стороны в конфликте должны разрешить и облегчить быстрый и беспрепятственный провоз гуманитарной помощи для нуждающихся гражданских лиц, что является деятельностью беспристрастного характера и осуществляются без какого-либо неблагоприятного различия, при условии соблюдения своего права на контроль.

Норма 56. Стороны в конфликте должны обеспечить свободу передвижения уполномоченного персонала организаций по оказанию гуманитарной помощи в необходимом пределе для выполнения ими своих функций. Только в случае настоятельной военной необходимости их движение может быть временно ограничено.

Оружие

Общие принципы применения оружия

Норма 70. Использование средств и методов ведения войны, которые по своему характеру вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания, запрещено.

Норма 71. Использование оружия, которое по своей природе неизбирательно, запрещено.

Яд

Норма 72. Применение яда или отравленного оружия запрещено

Биологическое оружие

Норма 73. Применение биологического оружия запрещено.

Химическое оружие

Норма 74. Применение химического оружия запрещено.

Расширяющиеся Пули

Норма 77. Использование пуль, которые легко разрываются или сплющиваются в теле человека запрещено.

Разрывные Пули

Норма 78. Использование противопехотных пуль, которые взрываются в человеческом теле, запрещается.

Оружие, поражающее не обнаруживаемыми осколками

Норма 79. Применение оружия, основное действие которого заключается в нанесении повреждений фрагментами, которые не поддаются обнаружению с помощью рентгеновских лучей в организме человека, запрещено.

Мины-ловушки

Норма 80. Использование мин-ловушек, которые каким-либо образом соединены или ассоциируются с объектами или лицами, имеющими право на особую защиту в соответствии с международным гуманитарным правом, или с предметами, которые могут привлечь гражданских лиц, недопускается.

Наземные мины

Норма 81. Когда наземные мины используются, особое внимание должно быть уделено тому, чтобы минимизировать их неизбежное действие.

Норма 82. Стороны в конфликте при использовании наземных мин должны регистрировать их размещение насколько это возможно.

Норма 83. В конце активных боевых действий, участникам конфликта, которые использовали мины, необходимо удалить или иным образом сделать их безвредными для гражданских лиц, или содействовать их устранению.

Зажигательное оружие

Норма 84. При использовании зажигательного оружия, особое внимание должно быть уделено тому, чтобы избежать, и в любом случае минимизировать случайные потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам.

Норма 85. Запрещено использование противопехотного зажигательного оружия, если только не представляется возможным использование другого менее вредного оружия для превращения человека в лицо, вышедшее из строя.

Ослепляющее лазерное оружие

Норма 86. Запрещено применение лазерного оружия, которое предназначено специально и исключительно вызвать постоянную неизлечимую слепоту.

Обращение с гражданскими лицами и лицами, вышедших из строя

Основные гарантии

Норма 87. С гражданскими лицами и лицами, вышедшими из строя, следует обращаться гуманно.

Норма 88. Запрещено неблагоприятное различие в применении международного гуманитарного права по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения или любых других аналогичных критериев.

Норма 89. Убийство запрещено.

Норма 90. Попытки, жестокое и бесчеловечное обращение и посягательство на человеческое достоинство, в частности, оскорбительное и унижающее обращение, запрещаются.

Норма 91. Телесные наказания запрещены.

Норма 92. Увечья, медицинские или научные эксперименты или любые другие медицинские процедуры не соответствующие общепринятым медицинским нормам, запрещены.

Норма 93. Изнасилования и другие формы сексуального надругательства запрещены.

Норма 94. Рабство и работорговля во всех их формах запрещены.

Норма 95. Безвозмездный или оскорбительный принудительный труд запрещен.

Норма 96. Захват заложников запрещен.

Норма 97. Использование живых щитов запрещается.

Норма 98. Насильственные исчезновения запрещены.

Норма 99. Произвольное лишение свободы запрещается.

Норма 100. Никто не может быть осужден или приговорен, кроме как на основе справедливого судебного разбирательства, обеспечивающего соблюдения всех существенных судебных гарантий.

Норма 101. Никто не может быть обвинен или осужден за уголовное преступление на основании совершения какого-либо действия или бездействия, которое не являлось уголовным преступлением в соответствии с национальным или международным правом во время его совершения; и не может назначаться более тяжкое наказание, чем то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления.

Норма 102. Никто не может быть признан виновным в правонарушении, кроме как на основе личной уголовной ответственности.

Норма 103. Коллективные наказания запрещены.

Норма 104. Убеждения и религиозные обряды гражданских лиц и лиц, вышедших из строя, должны уважаться.

Норма 105. Семейная жизнь должна уважаться, насколько это возможно.

Статус комбатантов и военнопленных

Норма 106. Комбатанты должны отличать себя от гражданского населения, в то время как они участвуют в нападении или в военной операции, являющейся подготовкой к нападению. Если они этого не делают, они не имеют права на статус военнопленного.

Норма 107. Комбатанты, которых захватили в то время как они занимались шпионажем, не имеют права на статус военнопленных. Они не могут быть осуждены или приговорены без предварительного судебного разбирательства.

Норма 108. Наемники, как это определено в Дополнительном про-

токоле I, не имеют прав комбатантов или военнопленных. Они не могут быть осуждены или приговорены без предварительного судебного разбирательства.

Раненые, больные и лица, потерпевшие кораблекрушение

Норма 109. Всякий раз, когда позволят обстоятельства, и в особенности после боя, каждая сторона в конфликте, немедленно принимает все возможные меры для розыска, сбора и эвакуации раненых, больных и потерпевших кораблекрушение без неблагоприятного различия.

Мертвые

Норма 112. Всякий раз, когда позволят обстоятельства, и в особенности после боя, каждая сторона в конфликте, немедленно принимает все возможные меры для розыска, сбора и эвакуации мертвых без неблагоприятного различия.

Пропавшие без вести

Норма 117. Каждая из сторон в конфликте должна принять все возможные меры для учета лиц, которые числятся пропавшими без вести в результате вооруженных конфликтов и должны предоставлять членам их семей всю информацию, которая к ним относится.

Лица, лишённые свободы

Норма 118. Лица, лишённые свободы, должны быть обеспечены достаточным питанием, водой, одеждой, кровом и медицинской помощью.

Перемещение и перемещенные лица

Норма 129.

А. Стороны международного вооруженного конфликта не должны депортировать или принудительно перемещать гражданское население оккупированной территории, полностью или в части, если только безопасность гражданских лиц или настоятельные военные причины этого не требуют.

В. Стороны немеждународного вооруженного конфликта, не могут перемещать гражданское население, в целом или в части, по причинам, связанным с конфликтом, если только безопасность гражданских лиц или настоятельные причины военного характера этого не требуют.

Другие лица с особой защитой

Норма 134. Особая защита, здравоохранение и помощь для нужд женщин, пострадавших в результате вооруженного конфликта, должны

предоставляться.

Норма 135. Дети, пострадавшие в результате вооруженного конфликта, имеют право на особое уважение и защиту.

Норма 136. Дети не должны быть призваны в вооруженные силы или вооруженные группы.

Норма 137. Детям не должно быть позволено принимать участие в военных действиях.

Норма 138. Престарелые, инвалиды и немощные, затрагиваемые вооруженными конфликтами, имеют право на особое уважение и защиту.

Реализация

Соблюдение международного гуманитарного права

Норма 139. Каждая из сторон в конфликте должна уважать и обеспечивать уважение международного гуманитарного права своих вооруженных сил и других лиц или групп лиц, фактически действующих по его поручению, или под его руководством или контролем.

Норма 140. Обязательство уважать и обеспечивать уважение международного гуманитарного права не зависит от взаимности.

Норма 141. Каждое государство должно сделать юрисконсультов доступными, когда это необходимо, чтобы давать советы военным командирам по соответствующему применению международного гуманитарного права.

Норма 142. Государства и стороны в конфликте должны обеспечить обучение международным гуманитарным правом своих вооруженных сил.

Норма 143. Государства должны поощрять преподавание международного гуманитарного права в отношении гражданского населения.

Законность угрозы или применению ядерного оружия, Консультативное заключение, 1996²³⁷

Суд выносит следующее консультативное заключение:

37. Теперь Суд рассмотрит вопрос о законности или незаконности обращения с ядерным оружием в свете положений Устава, касающихся

²³⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226

угрозы силой или ее применения.

38. Устав содержит ряд положений, связанных с угрозой и применением силы.

39. Оружие, которое уже само по себе незаконно, будь то по договору или обычаю, не становится законным в силу своего использования для законных целей в соответствии с Уставом.

40. Существует право прибегнуть к самообороне в соответствии со статьей 51 при соблюдении определенных ограничений. Некоторые из этих ограничений присущи самому понятию самообороны. Другие требования указаны в статье 51.

41. Представление права на самооборону в условиях необходимости и соразмерности является нормой обычного международного права. Как Суд заявил по делу о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки, ICJ Reports 1986, p. 94, пункт 176):

«Есть конкретные правила, согласно которым самооборона оправдывала бы только меры, которые пропорциональны вооруженному нападению и необходимости реагировать на нее, правила хорошо зарекомендовали себя в обычном международном праве».

42. Принцип соразмерности, таким образом, может сам по себе не исключает применение ядерного оружия в целях самозащиты при любых обстоятельствах. Но, в то же время, применение силы должно быть пропорционально в соответствии с законодательством самообороны, чтобы быть законным и также должно отвечать требованиям права, применяемого в вооруженных конфликтах, которые включают, в частности, принципы и нормы гуманитарного права.

43. Некоторые государства утверждают, что в самой природе ядерного оружия высока вероятность эскалации, и это означает, что есть очень серьезная опасность разрушения. Фактор риска, как говорят, отрицает возможность и условие пропорциональности. Суд не считает необходимым приступить к количественной оценке таких рисков; и необходимо расследовать вопрос о том, существует ли тактическое ядерное оружие, которое является достаточно четким, чтобы ограничить эти риски: для суда достаточно отметить, что сама природа всего ядерного оружия и глубокие риски, связанные с ним, представляют вопросы, которые необходимо иметь в виду государствам, когда они полагают, что они могут осуществлять ядерные ответы как части самообороны в соответствии с требованиями пропорциональности.

51. Разобравшись с положениями Устава, касающимися угрозы силой или ее применения, Суд теперь обращается к праву, применимому в ситуациях вооруженного конфликта. Первым вопросом будет существуют ли определенные правила в области международного права, которые регулируют вопросы законности или незаконности обращения к ядерному оружию как таковому, и он также будет рассматривать вопросы в свете права, применяемого в вооруженных конфликтах, то есть в свете принципов и норм гуманитарного права, а также права нейтралитета.

Что касается договоров Тлателолко и Раротонга и протоколов к ним, а также заявлений, сделанных в связи с бессрочным продлением Договора о нераспространении ядерного оружия, то они исходят из этих инструментов и положений о том, что:

(а) ряд государств обязались не применять ядерное оружие в определенных зонах (Латинская Америка, Океания) или против некоторых других государств (не ядерные государства, которые являются участниками Договора о нераспространении ядерного оружия);

(б) тем не менее, даже в этих рамках, обладающие ядерным оружием, сохранили за собой право на применение ядерного оружия в определенных обстоятельствах; и

(в) эти оговорки не встретили возражений со стороны договоров Тлателолко и Раротонга или Совета Безопасности.

63. Эти два договора, гарантии безопасности, приведенные в 1995 году обладающими ядерным оружием, и тот факт, что Совет Безопасности не принял их к сведению, свидетельствуют о растущем осознании необходимости освободить сообщества государств и международную общественность от опасности в результате существования ядерного оружия. Суд отмечает, кроме того, что еще совсем недавно, 15 декабря 1995 года в Бангкоке был принят договор о Юго-Восточной Азии, свободной от ядерного оружия, а 11 апреля 1996 года в Каире договор о создании свободной от ядерного оружия зоны в Африке. Это не означает, однако, что нужно рассматривать эти элементы как сумму комплексного и универсального обычая на запрет использования или угрозы применения такого оружия как такового.

64. Суд теперь переходит к рассмотрению обычного международного права, чтобы определить, является ли запрет на угрозу или применение ядерного оружия как такового, исходящим из определенного источника права. Как указал Суд, содержание закона нужно «искать прежде всего в

реальной практике и убежденности в правомерности со стороны государств» (Континентальный шельф, Ливийская Арабская Джамахирия / Мальта, решение, ICJ Reports 1985, стр. 29, пункт. 27).

65. Государства, которые считают, что применение ядерного оружия является незаконным, пытались продемонстрировать существование обычной нормы, запрещающей такое использование. Они относятся к последовательной практике неиспользования ядерного оружия государствами, с 1945 года, и они будут видеть в этой практике выражение «*opinio juris*» со стороны тех, кто обладает таким оружием.

66. Некоторые другие государства, которые утверждают законность угрозы и применения ядерного оружия при определенных обстоятельствах, приводят доктрину и практику сдерживания в поддержку своих аргументов. Они напоминают, что они всегда, в согласии с некоторыми другими государствами, оставляют за собой право использовать это оружие в осуществлении права на самооборону от вооруженного нападения, угрожающего их жизненным интересам безопасности. По их мнению, если ядерное оружие не использовалось с 1945 года, это не из-за существующего или зарождающегося обычая, но только потому, что обстоятельства, которые могут оправдать его использование, к счастью, не возникли.

67. Члены международного сообщества разделились в вопросе о том, является ли неприменение ядерного оружия в течение последних пятидесяти лет убежденностью в правомерности. При таких обстоятельствах, суд не считает себя в состоянии найти, что такая убежденность в правомерности существует.

68. В соответствии с некоторыми государствами, важного ряда резолюций Генеральной Ассамблеи, начиная с резолюции 1653 (XVI) от 24 ноября 1961 года, которые имеют дело с ядерным оружием и которые утверждают, с последовательной регулярностью, о незаконности ядерного оружия, существующая практика означает существование нормы международного обычного права, которое запрещает прибегать к такому оружию.

70. Суд отмечает, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не являются обязательными, иногда имеют нормативное значение. Они могут, при определенных обстоятельствах, представить доказательства для установления существования правил или появления убежденности в правомерности. Чтобы установить, является ли это верным в отношении данной резолюции Генеральной Ассамблеи, необходимо смотреть на ее содержание и условия принятия; необходимо также убедиться, что убежденность в правомерности существует и имеет нормативный характер. Ряд резолюций может также показать постепенную эволюцию убежденности

в правомерности необходимой для создания нового правила.

71. Рассмотренные в их совокупности, несколько резолюций были приняты с существенным количеством негативных голосов и воздержавшихся; они не отвечают правилу установления существования убежденности в правомерности о незаконности применения такого оружия.

73. Сказав это, Суд отмечает, что принятие каждого года Генеральной Ассамблеей большинством голосов резолюций, напомнив с просьбой к государствам-членам, заключить конвенцию о запрещении применения ядерного оружия ни при каких обстоятельствах, свидетельствует о желании очень значительной части международного сообщества определенно выразить запрет на применение ядерного оружия, и значительный шаг вперед на пути к полному ядерному разоружению. Появление, как позитивного права, нормы обычного права, конкретно запрещающего применение ядерного оружия как такового, мешает сохраняющейся напряженности между нарождающейся убежденностью в правомерности, с одной стороны, и еще сильной приверженности к практике сдерживания, с другой.

74. Суд, не найдя ни обычных правил общего характера, ни обычной нормы специально запрещающей угрозу или применение ядерного оружия как такового, будет теперь иметь дело с вопросом должна ли считаться незаконной возможность применения ядерного оружия в свете принципов и норм международного гуманитарного права, применяемого в вооруженных конфликтах, и закона о нейтралитете.

75. Большое количество норм обычного права было разработано в практике государств и является неотъемлемой частью международного права. «Законы и обычаи войны» - как это традиционно называется - были предметом права о защите жертв войны, Гаагской конвенции (IV), Законов и обычаев сухопутной войны и прилагаемым к ним Правил от 18 октября 1907 года, Конвенции о предотвращении и наказании преступления геноцида от 9 декабря 1948 года, и Устава Международного военного трибунала от 8 августа 1945 года.

82. Обширная кодификация гуманитарного права и степень присоединения к результирующим договорам, а также тот факт, что денонсация условий, которые существовали в кодификации инструментов, никогда не использовалась, предоставили международному сообществу корпус договорных норм, большинство из которых уже стали привычными и которые отражают наиболее признанные гуманитарные принципы. Эти правила указывают на нормальное поведение, ожидаемого от государств.

84. Не существует какой-либо необходимости для суда более подробно останавливаться на вопросе о применимости Дополнительного протокола I от 1977 года к ядерному оружию. Следует лишь заметить, что, в то время как, на Дипломатической конференции 1974-1977 гг., не было никакого предметного обсуждения ядерной проблемы и никакого конкретного решения по этому вопросу не было выдвинуто, Дополнительный протокол I не заменил общих обычных правил, применимых ко всем средствам и методам борьбы, включая ядерное оружие. В частности, Суд напоминает, что все государства обязаны соблюдать эти правила Дополнительного протокола I, которые после принятия были всего лишь выражением уже существующих норм обычного права, таких, как оговорка Мартенса в первой статье Дополнительного протокола I.

Факт того, что определенные виды оружия не были специально рассмотрены в 1974-1977 гг. на Конференции, недопускает любых правовых заключений, касающихся вопросов существа, которые могли бы поднять применение такого оружия.

86. Ядерное оружие было придумано после того как большинство принципов и норм гуманитарного права, применяемого в вооруженных конфликтах, уже возникло; на конференции 1949 года и 1974-1977 гг. это оружие было отложено в сторону, и есть качественные, а также количественные различия между ядерным оружием и всем другим обычным оружием. Тем не менее, не может быть сделан вывод, что установленные принципы и нормы гуманитарного права, применяемые в вооруженных конфликтах, не распространяются на ядерное оружие. Такой вывод был бы несовместимым с внутренне гуманитарным характером правовых начал в вопросе, который пронизывает все право вооруженных конфликтов и применяется ко всем формам ведения войны и для всех видов оружия прошлого, настоящего и будущего.

Ни одно из заявлений, сделанных перед судом в любом случае, не выступает разрешением на применение ядерного оружия без учета гуманитарных ограничений. Наоборот, было явно оговорено, что «Ограничения установленные правилами, применимыми к вооруженным конфликтам, в отношении средств и методов ведения войны, безусловно, распространяются и на ядерное оружие» (Россия, CR 95/29, стр. 52);

«Если говорить об обычном праве войны, то Соединенное Королевство всегда считало, что применение ядерного оружия подлежит общим принципам «*jus in bello*»» (Великобритания, CR 95/34, стр. 45)

Прокурор против Д. Тадича, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии²³⁸

Решение относительно позиции защиты относительно промежуточной апелляции по юрисдикции.

I. Введение

А. Решение по апелляции.

1. В апелляционной палате рассмотрена апелляция, поданная Апеллянтном защитой против приговора, вынесенного Судебной инстанцией II от 10 августа 1995 года. По этому решению, было отклонено требование апелланта об отсутствии юрисдикции у данного суда.

2. Перед Судебной палатой, Апеллянт основывался на трех положениях:

а) незаконной основе Международного трибунала;

б) противоправности примата Международного трибунала над национальными судами;

в) отсутствия юрисдикции «*ratione materiae*».

Решение по апелляции отказало апеллянту в его требованиях следующим образом:

«Судебная палата. Настоящим отводит рассматриваемые вопросы, поскольку они относятся к юрисдикции первенства и предметной юрисдикции в статьях 2, 3 и 5 и не примет иного решения, чтобы это было некомпетентным, поскольку оно ставит под сомнение само создание Международного трибунала,

Настоящим опровергает предмет требования по защите в отношении юрисдикции трибунала [...]

II. Незаконное создание международного трибунала ...

А. Значение юрисдикции [...]

11. Узкое понятие юрисдикции может быть оправданным в национальном контексте, но не в международном праве...

²³⁸ International Criminal Tribunal for Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, 2 October 1995 [citations omitted].

98. Появление международных правил, регулирующих внутреннюю борьбу, произошло на двух разных уровнях: на уровне обычного и договорного права. Две формы выражения правил, таким образом, кристаллизуются но они, ни в коем случае, не конфликтующие или противоречивые, а наоборот взаимно поддерживающие и дополняющие. В самом деле, взаимодействие между этими двумя наборами правил таково, что некоторые договорные нормы постепенно становятся частью обычного права. Это справедливо для общей статьи 3 Женевских конвенций 1949 года, как это было авторитетно проведено Международным Судом (в деле Никарагуа, в пар. 218), но также относится и к статье 19 Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 года, и, как мы покажем ниже (пункт 117), лежит в основе Дополнительного протокола II 1977 года.

99. Перед рассмотрением принципов и норм обычного права, которые возникли в международном сообществе с целью урегулирования гражданских беспорядков, нужно сказать о законотворческом процессе в праве вооруженных конфликтов. При попытке установить практику государств с целью доказательства существования обычной нормы или общего принципа, трудно, если вообще возможно, точно определить реальное поведение войск в поле с целью установления, соблюдают ли они на самом деле или игнорируют определенные стандарты поведения. Эта экспертиза представляется чрезвычайно сложной в том, что независимым наблюдателям не только отказывается в доступе к театру военных действий (часто даже для МККК), но даже информация о фактическом ведении военных действий удерживается сторонами в конфликте, и часто они обращаются к дезинформации с целью введения в заблуждение противника, а также общественное мнение и иностранные правительства. Поэтому при оценке формирования норм обычного права и общих принципов, надо иметь в виду, что по причине присущей природе этого предмета, опора должна прежде всего быть сделана на такие элементы, как официальные заявления государств, военные уставы и судебные решения.

Б. Основные правила

100. Первые правила, которые развились в этой области были направлены на защиту гражданского населения от боевых действий. Еще в испанской Гражданской войне (1936-39 гг.), государственная практика показала тенденцию игнорировать различие между международными и внутренними войнами и применять определенные общие принципы гуманитарного права, по крайней мере, до тех внутренних конфликтов, которые представляют собой масштабную гражданскую войну [...] При-

мечательно, что оба республиканских правительства и третьи государства отказались признать повстанцев, как воюющие стороны. Они, тем не менее, настаивали на том, что некоторые правила, касающиеся международных вооруженных конфликтов, применяются. Среди правил считались применимыми запрещение преднамеренной бомбардировки мирных жителей, запрещение нападения на невоенные цели, и норма, касающаяся необходимых мер предосторожности при нападении на военные цели. Так, например, 23 марта 1938 года, премьер-министр Чемберлен объяснил британский знак протеста против бомбардировок Барселоны следующим образом[...]

“JUS AD BELLUM И JUS IN BELLO”

Принципиальное различие между “Jus ad bellum” (о законности применения силы) и “Jus in bello” (о гуманитарных нормах, которые должны соблюдаться в ходе военных действий)

Международное гуманитарное право (МГП) было разработано в то время, когда применение силы было законной формой международных отношений, когда государствам не было запрещено начинать войны, когда они имели это право вести войну (то есть, когда они были в «jus ad bellum»). Оно не появилось нелогично к международному праву, чтобы обязать их соблюдать определенные правила поведения во время войны («jus in bello»), если они прибегали к военным действиям. Сегодня применение силы между государствами запрещено императивной нормой международного права (выраженной в ст. 2 (4) Устава ООН) («jus ad bellum» изменилось в «jus contra bellum»). Исключения допускаются в случае индивидуальной и коллективной самообороны (признанные в ст. 51 Устава ООН) и основаны на резолюции Совета Безопасности (как предусмотрено в главе VII Устава ООН) и, возможно, в вопросе права народов на самоопределение (в отношении легитимности применения силы для обеспечения соблюдения права народов на самоопределение; признано в ст. 1 обоих пактов ООН по правам человека). Логично, что по крайней мере одна сторона международного вооруженного конфликта, следовательно, нарушает международное право лишь фактом применения силы. К тому же, все муниципальные законы в любой точке мира запрещают применение силы против (правительственных) правоохранительных органов.

Хотя вооруженные конфликты запрещены, они происходят, и в настоящее время признано, что международное право должно учитывать эту реальность международной жизни не только в борьбе с этим явлением,

но и в его регулировании для обеспечения минимального уровня гуманизма в этой бесчеловечной и незаконной ситуации. Для практических, политических и гуманитарных соображений, однако, МГП должен быть одинаковым для обеих воюющих сторон: один прибегая к силе законно и второй прибегая к силе незаконно. С практической точки зрения, уважение международного гуманитарного права в противном случае может не быть получено, по крайней мере, между воюющими сторонами, и потому вопрос, какая из сторон прибегает к силе в соответствии с «*jus ad bellum*» и которая нарушает «*jus contra bellum*» всегда вызывает споры.

Жертвы конфликта с обеих сторон нуждаются и заслуживают такую же защиту, и они не обязательно отвечают за нарушение «*jus ad bellum*», совершенных «своей» стороной. МГП должно соблюдаться независимо от любого аргумента, и полностью отличается от «*jus ad bellum*». Любая прошлая, настоящая и будущая теория справедливой войны касается только «*jus ad bellum*» и не может служить оправданием (но на самом деле часто используется для обозначения) для тех, кто борется справедливо и имеет больше прав, или меньше обязательств в соответствии с МГП, чем тех, кто борется несправедливо.

Два латинских термина были придуманы только в прошлом веке, но Эммануил Кант уже отличал эти две идеи. Раньше, когда доктрины справедливой войны преобладали, «*temperamenta belli*» Гроция (ограничения на ведение войны) говорили только о тех, кто борется справедливой войной. Позже, когда война стала просто фактом международных отношений, не стало необходимости проводить различие между «*jus ad bellum*» и «*jus in bello*». Это только с запретом на применение силы, разделение между этими понятиями стало необходимым. С тех пор, это стало признаваться в преамбуле к Протоколу I:

«Высокие Договаривающиеся Стороны, заявляя о своем искреннем желании видеть народы, живущими в мире,

напоминая, что каждое государство обязано в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций воздерживаться в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против суверенитета, территориальной целостности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимы с целями Организации Объединенных Наций,

считая, однако, необходимым подтвердить и развить положения, предусматривающие защиту жертв вооруженных конфликтов, и дополнить меры, направленные на обеспечение более эффективного их применения,

выражая свое убеждение в том, что ничто в настоящем Протоколе или в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 года не может быть истолковано как узаконивающее или санкционирующее любой акт агрессии или любое другое применение силы, несовместимое с Уставом Организации Объединенных Наций,

подтверждая далее, что положения Женевских конвенций от 12 августа 1949 года и настоящего Протокола должны при всех обстоятельствах полностью применяться ко всем лицам, которые находятся под защитой этих документов, без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на характере или происхождении вооруженного конфликта или на причинах, выдвигаемых сторонами, находящимися в конфликте, или приписываемых им».

Это полное разделение между «*jus ad bellum*» и «*jus in bello*» подразумевает, что МГП применяется, когда есть де-факто вооруженный конфликт, независимо от того, что конфликт квалифицируется по «*jus ad bellum*», и что аргументы «*jus ad bellum*» не могут быть использованы для интерпретации; она также подразумевает, однако, что нормы МГП не должны быть сформулированы таким образом, чтобы сделать «*jus ad bellum*» невозможным к реализации, например, невозможным оказывать эффективную самооборону.

Некоторые считают, что растущая институционализация международных отношений в рамках Организации Объединенных Наций, концентрируясь в правовой монополии на применение силы в своих руках или какого-то гегемона международного порядка, вернет МГП в состояние «*temperamenta belli*» для определения тех, кто борется за международную законность. В этом случае, было бы принципиально изменить философию существующих норм МГП.

**Комиссия международного права,
Статьи о государственной безопасности,
Доклад, A/56/10 августа 2001²³⁹**

ГЛАВА IV: ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВА ...

Ответственность государств за международно-противоправные деяния

ЧАСТЬ I

Международно-противоправное деяние государства

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

Статья 1

Ответственность государства за его международно-противоправные деяния

Всякое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства.

Статья 2

Элементы международно-противоправного деяния государства

Международно-противоправное деяние государства имеет место быть, когда поведение, состоящее в действии или бездействии - это:

(а) деяние, не по принуждению, явилось бы международно-противоправным деянием; и

(б) принуждающее государство делает это, зная об обстоятельствах этого деяния.

²³⁹ Источник: Организация Объединенных Наций, Комиссия международного права, Доклад о работе ее пятьдесят третьей сессии, 23 апреля-1 июня и 2 июля-10 августа 2001 года, Генеральная Ассамблея, Официальные отчеты, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10), доступно на <http://www.un.org/law/ilc/>; Генеральная Ассамблея ООН приняла к сведению проект статей в резолюции A/RES/56/83 от 12 декабря 2001.

Статья 19

Действие настоящей главы

Эта глава не наносит ущерба международной ответственности на основании других положений этих статей, государства, которое совершает деяние, или какого-либо другого государства.

ГЛАВА V

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРОТИВОПРАВНОСТЬ

Статья 20

Согласие

Действительное согласие государства на совершение конкретного деяния другим государством исключает противоправность этого деяния в отношении первого государства в той мере, что действие остается в пределах вышеуказанного согласия.

Статья 21

Самооборона

Противоправность деяния государства исключается, если это деяние является законной мерой самообороны, принятой в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций.

Комментарий

2) самооборона может оправдывать невыполнение некоторых обязательств, кроме того, что в соответствии со статьей 2, пункта (4), Устава, при условии, что такое неисполнение связано с нарушением этого положения. Традиционное международное право рассматривает эти проблемы за счет введения отдельного правового режима войны, определения сферы воюющих прав и приостановления большинства договоров, действующих между воюющими сторонами на начало войны. Во времена принятия Устава, объявление войны являлось исключительным и военные действия в виде самообороны одной или обеих сторон возникали и между государствами, официально находящимися в «мире» друг с другом. Венская конвенция о праве международных договоров не рассматривает такие вопросы, представляя в статье 73, что Конвенция не препятствует «любому вопросу, который может возникнуть в отношении договора [...] после начала военных действий между государствами»;

3) это не означает, что самооборона не исключает противоправности поведения во всех случаях или в отношении всех обязательств. Примеры

относятся к международному гуманитарному праву и обязательствам по правам человека. Женевские конвенции 1949 года и Протокол I 1977 года в равной степени относятся ко всем сторонам в международных вооруженных конфликтах, и то же самое верно в отношении обычного международного гуманитарного права. Договоры по правам человека содержат положения об отступлениях во время чрезвычайного положения, включая действия, принятых в целях самообороны. Что касается обязательств по международному гуманитарному праву и в связи с не допускающими отступления положениями о правах человека, то самооборона не исключает противоправности поведения.

Статья 25

Необходимость

1. Государство не может ссылаться на необходимость как на основание для исключения противоправности деяния, не соответствующего международно-правовому обязательству, если только это деяние:

(а) не является единственным для государства путем защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности, и

(b) не наносит серьезного ущерба существенному интересу государства или государств, по отношению к которым существует данное обязательство, или международного сообщества в целом.

2. В любом случае, государство не может ссылаться на необходимость как на основание для исключения противоправности, если:

(а) международно-правовое обязательство исключает возможность ссылки на необходимость, или

(b) государство способствовало возникновению состояния необходимости.

Комментарий

19) ... подпункт (2) (а) касается случаев, когда международно-правовое обязательство явно или неявно исключает зависимость от состояния необходимости. Таким образом, определенные гуманитарные конвенции, применимые в вооруженных конфликтах прямо исключают связь с военной необходимостью. Другие хотя и не явно, но все же исключают необходимость как применимое положение в нестандартных ситуациях и в ситуации опасности для ответственного государства. В таком случае, отсутствие предлога необходимости возникает четко в зависимости от объекта и цели правила.

21) Закрепленная в статье 25 ссылка на необходимость не предназначена для покрытия поведения, которое в принципе регулируется первичными обязательствами. Это имеет особое значение в связи с правилами, касающимися применения силы в международных отношениях и вопроса о «военной необходимости», ... учение ... которое, в первую очередь, касается основных критериев и правил права войны и нейтралитета, а также включено в условия в целом ряде договоров в области международного гуманитарного права (примечание 435: см. например, ст. 23 (г) Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны (приложение к Конвенции II 1899 года и конвенции IV 1907 года), которые запрещают уничтожение собственности врага, если такое уничтожение или захват не диктуются военной необходимостью. Точно так же ст. 54 (5) Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающаяся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), по-видимому, чтобы позволить нападения на объекты, необходимые для выживания гражданского населения если «настоятельная военная необходимость» этого требует. В обоих отношениях, хотя соображения сродни тем, что лежат в основе статьи 25, они могут играть определенную роль и принимаются во внимание при формулировании и интерпретации первичных обязательств.

Дело Таблада, межамериканская комиссия по правам человека²⁴⁰

CDH/3398

IV. АНАЛИЗ

146. Для облегчения анализа ключевых событий и вопросов, поднятых в этом случае, в настоящем докладе будут рассмотрены эти события и вопросы по следующим трем направлениям:

нападение и восстановление военной базы, события, последовавшие за сдачу нападавших и ареста их предполагаемых сообщников, а также суда над теми же лицами за преступление восстания в деле Абелла.

А. АТАКА И ПОВТОРНЫЙ ЗАХВАТ ВОЕННОЙ БАЗЫ.

147. В своей жалобе, заявители приводят различные правила международного гуманитарного права, т.е. права вооруженных конфликтов, в

²⁴⁰ Источник: Межамериканская комиссия по правам человека, отчет № 55/97, дело № 11,137: Аргентина, ОЕА / Ser / L/V/II.98, док. 38, 6 декабря оборотов, 1997; доступно на <http://www.cidh.org>

поддержку своих утверждений, что государственные агенты использовали чрезмерную силу и незаконные средства в их усилиях вернуть военную базу Таблада. Со своей стороны, аргентинское государство, отрицая применимость правил межгосударственного вооруженного конфликта, тем не менее, имеют в своих представлениях в Комиссии о том, что возврат базы Таблада требовал силы уровня военной операции. Государство также привело пример использования оружия нападавшими, чтобы оправдать свое преследование за преступление бунта, как это определено в Законе 23,077. И Аргентина и заявитель сходятся во мнении, что 23 и 24 января 1989 года вооруженное противостояние состоялось на базе Таблада между атакующими и аргентинскими вооруженными силами в течение примерно 30 часов.

148. Комиссия считает, что прежде чем она сможет правильно оценить претензии заявителей по повторному захвату базы Таблада аргентинскими военными, она должна сначала определить, является ли вооруженное противостояние в принципе всего лишь случаем внутренних беспорядков или напряженности или же она составила немеждународный или внутренний вооруженный конфликт по смыслу статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций 1949 года (общая статья 3). Потому что правовые нормы, регулирующие внутренний вооруженный конфликт значительно отличаются от норм, регулирующих случаи нарушений внутреннего порядка и напряженности. Для характеристики событий на базе Таблада с 23 на 24 января 1989 года, необходимо определить источники применимого права. Это, в свою очередь, требует от комиссии изучить характеристики, которые отличают указанные случаи в рамках гуманитарного права, Комиссия также должна заключить, какая мера отступлений является нарушением обязательств государств-участников в рамках Американской конвенции и договоров по гуманитарному праву.

172. Заявители не оспаривают тот факт, что некоторые члены МТП спланировали, инициировали и участвовали в нападении на военную базу. Они утверждают, однако, что причины или мотивы нападения – это остановить военный переворот против правительства Альфонсин – и это было юридически обоснованно согласно статье 21 Конституции страны, которая обязывает граждан взяться за оружие в защиту Конституции. Следовательно, они утверждают, что их судебное преследование за преступление восстания нарушает Американскую конвенцию. Кроме того, заявители утверждают, что потому как причина их поведения является справедливой и законной, государство, в силу незаконного использования чрезмерной силы в возврате военной базы, должно нести полную

юридическую и моральную ответственность за все человеческие жертвы и материальный ущерб, причиненный этими действиями.

173. Комиссия считает, что аргументы заявителей отражают некоторые основные заблуждения относительно природы международного гуманитарного права. Следует понимать, что ни одно из приложений общей статьи 3, или любых других гуманитарных норм права, касающихся военных действий на базе Таблада, нельзя интерпретировать как признание легитимности причин и цели, из-за которого члены МТР взяли в руки оружие. Самое главное, применение закона не обусловлено причинами конфликта. Это основное положение гуманитарного права закреплено в преамбуле Дополнительного протокола I, в котором говорится:

Подтверждая далее, что положения Женевских конвенций от 12 августа 1949 года [...] должны полностью применяться при любых обстоятельствах [...] без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на характере или происхождении вооруженного конфликта или причинах действий сторон конфликта.

174. В отличие от права прав человека, которое в целом сдерживает только злоупотребления государственных агентов, обязательные положения общей статьи 3 прямо связывают и в равной степени обе стороны внутреннего конфликта, то есть правительство и оппозиционные силы. Более того, обязательство применять общую статью 3 является абсолютным для обеих сторон и не зависит от обязательств другой. [Сноска 27 гласит: нарушение статьи 3 одной из сторон, такое как незаконные методы ведения боевых действий, не может использоваться другой стороной как основание для несоблюдения обязательных положений статьи, Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 60]. Таким образом, и нападавшие МТР и аргентинские вооруженные силы имели одинаковые обязанности в соответствии с гуманитарным правом, и ни одна из сторон не может нести ответственности за действия других.

Комбатанты и военнопленные

Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям²⁴¹

Раздел II. СТАТУС КОМБАТАНТОВ И ВОЕННОПЛЕННЫХ

Статья 43. Вооруженные силы

1. Вооруженные силы стороны, находящейся в конфликте, состоят из всех организованных вооруженных сил, групп и подразделений, находящихся под командованием лица, ответственного перед этой стороной за поведение своих подчиненных, даже если эта сторона представлена правительством или властью, не признанными противной стороной. Такие вооруженные силы подчиняются внутренней дисциплинарной системе, которая, среди прочего, обеспечивает соблюдение норм международного права, применяемых в период вооруженных конфликтов.

2. Лица, входящие в состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте (кроме медицинского и духовного персонала, о котором говорится в статье 33 Третьей конвенции), являются комбатантами, т.е. они имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях.

3. Всякий раз, когда сторона, находящаяся в конфликте, включает в свои вооруженные силы полувоенную организацию или вооруженную организацию, обеспечивающую охрану порядка, она уведомляет об этом другие стороны, находящиеся в конфликте.

Статья 44. Комбатанты и военнопленные

1. Любой комбатант, как это определено в статье 43, который попадает во власть противной стороны, является военнопленным.

2. Хотя все комбатанты обязаны соблюдать нормы международного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, нарушения этих норм не лишают комбатанта его права считаться комбатантом или, если он попадает во власть противной стороны, его права считаться военнопленным, за исключением случаев, предусмотренных в пунктах 3 и 4.

3. Для того чтобы содействовать усилению защиты гражданского населения от последствий военных действий, комбатанты обязаны отличать себя от гражданского населения в то время, когда они участвуют в напа-

²⁴¹ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1125 U.N.T.S. 3, вступил в силу 7 декабря 1978 года.

дении или в военной операции, являющейся подготовкой к нападению. Однако в связи с тем, что во время вооруженных конфликтов бывают такие ситуации, когда вследствие характера военных действий вооруженный комбатант не может отличать себя от гражданского населения, он сохраняет свой статус комбатанта при условии, что в таких ситуациях он открыто носит свое оружие:

- а) во время каждого военного столкновения; и
- б) в то время, когда он находится на виду у противника в ходе развертывания в боевые порядки, предшествующего началу нападения, в котором он должен принять участие. Действия, отвечающие требованиям настоящего пункта, не рассматриваются как вероломные в значении статьи 37 пункт 1 с.

4. Комбатант, который попадает во власть противной стороны в то время, когда он не выполняет требования, изложенные во второй фразе пункта 3, лишается права считаться военнопленным, но тем не менее ему предоставляется защита, равноценная во всех отношениях той, которая предоставляется военнопленным в соответствии с Третьей конвенцией и настоящим Протоколом. Такая защита включает защиту, равноценную той, которая предоставляется военнопленным в соответствии с Третьей конвенцией в случае, если такое лицо предается суду и несет наказание за любые правонарушения, которые оно совершило.

Третья Женевская конвенция, 1949²⁴²

Статья 4

А. Военнопленными по смыслу настоящей Конвенции являются попавшие во власть неприятеля лица, принадлежащие к одной из следующих категорий:

1. Личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих вооруженных сил.

2. Личный состав других ополчений и добровольческих отрядов, включая личный состав организованных движений сопротивления, принадлежащих стороне, находящейся в конфликте, и действующих на их

²⁴² Третья Женевская конвенция, Конвенция (III) об обращении с военнопленными, 75 U.N.T.S. 135, вступила в силу 21 октября 1950.

собственной территории или вне ее, даже если эта территория оккупирована, если эти ополчения и добровольческие отряды, включая организованные движения сопротивления, отвечают нижеследующим условиям:

- а) имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных,
- б) имеют определенный и явно видимый издали отличительный знак,
- в) открыто носят оружие,
- г) соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны.

3. Личный состав регулярных вооруженных сил, считающих себя в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой.

4. Лица, следующие за вооруженными силами, но не входящие в их состав непосредственно, как, например, гражданские лица, входящие в экипажи военных самолетов, военные корреспонденты, поставщики, личный состав рабочих команд или служб, на которых возложено бытовое обслуживание вооруженных сил, при условии, что они получили на это разрешение от тех вооруженных сил, которые они сопровождают, для чего эти последние должны выдать им удостоверение личности прилагаемого образца.

5. Члены экипажей судов торгового флота, включая капитанов, лоцманов и юнг, и экипажей гражданской авиации сторон, находящихся в конфликте, которые не пользуются более льготным режимом в силу каких-либо других положений международного права.

6. Население не оккупированной территории, которое при приближении неприятеля стихийно по собственному почину берется за оружие для борьбы со вторгающимися войсками, не успев сформироваться в регулярные войска, если оно носит открыто оружие и соблюдает законы и обычаи войны.

В. Следующие лица будут подвергаться такому же обращению, как и военнопленные, в соответствии с настоящей Конвенцией:

1. Лица, принадлежащие или принадлежавшие к вооруженным силам оккупированной страны, если оккупирующая держава считает необходимым по причинам их принадлежности интернировать их, даже если она вначале освободила их, в то время, когда военные действия происходили за пределами оккупированной ею территории, особенно, когда эти лица безуспешно пытались присоединиться к вооруженным силам,

к которым они принадлежат и которые принимают участие в военных действиях, или когда они не подчинились вызову, сделанному с целью их интернирования.

2. Лица, принадлежащие к одной из категорий, перечисленных в настоящей статье, которых приняли на своей территории нейтральные или невоюющие державы и которых эти державы должны интернировать в соответствии с международным правом, если они только не предпочтут предоставить им более благоприятный режим; однако на этих лиц не распространяются постановления статьей 8, 10, 15, абзаца V статьи 30, статей 58 - 67, 92, 126, а в тех случаях, когда между сторонами, находящимися в конфликте, и заинтересованной нейтральной или невоюющей державой существуют дипломатические отношения, также и постановления статей, касающихся держав - покровительниц. В случае, когда существуют такие дипломатические отношения, сторонам, находящимся в конфликте, за которыми числятся эти лица, разрешается осуществлять в отношении их функции державы - покровительницы, предусмотренные настоящей Конвенцией, без ущерба для тех функций, которые эти стороны обычно осуществляют в соответствии с дипломатической и консульской практикой и договорами.

С. Эта статья никоим образом не затрагивает статуса медико-санитарного и духовного персонала, предусмотренного в статье 33 настоящей Конвенции.

Статья 5

Настоящая Конвенция будет применяться к лицам, указанным в статье 4, с того момента, как они попадут во власть неприятеля, и вплоть до их окончательного освобождения и репатриации. В случае, если в отношении лиц, принявших то или иное участие в военных действиях и попавших в руки противника, возникает сомнение в их принадлежности к одной из категорий, перечисленных в статье 4, такие лица будут пользоваться покровительством настоящей Конвенции до тех пор, пока их положение не будет определено компетентным судом.

Конвенция о безопасности персонала ООН²⁴³

Статья 7: Обязанность обеспечивать безопасность и защиту персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала

1. Персонал Организации Объединенных Наций и связанный с ней персонал, их материально-технические средства и помещения не должны становиться объектом нападения или любых действий, препятствующих выполнению этим персоналом своего мандата.

2. Государства-участники принимают все надлежащие меры в целях обеспечения безопасности и защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала. В частности, государства-участники предпринимают все необходимые шаги для защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, размещенного на их территории, от преступлений, предусмотренных в статье 9.

3. Государства-участники при необходимости сотрудничают с Организацией Объединенных Наций и другими государствами-участниками в рамках осуществления настоящей Конвенции, в частности, в любом случае, когда принимающее государство не в состоянии принять требуемые меры.

Статья 8: Обязанность освобождать или возвращать персонал Организации Объединенных Наций и связанный с ней персонал, подвергнувшийся захвату или задержанию

За исключением случаев, когда в применимом соглашении о статусе сил предусмотрено иное, если имеет место захват или задержание персонала Организации Объединенных Наций или связанного с ней персонала в ходе выполнения им своих обязанностей и если установлена личность членов этого персонала, они не подвергаются допросу и незамедлительно освобождаются и возвращаются Организации Объединенных Наций или другим соответствующим органам. До освобождения с ними обращаются в соответствии с общепризнанными стандартами в области прав человека и принципами и духом Женевских конвенций 1949 года.

Статья 9: Преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала

1. Преднамеренное совершение:

а) убийства, похищения или другого нападения, направленного про-

²⁴³ Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, Приложение к Резолюции 49/59, Нью-Йорк, 9 декабря 1994

тив личности или свободы любого члена персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала;

б) насильственного нападения на служебные помещения, жилые помещения или транспортные средства любого члена персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, которое может подвергнуть опасности личность или свободу этого члена персонала;

с) угрозы любого такого нападения с целью принудить физическое или юридическое лицо совершить любые действия или воздержаться от их совершения;

д) попытки любого такого нападения; и

е) действия, представляющего собой соучастие в любом таком нападении или в совершении попытки такого нападения, или в организации либо отдаче приказа о совершении такого нападения,

должно быть признано каждым государством-участником преступлением по его национальному законодательству.

2. Каждое государство-участник устанавливает соответствующие наказания за преступления, предусмотренные в пункте 1, с учетом их тяжкого характера.

Статья 10: Установление юрисдикции

1. Каждое государство-участник принимает такие меры, какие могут быть необходимы для установления своей юрисдикции в отношении преступлений, предусмотренных в статье 9, в следующих случаях: [...]

Статья 19: Распространение

Государства-участники обязуются как можно шире распространять настоящую Конвенцию и, в частности, включить изучение Конвенции, а также соответствующих положений международного гуманитарного права в свои программы военного обучения.

Статья 20: Исключающие оговорки

Ничто в настоящей Конвенции не влияет на:

(а) применимость международного гуманитарного права и общепризнанных стандартов в области прав человека, содержащихся в международных документах, в связи с защитой операций и персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала или на обязанность такого персонала соблюдать такое право и такие стандарты...

Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала²⁴⁴

Статья 1: Взаимосвязь

Настоящий протокол дополняет Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, принятую в Нью-Йорке 9 декабря 1994 года (именуемая далее «Конвенция»), и для участников настоящего Протокола Конвенция и Протокол читаются и толкуются как единый документ.

Статья 2: Применение Конвенции в отношении операций Организации Объединенных Наций

1. Участники настоящего Протокола в дополнение к операциям, определенным в статье 1(с) Конвенции, применяют Конвенцию в отношении всех других операций Организации Объединенных Наций, учрежденных компетентным органом Организации Объединенных Наций согласно Уставу Организации Объединенных Наций и проводимых под руководством и контролем Организации Объединенных Наций в целях:

а) оказания гуманитарной и политической помощи или помощи в области развития на этапе миростроительства, или

б) оказания чрезвычайной гуманитарной помощи.

2. Пункт 1 не применяется в отношении постоянных отделений Организации Объединенных Наций, таких, как Центральные учреждения Организации или штаб-квартиры ее специализированных учреждений, созданных в соответствии с соглашением с Организацией Объединенных Наций.

3. Принимающее государство может сделать Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций заявление о том, что оно не будет применять положения настоящего Протокола в отношении операции, проводимой в соответствии со статьей II(1)(b), единственная цель которой заключается в реагировании на стихийное бедствие. Такое заявление должно быть сделано до развертывания операции.

Статья 3: Обязанность государства-участника в отношении статьи 8 Конвенции

Обязанность государства-участника настоящего Протокола в отношении применения статьи 8 Конвенции к операциям Организации

²⁴⁴ Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, Нью-Йорк, 8 декабря 2005; untreaty.un.org.

Объединенных Наций, определенным в статье II настоящего Протокола, возлагается на него без ущерба для его права совершать действия в порядке осуществления его национальной юрисдикции в отношении любого персонала Организации Объединенных Наций или связанного с ней персонала, который нарушает законы и постановления этого государства, при условии, что такие действия не нарушают никаких других международно-правовых обязательств государства-участника.

Задержание незаконных комбатантов, Ияд против государства Израиль, Верховный суд Израиля ²⁴⁵

Верховный суд Израиля, заседание апелляционного суда по уголовным делам

РЕШЕНИЕ

Президент Д. Бейнини:

Перед нами обжалование решения районного суда Тель-Авив-Яффо..., в котором задержание заявителей по Закону об интернированных незаконных комбатантах (здесь и далее ‘Закон об интернированных незаконных комбатантах или ‘Закон’) оставлено в силе, как законное. Помимо конкретных случаев, указанных заявителем, апелляция затрагивает фундаментальные вопросы, касающиеся толкования положений Закона об интернированных незаконных комбатантах, [...] и в какой мере закон не противоречит международному гуманитарному праву.

Основные факты и последовательность событий

1. Первый заявитель является жителем сектора Газа, 1973 года рождения, который был помещен под административное задержание 1 января 2002 года в соответствии с Приказом об административном задержании. Задержание первого заявителя продлевалось военным командующим и было оставлено в силе судебное рассмотрение по Военному суду Газы. Второй заявитель, также житель Газы, родившийся в 1972 году, был помещен под административный арест от 24 января 2003 года в соответствии с вышеназванным приказом. Задержание второго заявителя также было продлено, и рассмотрено судом военного округа Газы.

12 сентября 2005 года заявление было опубликовано Командующим Южного округа в связи с окончанием военного правления на территории

²⁴⁵ Верховный суд Израиля, Ияд против государства Израиль, 1CrimA 6659/06, 11 июля 2008, доступен на сайте: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/06/590/066/n04/06066590.n04.pdf.

сектора Газа. В тот же день, в связи с изменением обстоятельств, а также с изменением соответствующих правовых позиций, указы об интернировании были изданы в отношении заявителей; они были подписаны начальником штаба в соответствии с главой 3 Закона об интернированных незаконных комбатантах, который является законом, находящимся в центре настоящего случая. ... 20 сентября 2005 года начальник штаба решил, что заключение под стражей остается в силе на основании вышеуказанного закона.

2. 22 сентября 2005 года судебное разбирательство началось в Окружном суде Тель-Авив-Яффо ... по делу заявителя. 25 января 2006 года районный суд постановил, что не было никакой неуместности в порядке выдачи интернированных приказов против заявителей, и что все условия, предусмотренные в Законе были предусмотрены, в том числе тот факт, что их освобождение может нанести ущерб государственной безопасности. Заявители обжаловали это решение в Верховном суде, и 14 марта 2006 года их обращение было отклонено ... В решении по делу было постановлено, что из материала, который был представлен в суд, можно было заметить, что

заявители были четко связаны с организацией Хезболла, и что они участвовали в боевых действиях против граждан Израиля, прежде чем они были задержаны. Суд подчеркнул в этом контексте индивидуальную угрозу двух представленных заявителей и риск того, что они вернуться к своей деятельности, если они будут освобождены, как видно из материалов, представленных в суд.

Закон об интернировании незаконных комбатантов - основания для законодательных норм и главная цель

б. Закон дает право государственной власти право задержать «незаконных комбатантов», как определено в разделе 2 этого закона, то есть лиц, которые принимают участие в военных действиях или являются членами сил, которые выполняют военные действия против Государства Израиль и которые не удовлетворяют условиям, которые предоставлены статусу военнопленных в соответствии с международным гуманитарным правом. Как мы объясним ниже, закон позволяет интернировать иностранных лиц, которые принадлежат к террористической организации или, которые участвуют в боевых действиях против безопасности государства, и было предназначено для нейтрализации таких лиц, возвращающихся к военным действиям против Израиля.

Интерпретация положений закона

7. В начале мы должны рассмотреть интерпретацию основных положений, предписанных в Законе об интернировании незаконных комбатантов...

9. Что касается презумпции соответствия международному гуманитарному праву, как мы уже говорили, раздел 1 Закона заявляет, что его целью является регулирование интернирования незаконных комбатантов «... таким образом, чтобы это соответствовало обязательствам государства Израиль в соответствии с положениями международного гуманитарного права». Предпосылка в данном контексте является такой, что существует международный вооруженный конфликт между государством Израиль и террористическими организациями, которые работают за пределами Израиля.

Международное право, которое регулирует международные вооруженные конфликты, закреплено в основном в Гаагской конвенции (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (1907) (далее: «Гаагская конвенция») и в правилах, приложенных к ней, положения которых имеют статус обычного международного права...; Женевской конвенции (IV) о защите гражданского населения во время войны 1949 года (здесь и далее: «Четвертой Женевской конвенции»), чьи обычные положения составляют часть закона государства Израиль и некоторые из них были рассмотрены в прошлом этим судом..., и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв Международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977 (здесь и далее: «Первый протокол»), в котором Израиль не является участником, но чьи обычные положения также являются частью закона государства Израиль... Кроме того, если есть пробел в законах вооруженного конфликта, то можно заполнить его, прибегая к международным нормам в области прав человека...

Следует отметить, что, когда мы подойдем к задаче интерпретации положений в уставе в соответствии с принятыми нормами международного права, мы не можем игнорировать тот факт, что положения международного права, которые существуют сегодня, не были адаптированы к меняющимся реалиям и феномену терроризма, который меняет форму и характеристики вооруженного конфликта и тех, кто участвует в них. В связи с этим, мы должны сделать все возможное для того, чтобы интерпретировать существующие законы, таким образом, чтобы соответствовать новым реалиям и принципам международного гуманитарного права.

10. Учитывая все вышесказанное, давайте теперь обратимся к интерпретации уставного определения «незаконного комбатанта» и интерпрета-

ции условий, необходимых для доказательства существования основания для задержания в соответствии с законом.

Определение «незаконного комбатанта» и сферы его применения

11. Раздел 2 закона определяет «незаконного комбатанта» следующим образом: «Определение 2. В этом законе - «Незаконный комбатант» - человек, который принимал участие в военных действиях против государства Израиль, прямо или косвенно, или кто является членом сил, проводящих боевые действия против государства Израиль, и который не удовлетворяет условиям предоставления статуса военнопленного в соответствии с международным гуманитарным правом, как это изложено в статье 4 Третьей Женевской конвенции от 12 августа 1949 об обращении с военнопленными; ... »

Это нормативное определение «незаконного комбатанта» относится к тем лицам, которые принимают участие в боевых действиях против государства Израиль, или являются членами сил, проводящих такие действия, и которые не являются военнопленными по международному гуманитарному праву. В этой связи два момента должны быть учтены: во-первых, из раздела 2, можно понять, что это не необходимо для кого-то принимать участие в боевых действиях против государства Израиль, но достаточно, что он был членом «сил, проводящих военные действия» - то есть, террористической организации. Мы обсудим значение этих двух альтернатив в определении «незаконного комбатанта» позже (пункт 21 ниже). Во-вторых, как мы уже говорили выше, в положении о целях, закон прямо ссылается на положения международного гуманитарного права. Определение «незаконного комбатанта» в вышеупомянутом разделе 2 также ссылается на международное гуманитарное право, когда оно предусматривает, что закон распространяется на тех, кто не пользуется статусом военнопленного в рамках Третьей Женевской конвенции. Как правило, правила международного гуманитарного права не были предназначены для применения в отношениях между государством и его гражданами (см., например, положения статьи 4 Четвертой Женевской конвенции, согласно которой «гражданские под защитой» это те, кто не является гражданином государства, которое держит его в обстоятельствах международного вооруженного конфликта). Четкая ссылка на законодательный орган международного гуманитарного права, вместе с требованием, предусмотренным в редакции закона, что не существует статуса военнопленного, показывает, что закон предназначен для применения только к иностранным лицам, которые принадлежат к террористической организации, что действует против безопасности государства.

Мы не знали, что в проекте Закона от 14 июня 2000 года было положение, которое прямо заявляло, что закон не будет применяется к израильским жителям (а также для жителей территорий), за исключением определенных обстоятельств, которые были изложены в нем... Это положение устава было исключено из окончательной редакции закона. Тем не менее, с учетом прямой ссылки, сделанной законом к международному гуманитарному праву и законам, касающимся военнопленных, как говорилось выше, мы пришли к выводу, что в зависимости от формулировки и цели закона, он не был предназначен для применения в отношении местных участников (граждан и жителей Израиля), которые подвергают опасности безопасность государства. Для этого есть и другие правовые меры, предназначенные для обеспечения безопасности, которые мы более подробно рассмотрим позже.

Таким образом, можно обобщить вопрос, сказав, что «незаконные комбатанты» по разделу 2 закона, это иностранная сторона, которая принадлежит к террористической организации, которая работает против безопасности государства Израиль. Это определение может включать в себя жителей иностранного государства, которые поддерживают состояние военных действий против государства Израиль, и которые принадлежат к террористической организации, которая действует против безопасности государства, и которые отвечают другим условиям нормативного определение «незаконного комбатанта». Это определение может также включать жителей сектора Газа, который сегодня уже не проходит как «военная оккупация». В этой связи, следует отметить, что после окончания израильского военного правления в секторе Газа в сентябре 2005 года, государство Израиль не имеет постоянного физического присутствия в секторе Газа, а также не имеет никакой реальной возможности осуществления обязанностей, возложенных на оккупирующую державу в соответствии с международным правом, включая основной долг по охране общественного порядка и безопасности.

Любая попытка навязать власти государства Израиль сектор Газа, скорее всего, повлечет сложные и длительные военные операции. В таких обстоятельствах, когда государство Израиль не имеет реальной возможности контролировать, что происходит в секторе Газа, Сектор Газа не должен рассматриваться как территория, которая находится под военной оккупацией с точки зрения международного права, хотя из-за уникальной (редкой) ситуации, которая царит там, государство Израиль имеет определенные обязанности перед жителями сектора Газа... [см. дело № 137, Израиль, *Power Cuts в Газе*]. В нашем случае, учитывая тот факт, что сектор Газа более не находится под эффективным контролем государства Израиль,

мы пришли к выводу, что жители сектора Газа являются иностранными участниками, которые могут быть субъектами Закона интернирования незаконных комбатантов с учетом характера и цели этого закона.

Что касается жителей территории (Иудея и Самария), которая находится под эффективным контролем государства Израиль, [...] Я склоняюсь к мнению, что в той мере, какая требуется по соображениям безопасности, административное задержание этих жителей должно осуществляться в соответствии с законодательством безопасности, которое применяется к территориям, но не в силу Закона интернирования незаконных комбатантов.

Соответствие определения «незаконного комбатанта» к категории, признанной международным правом. Заявители утверждали, что определение «незаконного комбатанта» в разделе 2 закона противоречит положениям международного гуманитарного права, поскольку международное право не признает существования независимой и отдельной категории «незаконных комбатантов». По их мнению, есть только две категории в международном праве «комбатанты» и «гражданские лица», которые подлежат защите закрепленных в Третьей и Четвертой Женевских конвенциях положений. По их точке зрения, международное право не имеет промежуточной категории, что включает в себя лиц, которые не защищены ни одной из этих конвенций.

Что касается вышеупомянутых аргументов заявителей, то следует отметить, что вопрос о соответствии термина «незаконный комбатант» к категории, признанной международным правом, уже рассматривался в нашем прецедентном праве в общественном комитете против пыток в Израиле против правительства Израиля, в котором было постановлено, что термин «незаконный комбатант» не является отдельной категорией, но подкатегорией «гражданских лиц», признанных международным правом [См. дело № 136, Израиль, целенаправленные убийства]. Этот вывод основан на подходе обычного международного права, согласно которому категория «гражданские лица» включает в себя всех, кто не является комбатантом. Таким образом, мы имеем дело с отрицательным определением.

В связи с этим два дополнительных пункта должны быть рассмотрены: во-первых, установив, что «незаконные комбатанты» принадлежат к категории «гражданских лиц» в международном праве в соответствии с официальным толкованием Женевских конвенций, в соответствии с которыми в вооруженном конфликте или под оккупацией, каждый человек, который находится у противостоящей стороны, имеет право на определенный статус в соответствии с международным гуманитарным

правом - статус военнопленного, который регулируется Третьей Женевской конвенцией или статус гражданского лица под защитой Четвертой Женевской конвенции.

Во-вторых, следует подчеркнуть, что на первый взгляд законное определение «незаконного комбатанта» в рамках раздела 2 Закона распространяется на более широкую группу людей, чем в группе «незаконных комбатантов», обсужденном в деле об общественном комитете против пыток в Израиле против правительства Израиля, с учетом разницы в мерах соответствия: решение в деле об общественном комитете против пыток в Израиле против правительства Израиля рассматривается законность военных операций с намерением причинить смерть «незаконному комбатанту». Согласно международному праву, разрешается атаковать «незаконного комбатанта» только во время, когда он принимает непосредственное участие в боевых действиях. С другой стороны, Закон интернирования незаконных комбатантов предполагает меру интернирования. Для целей содержания под стражей в соответствии с законом, это не обязательно, чтобы «незаконный комбатант» принимал непосредственное участие в военных действиях, и это не существенно, что его содержание под стражей будет проходить в течение периода, когда он принимает участие в военных действиях; все условия, что требуются для определения «незаконного комбатанта» в разделе 2 закона, доказаны.

Это законодательное определение не противоречит положениям международного гуманитарного права, поскольку, как мы уточним ниже, Четвертая Женевская конвенция также разрешает задержание «гражданского лица», находящегося под защитой, если создает угрозу безопасности для задерживающего государства. Таким образом, мы видим, что наша ссылка на решение в деле об общественном комитете против пыток в Израиле против правительства Израиля не была предназначена для указания, что идентичный вопрос был рассмотрен в этом случае. Его цель заключалась в оказании поддержки того, что термин «незаконный комбатант» в законе не создает отдельную категорию с точки зрения международного гуманитарного права, но является подгруппой категории «гражданских лиц».

13. В дополнение к нашему выводу о том, что «незаконный комбатант» является членом категории «гражданских лиц» с точки зрения международного права, следует отметить, что этот суд в прошлом поддерживал то, что международное гуманитарное право не предоставляет «незаконным Комбатантам» ту же степень защиты, на которую невинные гражданские лица имеют право, и что в этом отношении есть разница с точки зрения правил международного права между «гражданскими лицами», которые

являются «незаконными комбатантами» и «гражданскими», которые не являются «незаконными комбатантами»... Как мы объясним ниже, в настоящем контексте, сущность в том, что «незаконный комбатант» подпадает под действие Четвертой Женевской конвенции, но в соответствии с положениями вышеупомянутой конвенции, можно применять и различные ограничения для них и, в частности, задерживать их, когда они представляют угрозу для безопасности государства.

14. Таким образом, с учетом положения о цели Закона интернирования незаконных комбатантов, согласно которой закон был призван регулировать статус «незаконных комбатантов» таким образом, чтобы соответствовать нормам международного гуманитарного права, а также с учетом решения суда в деле об общественном комитете против пыток в Израиле против правительства Израиля о том, что «незаконный комбатант» представляет подкатегорию «гражданских лиц» в рамках международного права, можно определить, что, вопреки претензии заявителей, закон не создает новую группу с точки зрения международного права.

Военные комиссии, Соединенные Штаты Америки²⁴⁶

Военные комиссии были впервые созданы в 2001 году президентом Джорджем Бушем. Конгресс США, после судебного решения Верховного суда в деле Хамдан против Рамсвелда, где суд решил, что Военные Комиссии не соответствовали требованиям общей статьи 3 Женевских конвенций, Конгресс принял Акт о Военных комиссиях от 2006 года для повторного создания комиссий.

I. Акт о Военных Комиссиях от 2006 года²⁴⁷

Раздел. 2. Полномочия президента для создания военных комиссий.

Полномочия установить военные комиссии в соответствии с главой 47А Кодекса Соединенных Штатов, как добавлено разделом 3 (а), не могут быть рассмотрены так, чтобы изменить или ограничить власть президента в соответствии с Конституцией Соединенных Штатов и законами Соединенных Штатов, чтобы установить Военные комиссии для областей, которые, как объявляют, были под военным законом или в оккупированных территориях.

²⁴⁶ Hamdan v Rumsfeld, United States Supreme Court, 548 U.S. 577 (2006).

²⁴⁷ United States Department of Defense, "Military Commission Act of 2006", Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

§ 948а. Определения

В этой главе:

(1) НЕЗАКОННЫЙ ВРАЖЕСКИЙ КОМБАТАНТ —

(А) Термин «незаконный вражеский комбатант» означает —

(i) человека, который участвовал в военных действиях или кто имеет целью целеустремленную и существенную поддержку военных действий против Соединенных Штатов или союзников, кто не является законным комбатантом (включая человека, который является частью Талибана, Аль-Каиды, или связанных с ними сил);

или

(ii) человек, кто, прежде, до или после даты принятия Закона о военных комиссиях 2006 года, был определен как незаконный вражеский комбатант Трибуналом по Определению Статуса Комбатанта или другим компетентным трибуналом, учрежденным под руководством Президента или Министра обороны.

(В) СОЮЗНИК — в этом параграфе, термин «союзник», с уважением к Соединенным Штатам, означает любое государственное или вооруженное присоединение силы и непосредственное участие вместе с Соединенными Штатами в военных действиях или в непосредственной поддержке военных действий против общего врага.

(2) ЗАКОННЫЙ ВРАЖЕСКИЙ КОМБАТАНТ — термин «законный вражеский комбатант» означает человека, который является —

(А) членом регулярных сил государственной стороны, участвующей в военных действиях против Соединенных Штатов;

(В) член ополчения, добровольческого корпуса, или организованного движения Сопrotивления, принадлежащего государственной стороне в таких военных действиях, которые находятся под ответственным командованием, носят неподвижный отличительный знак, распознаваемы на расстоянии, носят оружие открыто, и соблюдают законы войны; или

(С) член регулярной вооруженной силы, которая выражает преданность правительству, занятому военными действиями, но не признанному Соединенными Штатами.

(3) ИНОСТРАНЕЦ — термин «иностранец» означает человека, который не является гражданином Соединенных Штатов.

§ 948b. Военные комиссии

(А) ЦЕЛЬ — Эта глава устанавливает порядки для осуждения военными комиссиями иностранных незаконных вражеских комбатантов, которые участвовали в военных действиях против Соединенных Штатов в нарушение законов войны.

(В) ПОЛНОМОЧИЯ ВОЕННЫХ КОМИССИЙ В СООТВЕТСТВИИ С ЭТОЙ ГЛАВОЙ — президент уполномочен установить военные комиссии в соответствии с этой главой для деятельности военных комиссий как предусмотрено в этой главе.

(С) СТАТУС КОМИССИЙ В СООТВЕТСТВИИ С ОБЩЕЙ СТАТЬЕЙ 3 — военная комиссия, установленная в соответствии с этой главой является регулярным судом, который предоставляет все необходимые «судебные гарантии, которые признаны цивилизованными народами как обязательные» в целях общей статьи 3 из Женевских конвенций.

(D) ЖЕНЕВСКИЕ КОНВЕНЦИИ НЕ ОСНОВЫВАЮТ ИСТОЧНИК ПРАВ — Никакой иностранный незаконный вражеский комбатант, осуждаемый военной комиссией согласно этой главе, не может использовать Женевские конвенции как источник прав.

***Документ Монтрё о соответствующих
международно-правовых обязательствах и передовых
практических методах государств, касающихся
функционирования частных военных и охранных
компаний в период вооруженного конфликта***²⁴⁸

Монтрё, 17 сентября 2008

Подготовленное Швейцарией неофициальное резюме Документа Монтрё

1. Частные военные и охранные компании (ЧВОК) в наше время часто используются в зонах вооруженных конфликтов отдельными лицами, компаниями и правительствами. Они нанимаются для выполнения целого ряда услуг: от эксплуатации боевых комплексов до защиты дипломатического персонала. В недавние годы практика использования ЧВОК расширилась, и в связи с этим потребовались разъяснения соответствующих юридических обязательств по международному гуманитарному праву и

²⁴⁸ Документ Монтрё о соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта», Дос. А/63/467-S/2008/636, 6 октября 2008; доступен на сайте www.un.org.

стандартам в области прав человека.

2. Документ Монтрё призван удовлетворить эту потребность. Будучи итогом совместной инициативы Швейцарии и Международного комитета Красного Креста (МККК), выдвинутой в 2006 году, он воспроизводит действующие обязательства государств, ЧВОК и их персонала по международному праву в том случае, когда ЧВОК по какой бы то ни было причине присутствуют в зоне вооруженного конфликта. В части второй содержится комплекс положений в отношении более 70 передовых практических методов, разработанных для содействия государствам в выполнении этих обязательств. Ни одна из частей не является юридически обязательной и не имеет своей целью легитимизировать использование ЧВОК в каких-либо конкретных обстоятельствах. Эти положения были разработаны правительственными экспертами из 17 государств²⁴⁹, которые обладают особым интересом по отношению к ЧВОК или международному гуманитарному праву. Были также проведены консультации с представителями гражданского общества и сектора ЧВОК.

3. В части первой проводится различие между государствами-контрагентами, государствами территориальной юрисдикции и государствами происхождения. Для каждой категории государств в части первой указываются соответствующие международно-правовые обязательства по международному гуманитарному праву и стандартам в области прав человека. Рассмотрен также вопрос о присвоении частного поведения государству согласно обычному международному праву. Кроме того, в части первой содержатся разделы, касающиеся соответствующих международно-правовых обязательств «всех других государств», обязанностей ЧВОК и их персонала, а также вопросов ответственности по линии начальника.

4. Как и в части первой, в части второй также проводится различие между государствами-контрагентами, государствами территориальной юрисдикции и государствами происхождения. Передовые практические методы в значительной степени заимствованы из современной практики государств, которая непосредственно связана не только с ЧВОК, но и, например, с действующими положениями, касающимися оружия и воинской службы. Они разнятся от введения транспарентных режимов лицензирования до обеспечения более эффективного надзора и подотчетности, с тем чтобы только те ЧВОК, которые будут соблюдать международное

²⁴⁹ Австралия, Австрия, Ангола, Афганистан, Германия, Ирак, Канада, Китай, Польша, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Сьерра-Леоне, Украина, Франция, Швейцария, Швеция и Южная Африка.

гуманитарное право и стандарты в области прав человека благодаря надлежащей учебной подготовке, внутренним процедурам и надзору, могли оказывать услуги в период вооруженного конфликта.

5. В предисловии к Документу Монтрё государства-участники предлагают другим государствам и международным организациям информировать Федеральный департамент иностранных дел Швейцарии о своей поддержке этого документа.

Предисловие

Настоящий документ является итогом инициативы, совместно выдвинутой правительством Швейцарии и Международным комитетом Красного Креста. Он был разработан при участии правительственных экспертов из Афганистана, Анголы, Австралии, Австрии, Канады, Китая, Франции, Германии, Ирака, Польши, Сьерра-Леоне, Южной Африки, Швеции, Швейцарии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Украины и Соединенных Штатов Америки на заседаниях, созванных в январе и ноябре 2006 года, ноябре 2007 года и апреле и сентябре 2008 года. Были проведены консультации с представителями гражданского общества и частных военных и охранных компаний.

При разработке настоящего документа участники руководствовались следующими принципами:

1. Определенные прочно устоявшиеся нормы международного права применяются к государствам в их отношениях с частными военными и охранными компаниями (ЧВОК) и в связи с их функционированием в период вооруженного конфликта, в частности, нормы международного гуманитарного права и стандарты в области прав человека;

2. В настоящем документе напоминаются существующие юридические обязательства государств и ЧВОК и их персонала (Часть первая) и государствам рекомендуются передовые практические методы в целях содействия соблюдению норм международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека в период вооруженного конфликта (Часть вторая);

3. Настоящий документ не является юридически обязательным и не затрагивает существующие обязательства государств по обычному международному праву или международным соглашениям, участниками которых они являются, в частности, их обязательства по Уставу Организации Объединенных Наций (особенно в статьях 2(4) и 51);

4. Поэтому настоящий документ не следует толковать как ограничива-

ющий, ущемляющий или расширяющий каким-либо образом существующие обязательства по международному праву или как устанавливающий или развивающий новые обязательства по международному праву;

5. Существующие обязательства и передовые практические методы также могут быть полезными применительно к постконфликтным и другим сопоставимым ситуациям; однако международное гуманитарное право применяется только во время вооруженного конфликта;

6. Сотрудничество, обмен информацией и помощь в отношениях между государствами, с учетом потенциала каждого государства, являются желательными для обеспечения соблюдения в полном объеме норм международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека, равно как и совместная имплементация с частными военными и охранными предприятиями и другими соответствующими действующими лицами;

7. Настоящий документ не должен толковаться как одобряющий использование услуг ЧВОК в каких-либо конкретных обстоятельствах и имеет своей целью напомнить о юридических обязательствах и рекомендовать передовые практические методы в случае принятия решения о вступлении в договорные отношения с ЧВОК;

8. В то время как настоящий документ адресован государствам, передовые практические методы могут быть полезны для других субъектов, таких, как международные организации, неправительственные организации и компании, которые заключают контракты с ЧВОК, а также для самих ЧВОК;

9. Для целей настоящего документа:

а) «ЧВОК» — это частные предпринимательские субъекты, которые оказывают военные и/или охранные услуги, независимо от того, как они себя характеризуют. Военные и охранные услуги включают, в частности, вооруженную охрану и защиту людей и объектов, например, транспортных колонн, зданий и других мест; техобслуживание и эксплуатацию боевых комплексов; содержание под стражей заключенных; и консультирование или подготовку местных военнослужащих и охранников.

б) «Персонал ЧВОК» — это лица, принятые на работу посредством прямого найма или по контракту с ЧВОК, включая ее служащих и руководителей.

в) «Государства-контрагенты» — это государства, которые непосредственно заключают с ЧВОК контракты об оказании услуг, в том числе, в соответствующих случаях, когда такие ЧВОК заключают субконтракты с другими ЧВОК.

д) «Государства территориальной юрисдикции» — это государства, на территории которых действуют ЧВОК.

е) «Государства происхождения» — это государства национальной принадлежности ЧВОК, т.е. где та или иная ЧВОК зарегистрирована или инкорпорирована; если государство, в котором ЧВОК инкорпорирована, не является государством, где находится ее главная контора, то тогда государство, в котором находится главная контора ЧВОК, является «государством происхождения».

Государства-участники предлагают этот документ вниманию других государств, международных организаций, неправительственных организаций, частных военных и охранных компаний и других соответствующих действующих лиц, которым рекомендуется применять те передовые практические методы, которые они сочтут уместными для своей деятельности. Государства-участники предлагают другим государствам и международным организациям информировать Федеративный департамент иностранных дел Швейцарии о своей поддержке настоящего документа. Государства-участники также заявляют о своей готовности вновь рассмотреть и, в случае необходимости, переработать настоящий документ, с тем чтобы учесть новые события.

Защита раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение

Вторая Женевская конвенция, 1949²⁵⁰

Конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море. Женева, 12 августа 1949 года

Статья 11

Державы - покровительницы во всех случаях, когда они сочтут это полезным в интересах покровительствуемых лиц, в частности, в случае разногласия между находящимися в конфликте Сторонами по поводу применения или толкования положений настоящей Конвенции, будут оказывать свои добрые услуги с целью урегулирования разногласия.

²⁵⁰ Вторая Женевская конвенция, Конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, 75 U.N.T.S. 85, вступила в силу 21 октября, 1950.

С этой целью каждая из держав - покровительниц сможет по просьбе одной из Сторон или по собственной инициативе предложить находящимся в конфликте Сторонам организовать совещание их представителей и, в частности, властей, на которые возложена забота об участии раненых, больных и потерпевших кораблекрушение, а также санитарного и духовного персонала, возможно на нейтральной, надлежащим образом выделенной территории. Находящиеся в конфликте Стороны обязаны дать ход предложениям, которые им будут сделаны в этом смысле. Державы - покровительницы смогут в случае необходимости представить на одобрение находящихся в конфликте Сторон принадлежащее к нейтральной державе или же делегированное Международным комитетом Красного Креста лицо, которое будет приглашено участвовать в этом совещании.

Глава II. Раненые, больные и потерпевшие кораблекрушение

Статья 12

Личный состав Вооруженных Сил и прочие лица, указанные в следующей статье, которые, находясь в море, будут ранены, больны или потерпят кораблекрушение, должны пользоваться покровительством и защитой при всех обстоятельствах, причем термин « кораблекрушение » будет применяться ко всякому кораблекрушению, независимо от обстоятельств, при которых оно произошло, включая вынужденные посадки самолетов на море или падение в море.

Сторона, находящаяся в конфликте, во власти которой эти лица окажутся, обеспечит им гуманное обращение и уход без какой-либо дискриминации по таким причинам, как пол, раса, национальность, религия, политические убеждения или другие аналогичные критерии. Строго запрещается любое посягательство на их жизнь и личность и, в частности, запрещается добивать или истреблять их, подвергать их пыткам, проводить над ними биологические опыты, преднамеренно оставлять их без медицинской помощи или ухода, или предумышленно создавать условия для их заражения.

Только по медицинским причинам неотложного характера допускается преимущество в очередности оказания медицинской помощи.

К женщинам будут относиться со всем полагающимся их полу особым уважением.

Статья 13

Настоящая Конвенция будет применяться к раненым, больным и лицам, потерпевшим кораблекрушение на море, принадлежащим к следующим категориям:

1. Личный состав Вооруженных Сил Стороны, находящейся в конфликте, а также личный состав ополчения и добровольческих отрядов, входящих в состав этих Вооруженных Сил.

2. Личный состав других ополчений и добровольческих отрядов, включая личный состав организованных движений сопротивления, принадлежащих Стороне, находящейся в конфликте, и действующих на их собственной территории или вне ее, даже если эта территория оккупирована, если эти ополчения и добровольческие отряды, включая организованные движения сопротивления, отвечают нижеследующим условиям:

- а) имеют во главе лицо, ответственное за своих подчиненных,
- б) имеют определенный и явственно видимый издали отличительный знак,
- с) открыто носят оружие,
- д) соблюдают в своих действиях законы и обычаи войны.

3. Личный состав регулярных Вооруженных Сил, считающих себя в подчинении правительства или власти, не признанных держащей в плену державой.

4. Лица, следующие за Вооруженными Силами, но не входящие в их состав непосредственно, как, например, гражданские лица, входящие в экипажи военных самолетов, военные корреспонденты, поставщики, личный состав рабочих команд или служб, на которых возложено бытовое обслуживание Вооруженных Сил, при условии, что они получили на это разрешение от тех Вооруженных Сил, которые они сопровождают.

5. Члены экипажей судов торгового флота, включая капитанов, лоцманов и юнг, и экипажей гражданской авиации Сторон, находящихся в конфликте, которые не пользуются более льготным режимом в силу каких-либо иных положений международного права.

6. Население неоккупированной территории, которое при приближении неприятеля стихийно берет за оружие для борьбы со вторгающимися войсками, не успев сформироваться в регулярные войска, если оно носит открыто оружие и соблюдает законы и обычаи войны.

Дело Пелея, Британский военный суд в Гамбурге²⁵¹

Судебное дело против капитана-лейтенанта Хайнз Эка и четырех других обвиняемых за убийство экипажа греческого парохода Пелея, который утонул в открытом море, Британский военный суд по делу военных преступников, 17-20 октября 1945г.

2. ИСК

Заключенным (Kapitdnleutnant Heinz Eck, Leutnant zur See August Hoffmann, Marine Stabsarzt Walter Weisspfennig, Kapitdnleutnant (Ing) Hans Richard Lenz, Gefreiter Schwender) предъявлено совместное обвинение:

«Вы обвиняетесь в совершении военного преступления в том, что в Атлантическом океане в ночь с 13 на 14 марта 1944 года, как экипаж корабля «Unterseeboat 852» потопили пароход «Пелея» в противоречие законам и обычаям ведения войны, в убийстве членов экипажа парохода, граждан союзного государства, путем обстрела и заброса гранатами»...

3. Открытие дела прокурором

«Пелея» греческий корабль, зафрахтованный Британским Министерством военного транспорта. Экипаж состоял из представителей различных национальностей, на борту были 18 греков, 8 британских моряков, один моряк из Адена, двое египтян, три китайца, русский, чилиец и поляк.

13 марта 1944 года корабль был потоплен в середине Атлантического океана немецкой подводной лодкой номер 852, под командованием первого обвиняемого, Хайнца Эка. По-видимому, большинство членов экипажа «Пелея» попал в воду, достигли обломков. Подводная лодка всплыла, и допросила одного из членов экипажа насчет названия корабля, где она должна была быть и другую информацию.

Затем подводная лодка открыла огонь по оставшимся в живых в воде и на плотках; а также, были брошены гранаты, в результате чего все члены экипажа были убиты или умерли от нанесенных ран, за исключением трех, а именно греческий первый офицер, греческий моряк и британский моряк. Эти люди оставались в воде на протяжении 25 дней, а затем их подобрал португальский пароход и доставил в порт.

²⁵¹ Комиссия ООН по военным преступлениям// Правовые отчеты по делам военных преступников.- 1947.-Т.1.-С.1-21.

4. Доказательства обвинения

Пятый обвиняемый, капитан-лейтенант инженер Ленц, судя по всему, вел себя следующим образом: (а) когда он узнал, что капитан решил уничтожить все следы потопления, он подошел к капитану и сообщил о его несогласии с этим приказом. Эк ответил, что он все-таки решил ликвидировать все следы затопления. Ленц затем пошел вниз записать заявления выживших в письменной форме и не принимал участия в стрельбе и метании гранат; (б) позднее, Ленц отправился на мостик и заметил, обвиняемого Швендера с пулеметом в руках. Он видел, что Швендер собирался открыть огонь из пулемета и поэтому, Ленц, взял пулемет из рук Швендера и сам выстрелил в общем направлении. Он сделал это, потому что считал, что Швендер, имеет низкий рейтинг на судне, и не достоин, выполнить такое поручение.

5. Схема защиты

Сторона защиты заявила, что ликвидация следов «Пелея» была оперативной необходимостью для спасения субмарины.

Другие обвиняемые основывались в основном на приказе начальника...

Что касается приказа начальника, профессор Вегнер сказал, что он застрелял «на старых добрых английских принципах», установленных в деле «Caroline», согласно которым, была устоявшаяся норма международного права, что отдельные лица, входящие в состав общественной силы и действующие на основании его собственного правительства, не будут отвечать как частные нарушители или злоумышленники, потому что человек исполняет публичное действие, совершенное на службе Его Величества, и такой человек должен исполнить приказ вышестоящего начальника, и что ответственность, если таковая имеется, лежит на правительстве Его Величества.

б. Доказательства обвиняемого Хейнза Екка, командира подводной лодки

Обвиняемый, Хейнз Екк, ...думал, что плот может представлять опасность для него, во-первых, потому что они могли указать самолётам точное место затопления, а во-вторых, как это было хорошо известно, плоты могли быть обеспечены современными связями сигнализации. Когда он открыл огонь по обломкам, никого из живых не было видно. Он также приказал, метать гранаты, после того как понял, что от пулемета плот не утонет. Он думал, что выжившие выпрыгнули из плота...

Ему было ясно, продолжал он, что нет возможности спасти выживших.

Он не мог принять выживших на борт субмарины, поскольку это противоречило его приказу. Он был впечатлен, что настроение на борту было довольно подавленным. Он сам был в таком же настроении, и, следовательно, он сказал экипажу, что с тяжелым сердцем он, наконец, принял решение уничтожить оставшуюся часть затонувшего судна. Екк ссылался на инцидент с участием немецкого судна «Хартенштайн», о котором ему сказали два офицера. Лодка показала знак Красного Креста и один из оставшихся в живых, офицер-летчик, дал некоторые сигналы, чтобы самолет не напал на лодку из-за оставшихся в живых, в том числе женщин. Самолет улетел, и через некоторое время он вернулся и напал на лодку, которая была вынуждена разгрузить оставшихся в живых снова, лодка выжила, но с повреждениями. Этот случай, о котором ему было сказано перед началом своего путешествия, показал ему, что на стороне врага военные причины идут впереди человеческих, то есть прежде, чем жизни оставшихся в живых. По этой причине, он думал, что его меры оправданы...

Описание Екка о «Хартенштайн» было подтверждено английским свидетелем, адвокатом, выступающим в качестве временного государственного служащего в адмиралтействе. Он подтвердил, что в результате инцидента, командование немецкой подводной лодки распорядилось следующим образом:

“Никакая попытка любого вида не должна быть предпринята для спасения членов потопленного судна, и это включает подборку людей из воды, передачу еды и воды. Спасение противоречит элементарным требованиям войны для разрушения вражеских судов и команд. Приказ брать капитанов и главных инженеров остается в силе. Спасать потерпевших кораблекрушение, только если их заявления будут иметь важное значение для судна. Быть жестким, имея в виду, что враг не берет в счет женщин и детей при бомбардировке по немецким городам»...

8. Допрос четырех других обвиняемых

... Обвиняемый Вейспфеннинг также сослался на приказ, но признал, что в германском флоте было положение о поведении медицинских работников, который запрещает им использовать оружие в наступательных целях. Вейспфеннинг пренебрег этим регулированием, потому что он получил приказ от коменданта. Он не знал, может ли он отказаться подчиняться приказу, который противоречит Женевской конвенции. Он знал, что Женевская конвенция существует и понимал, что одной из причин, почему он получил защиту, потому что он доктор, и не был комбатантом. Он понимал, что были оставшиеся в живых. Он не считал использование пулемета в его конкретном случае наступательным действием. ...

12. Подведение итогов судьей

Судья в самом начале сказал, что суд не должен быть смущен предполагаемым осложнением международного права в данном деле. Это было фундаментальным положением войны, в котором убийство безоружных врагов была запрещено в результате опыта цивилизованных государств на протяжении многих веков. Убивать беспомощных, переживших нападение на корабль было грубым нарушением норм международного права. Право наказывать лиц, которые нарушили такие правила ведения войны, были признаны в течение многих лет. ...

Касательно защиты по оперативной необходимости, судья заявил: «Вопрос о том, имеет ли право любая из воюющих сторон убить безоружного человека, с целью спасения своей жизни был предметом многочисленных дискуссий. Вполне возможно, что обстоятельства могут возникнуть, когда такое убийство может быть оправдано. Но суд должен рассмотреть это дело по фактам, которые истекают из доказательств Екка. Он курсировал в течение пяти часов, он не воспользовался скоростью своего корабля, чтобы уйти как можно быстрее, как только мог, он предпочел остаться и использовать стрельбу из своих орудий». Судья-адвокат спросил суд, думали ли они или нет, что стрельба из пулемета по обломкам и плотам была бы эффективным способом уничтожить всякий след утонувшего корабля. Он спросил, было ли оно четко очевидно, что в любом случае, след нефти остался бы, и это было бы указанием для любого самолета, что судно недавно было потоплено. Он продолжал говорить: «Согласны ли вы, что командир подводной лодки, который действительно думает в первую очередь о спасении своей команды сделал бы, как капитан Шниие, который сказал, что он удалился бы на максимально возможной скорости в кратчайшие сроки на максимально возможное расстояние?»

«Екк не ответил на это. Он стоял перед судом, принимая на себя полную ответственность за команду, которую он дал. Что касается защиты в отношении положения о приказе вышестоящих начальников, то было сказано: «Долг повиноваться ограничивается соблюдением приказов, которые являются законными. Не нужно повиноваться решению, которое незаконно. Тот факт, что правила ведения войны были нарушены в соответствии с приказом воюющих правительств или отдельных воюющих командиров, не лишает деяние его характера, как военного преступления, не возлагает на преступника иммунитета от наказания потерпевшей воюющей стороной».

Судья-адвокат добавил: «Совершенно очевидно, что ни моряк, ни солдат не может носить с собой библиотеку по международному праву, или

иметь непосредственный доступ к профессору, который может сказать ему, является определенный приказ законным или нет. Если бы это был случай, который требует тщательного рассмотрения вопросов международного права в отношении того, является ли команда стрелять в беспомощных выживших в воде законной, то вы можете также думать, что это было бы несправедливо обвинять в этом кого-то из подсудимых; в этом же случае это крайне очевидно даже для самого элементарного интеллекта, что рассматриваемое поведение Екка и его команда/приказ на убийство этих беспомощных выживших не являются законными».

13. Решение

Пятеро обвиняемых виновны в совершении преступления.

14. Приговор

После, сторона защиты просила смягчить приговор от имени обвиняемых и некоторые из них также называют свидетелей, следующие выводы и предложения были вынесены судом 20 октября 1945 года, при условии подтверждения:

Екк был приговорен к смертной казни через расстрел. Ленц был приговорен к пожизненному заключению, Шнейдерг был приговорен к лишению свободы на 15 лет.

Приговоры были подтверждены Верховным начальником британской армии Рейна от 12 ноября 1945 года, и смертные приговоры, наложенные на Екка, Вальтера и лейтенанта Августа Гофмана, были введены в исполнение в Гамбурге 30 ноября 1945 года.

Отчет Международного Комитета Красного Креста о Йемене, 1967.²⁵²

Медицинская деятельность МККК в Северном Йемене. Предоставление медицинской помощи раненым и больным в части Йемена под контролем Роялистов была основной деятельностью МККК в этой области в течение 1967 года ...

Работа миссии была, однако, чрезвычайно затруднена несколькими инцидентами. Прежде всего, Кетаф в Жауфе в январе, когда около 120 человек, многие из которых женщины и дети, были убиты в результате воздушного налета на деревню на 5 января 1967 года.

²⁵² Годовой отчет МККК 1967, стр. 15-17.

В результате этого нападения, 31 января МККК сделал следующее обращение воюющим сторонам:

Международный Комитет Красного Креста в Женеве крайне обеспокоен воздушными налетами против гражданского населения и предполагаемого применения ядовитых газов в последнее время в Йемене и в соседних регионах.

В связи с вызванными страданиями, МККК настойчиво призывает руководства, участвующие в этом конфликте уважать при любых обстоятельствах общепризнанные гуманитарные нормы международного права и морали.

МККК зависит от понимания и поддержки со стороны всех участвующих сил для того, чтобы ее врачи и делегаты в Йемене, продолжали выполнять свою работу в наилучших условиях и в беспристрастной помощи жертвам этого конфликта.

МККК пользуется этой возможностью, чтобы подтвердить, что в интересах лиц, нуждающихся в его помощи, он принял в качестве общего правила не давать огласку замечаниям, сделанным делегатами в осуществлении ими своих функций. Тем не менее, эти наблюдения используются для резервного копирования соответствующих переговоров, которые он неизменно использует по мере необходимости.

Дальнейший рейд от 12 мая стал причиной 75 смертей, медицинская миссия МККК отправилась оказывать свою помощь там, после того, как сама миссия была атакована с воздуха. Отчет от 2 июня, составленный врачами Международного Комитета Красного Креста, был направлен правительствам сторон конфликта с замечаниями ни в коем случае не прибегать к методам борьбы, запрещенным Женевским протоколом 1925 года.

С тех пор никаких инцидентов подобного рода не было.

В конце июня, один из делегатов МККК стал жертвой серьезной аварии. Г-н Лоран Вуста, сопровождавший груз лекарств в самолете на авиалинии Наджран - Гизан, серьезно пострадал после аварийной посадки. Он был единственным оставшимся в живых и пострадал от ожогов. Г-н Вуста по-прежнему проходил лечение в конце декабря 1967 года.

Другая авария постигла эту миссию 26 августа, когда автоколонна МККК попала в засаду бедуинов в пустыне Жауф. Молодой врач, доктор Фредерик де Брос был поражен пулей в левую руку, что вызвало открытый перелом и привело к частичному параличу конечности.

Осенью, в результате соглашений, заключенных в Хартуме, МККК договорилось прекратить свою деятельность к концу года.

Однако в декабре борьба снова вспыхнула вокруг Сана. Таким образом, медицинская деятельность должна быть продолжена в поддержку позиции Роялистов. После путешествия в 600 километров на трассах между Наджран и Жихана со всеми трудностями, медицинская бригада МККК была установлена в городе Жихана, которые работали ночью и укрывались в течение дня. В Жихане, где ожидалось найти лишь небольшое число раненых, группа сотрудников МККК обнаружила около тридцати раненых и брошенных в неопишуемых условиях бедствия, из которых около двух десятков получили тяжелые ранения, большинство из них женщины и дети, которые были жестоко изувечены.

В таких условиях можно понять, что задача врачей МККК была максимально сложной, если добавить тот факт, что медицинские бригады, защищенные эмблемой красного креста, два раза были бомбардированы и атакованы в течение 1967 года. Мужество членов бригады заслуживает высокой похвалы за риск своей жизнью ради других.

Наконец, ввиду возобновления боевых действий, был второй призыв двум сторонам конфликта со стороны МККК в последние дни 1967 года с просьбой уважать фундаментальные гуманитарные принципы, содержащиеся в Женевских конвенциях.

Различное обращение в больницах для мужчин и женщин, Афганистан

[После событий, связанных с этим делом, Афганские органы власти Талибан перестали применять положения, описанные в этом деле²⁵³]

А. Женщины отстранены от лечения в больницах Кабула,

Перрин, Ж.-П. («Les hospiteaux de Kabul interdits aux femmes»,// in Libération.-1997)²⁵⁴

Талибан запрещает лечение больных женщин и запрещает выпускать их из больниц.

Во-первых, женщинам Кабула было запрещено работать. Затем им запрещалось учиться или обучаться, чтобы приобрести профессию. Затем

²⁵³ См. МККК Новости: Афганистан: Женщины постепенно Women gradually being re-admitted to Kabul Hospitals, 97/47, November 26, 1997

²⁵⁴ Perrin, J.-P., «Les hospiteaux de Kabul interdits aux femmes», in Libération, October 23, 1997, original in French, unofficial translation.

было постановлено, что они могут выходить в публичные места только в сопровождении мужа, отца или брата. Но никто в Кабуле, ранее очень западного города, не мог себе представить, что талибы, которые взяли под свой контроль афганскую столицу чуть больше года назад, могут зайти так далеко, чтобы запретить женщинам получать медицинскую помощь. Однако, это была одна из последних директив, выданная «студентами исламского богословия», от 6 сентября с четкими приказами. В настоящее время строго запрещено для любой из государственных больниц города лечить женщин за исключением чрезвычайных ситуаций - скорее теоретическая и надуманная оговорка. И несколько сотрудников-женщин, оставшиеся в этих больницах не имеют права оказывать помощь. Но, по словам западных врачей, посетивших «Центральную поликлинику», там нет водопровода, нет электричества выше второго этажа, нет лаборатории, и только один микроскоп. Что еще хуже, всего лишь 45 мест для всего женского населения города, в котором почти полтора миллиона жителей, который, кроме того, опустошен войной.

После того, как был издан указ, не только больным женщинам было отказано в лечении, но и те, кто уже находился в больнице, были выпущены, - и это происходит в городе с большим количеством медицинских учреждений. В недавно опубликованном документе, Врачи без границ (MSF) сообщили, что 12 пациенткам, некоторым с огнестрельными ранениями, было отказано в одной из крупных больниц, Вазир Акбар Хан, 19 октября, и только две из них были позже обнаружены в поликлинике. В тот же день уволили последних 15 сотрудников женского пола в больнице Карта Се, которая вскоре может перестать функционировать, поскольку мужчины-работники не готовы взять на себя ответственность прачек. Хуже того, решение, принятое под давлением западных НПО, министром здравоохранения, по которому больницы могли лечить женщин в чрезвычайных ситуациях, Муллави Аббаса, было широко осуждено.

Отделения неотложной помощи в двух из четырех крупных больниц Кабула уже отказываются принимать женщин. В начале октября, женщине в глубокой коме было отказано и ее отправили домой. В сентябре, еще одна женщина, страдающая от очень заразной формы туберкулеза была также отправлена домой прежде, чем она закончила курс лечения, тем самым подвергая всю свою семью риску заражения. А недавно врач одной из крупных больниц рассказал, что он не смог помочь в лечении женщине, страдающей от ожогов 80% кожи, потому что пришлось бы снимать с нее одежду.

НПО, присутствующие в Кабуле, еще больше «отвращены» насилием, с которым применяются министерские директивы. 27 сентября Министер-

ство решило закрыть все частные клиники со стационарными учреждениями, и через два дня члены талибов вошли в одну из этих клиник и яростно выбросили двух женщин, которые находились в процессе родов. «Мы являемся свидетелями полного разрушения системы здравоохранения, которая до сих пор, в отличие от системы образования, оставалась относительно невредимой. Люди должны знать, что сегодня женщины умирают дома в Кабуле, поскольку талибы не позволяют им получить доступ к лечению. Прежде всего, эти женщины боятся выходить на улицу. А потом, когда они набираются мужества, чтобы покинуть свои дома, часто бывает слишком поздно, и их состояние непоправимо. То же самое относится к их детям», заявил Пьер Слиггон, координатор миссии MSF в Кабуле. [...]

Военно-религиозный порядок талибов стремится установить систему медицинского обслуживания, соответствующий идеальному исламскому обществу, которое они защищают; система, в которой мужчины и женщины живут раздельно друг от друга, женщины часто живут полностью заточенной жизнью. Самый невероятный аспект ситуации в том, что эта политика апартеида, финансируется, даже иницируется, Всемирной организацией здравоохранения. MSF отмечает в своем докладе, что пресловутая директива лишать женщин Кабула лечения, совпала с началом работы по обновлению больницы Рабия Балхи, которой суждено стать «больницей для женщин» в столице, и которая, возможно, будет открыта в течение года. Основным донором для этого строительного проекта, оказывается ВОЗ, которая сделала взнос в 64 000 долларов США за первые шесть месяцев.

Резолюция Совета Безопасности 1193 (1998)²⁵⁵

Совет Безопасности,

рассмотрев положение в Афганистане,

ссылаясь на свою предыдущую резолюцию 1076 (1996) от 22 октября 1996 года и заявления Председателя Совета Безопасности о положении в Афганистане,

ссылаясь также на резолюцию 52/211 Генеральной Ассамблеи,

выражая свою глубокую озабоченность по поводу продолжающегося афганского конфликта, который в последнее время резко обострился в результате наступления сил движения «Талибан» в северных районах страны, создав серьезную и растущую угрозу региональному и междуна-

²⁵⁵ UN Doc. S/RES/1193, Август 28, 1998.

родному миру и безопасности, а также став причиной страданий большого числа людей, дальнейших разрушений, потоков беженцев и иного насильственного перемещения больших масс людей ...

9. Настоятельно призывает все афганские группировки, и в особенности движение «Талибан», содействовать деятельности международных гуманитарных организаций и обеспечить беспрепятственный доступ и надлежащие условия для доставки этими организациями помощи всем тем, кто в ней нуждается.

10. Призывает все государства, организации, программы системы Организации Объединенных Наций, специализированные учреждения и другие международные организации возобновить оказание гуманитарной помощи всем нуждающимся в ней лицам в Афганистане, как только это позволит положение на местах.

12. Вновь подтверждает, что все стороны конфликта обязаны соблюдать свои обязательства по международному гуманитарному праву и, в частности, Женевские конвенции от 12 августа 1949 года и что лица, совершающие серьезные нарушения этих конвенций или отдающие приказ об их совершении, несут личную ответственность за эти нарушения.

14. Настоятельно призывает афганские группировки положить конец дискриминации девочек и женщин и другим нарушениям прав человека, а также нарушениям международного гуманитарного права и соблюдать международно-принятые нормы и стандарты в этой области...

Защита гражданского населения

Четвертая Женевская конвенция, 1949²⁵⁶

Статья 12

Державы - покровительницы во всех случаях, когда они сочтут это полезным в интересах покровительствуемых лиц, в частности, в случае разногласия между находящимися в конфликте Сторонами по поводу применения или толкования положений настоящей Конвенции, будут оказывать свои добрые услуги с целью урегулирования разногласия.

С этой целью каждая из держав - покровительниц сможет по просьбе одной из Сторон или по собственной инициативе предложить находя-

²⁵⁶ Четвертая Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны, 75 U.N.T.S. 287, вступила в силу 21 октября 1950.

щимся в конфликте Сторонам организовать совещание их представителей и, в частности, властей, на которые возложена забота об участии покровительствуемых лиц, возможно, на нейтральной, надлежащим образом выбранной территории. Находящиеся в конфликте Стороны обязаны дать ход предложениям, которые им будут сделаны в этом смысле. Державы - покровительницы могут в случае необходимости представить на одобрение находящихся в конфликте Сторон принадлежащее к нейтральной державе или же делегированное Международным Комитетом Красного Креста лицо, которое будет приглашено участвовать в этом совещании.

Раздел II. Положения общего характера о защите населения от некоторых последствий войны

Статья 13

Положения настоящего раздела касаются всего населения находящихся в конфликте стран без какой-либо дискриминации, в частности, по причинам расы, национальности, религии или политических убеждений, и должны способствовать смягчению страданий, порождаемых войной.

Статья 14

Еще в мирное время Договаривающиеся Стороны, а после начала военных действий Стороны, находящиеся в конфликте, могут создавать на своей собственной территории, а в случае необходимости, на оккупированных территориях, санитарные и безопасные зоны и местности, организованные таким образом, чтобы оградить от действий войны раненых и больных, инвалидов, престарелых, детей до 15-летнего возраста, беременных женщин и матерей с детьми до 7-летнего возраста.

В самом начале конфликта и в течение его заинтересованные Стороны могут заключать соглашения о взаимном признании созданных ими зон и местностей. Для этой цели они могут применять положения проекта Соглашения, приложенного к настоящей Конвенции, внося в него возможные изменения, которые они сочли бы необходимыми.

Державы - покровительницы и Международный Комитет Красного Креста призываются содействовать облегчению создания и признания этих санитарных и безопасных зон и местностей.

Статья 15

Либо непосредственно, либо через нейтральную державу или гуманитарную организацию любая находящаяся в конфликте Сторона может обратиться к неприятельской Стороне с предложением о создании в районах, где идут бои, нейтрализованных зон, предназначенных для

защиты от связанных с боями опасностей следующих лиц, без всякого между ними различия:

а) больных и раненых комбатантов и некомбатантов;

б) гражданских лиц, не участвующих в военных действиях и не выполняющих никакой работы военного характера во время их пребывания в этих зонах.

Как только находящиеся в конфликте Стороны договорятся о местоположении, руководстве, снабжении и контроле намечаемой нейтрализованной зоны, составляется письменное Соглашение и подписывается представителями Сторон, находящихся в конфликте. Это Соглашение установит начало и продолжительность нейтрализации этой зоны.

Статья 16

Раненые и больные, а также инвалиды и беременные женщины будут пользоваться особым покровительством и защитой. Поскольку это позволят военные требования, каждая находящаяся в конфликте Сторона будет содействовать мероприятиям по розыску убитых и раненых, по оказанию помощи потерпевшим кораблекрушение и прочим лицам, подвергающимся серьезной опасности, а также по их ограждению от ограбления и дурного обращения.

Статья 17

Находящиеся в конфликте Стороны постараются заключить местные соглашения об эвакуации из осажденной или окруженной зоны раненых и больных, инвалидов, престарелых, детей и рожениц и о пропуске в эту зону служителей культа всех вероисповеданий, санитарного персонала и санитарного имущества.

Статья 18

Гражданские больницы, организованные для оказания помощи раненым, больным, инвалидам и роженицам, не могут ни при каких обстоятельствах быть объектом нападения, но будут во всякое время пользоваться уважением и покровительством со стороны находящихся в конфликте Сторон.

Государства, являющиеся Сторонами, находящимися в конфликте, снабдят все гражданские больницы удостоверениями, в которых будет указано, что они являются гражданскими больницами и что занимаемые ими здания не используются для каких-либо целей, которые могли бы лишить эти больницы покровительства в соответствии со статьей 19.

Гражданские больницы с разрешения государства будут обозначаться эмблемой, предусмотренной в статье 38 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. Находящиеся в конфликте Стороны примут, насколько это позволят военные требования, необходимые меры для того, чтобы отличительные эмблемы, обозначающие гражданские больницы, были отчетливо видны сухопутным, воздушным и морским неприятельским силам, дабы устранить возможность всякого агрессивного действия.

Ввиду опасности, которой могут подвергаться больницы вследствие их близости к военным объектам, рекомендуется, чтобы эти больницы располагались по возможности дальше от таких объектов.

Статья 19

Покровительство, на которое имеют право гражданские больницы, может прекратиться лишь в том случае, если они используются не только для их гуманитарных целей, но и для совершения действий, направленных против неприятеля. Покровительство, однако, прекращается только после соответствующего предупреждения во всех необходимых случаях, устанавливающего разумный срок и не давшего результатов. Не будет рассматриваться как действие, направленное против неприятеля, факт лечения в этих больницах раненых или больных военнослужащих или наличие в них личного оружия и боевых припасов, снятых с этих военнослужащих и не сданных еще соответствующему органу.

Статья 20

Лица, занимающиеся систематически и исключительно обслуживанием и администрацией гражданских больниц, включая персонал, предназначенный для розыска, подбирания, транспортировки и лечения раненых и больных гражданских лиц, инвалидов и рожениц, должны пользоваться уважением и покровительством.

На оккупированной территории и в зонах военных действий вышеуказанный персонал должен опознаваться при помощи удостоверений личности, удостоверяющих его статус, с фотокарточкой владельца и рельефной печатью ответственных властей, а также при исполнении служебных обязанностей при помощи проштемпелеванной, не портящейся от влаги повязки, носимой на левой руке. Эта повязка будет выдаваться государством и будет снабжена эмблемой, предусмотренной в статье 38 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях.

Любой другой персонал, который занимается обслуживанием и администрацией гражданских больниц, будет иметь право на уважение и покровительство и на ношение нарукавной повязки, как это предусмотрено выше, и в соответствии с условиями, предписываемыми в настоящей статье, до тех пор, пока они используются для выполнения таких обязанностей. В принадлежащем им удостоверении личности следует указывать обязанности, которые они выполняют. Администрация каждой гражданской больницы должна постоянно держать для надлежащих национальных или оккупационных властей список имеющегося в данный момент персонала больницы.

Статья 21

Транспортировка раненых и больных гражданских лиц, инвалидов и рожениц, осуществляемая на суше транспортными колоннами и санитарными поездами или на море судами, предназначенными для такой транспортировки, должна пользоваться таким же уважением и покровительством, как и больницы, указанные в статье 18, и транспортные средства должны с согласия государства быть обозначены отличительной эмблемой, предусмотренной в статье 38 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях.

Статья 22

Летательные аппараты, применяющиеся исключительно для перевозки раненых и больных гражданских лиц, инвалидов и рожениц или для перевозки санитарного персонала и имущества, не должны подвергаться нападению, но должны уважаться в том случае, если они будут летать на высоте, вовремя и по маршрутам, специально предусмотренным соглашениями между заинтересованными Сторонами, находящимися в конфликте. Они могут обозначаться отличительной эмблемой, предусмотренной в статье 38 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. Кроме случаев соглашений иного характера, полет над неприятельской или занятой неприятелем территорией воспрещается. Такие летательные аппараты должны подчиняться всякому требованию о спуске. В случае приземления по требованию летательный аппарат со своими пассажирами сможет продолжать свой полет после осмотра, если таковой будет иметь место.

Статья 23

Каждая Договаривающаяся Сторона будет предоставлять свободный пропуск всех посылок с медицинскими и санитарными материалами, а

также предметами, необходимыми для религиозных культов, предназначенных только для гражданского населения другой Договаривающейся Стороны, даже если последняя является неприятелем. Она также разрешит свободный пропуск всех посылок с необходимыми продуктами питания, носильными вещами и укрепляющими средствами, предназначенными для детей до 15 лет, беременных женщин и рожениц.

Обязательство Договаривающейся Стороны предоставлять свободный пропуск всех посылок, указанных в предыдущем абзаце, зависит от условия, что данная Сторона удостоверилась в том, что не имеется серьезных причин для опасения:

- а) что посылки могут попасть не по своему назначению или
- б) что контроль может быть неэффективным или
- с) что они могут определенным образом способствовать успеху военных усилий или экономики противника, замещая собой товары, которые в ином случае противник должен был бы обеспечить или производить, или высвобождая сырье, материалы и рабочую силу, необходимые для производства этих товаров.

Держава, разрешающая пропуск посылок, указанных в первом абзаце настоящей статьи, может поставить условием для такого разрешения, чтобы раздача получателям производилась под местным контролем держав - покровительниц. Пересылка этих посылок должна производиться как можно быстрее, и держава, разрешающая их свободный пропуск, должна иметь право устанавливать технические условия, при которых он разрешается.

Статья 24

Находящиеся в конфликте Стороны будут принимать необходимые меры, чтобы дети до 15 лет, осиротевшие или разлученные со своими семьями вследствие войны, не были предоставлены самим себе и чтобы облегчить при всех обстоятельствах их содержание, выполнение обязанностей, связанных с их религией, и их воспитание. Их воспитание, если это возможно, будет поручено людям тех же культурных традиций.

Находящиеся в конфликте Стороны будут способствовать приему этих детей в нейтральной стране на время конфликта с согласия державы - покровительницы, если таковая имеется, и при гарантии того, что будут соблюдаться принципы, изложенные в первом абзаце.

Кроме того, они будут стараться принимать необходимые меры, чтобы личность всех детей до 12 лет могла быть установлена путем ношения опознавательного медальона или любым другим способом.

Статья 25

Каждое лицо, находящееся на территории состоящей в конфликте Стороны или на оккупированной ею территории, сможет сообщать членам своей семьи, где бы они ни находились, а также получать от них сведения чисто семейного характера. Эта переписка должна будет пересылаться быстро и без промедления, не вызываемого необходимостью.

Если вследствие сложившихся обстоятельств обмен семейной перепиской обычным путем по почте затруднен или невозможен, находящиеся в конфликте заинтересованные Стороны обращаются к нейтральному посреднику, как, например, к Центральному агентству, предусмотренному в статье 140, чтобы определить с ним, каким образом обеспечить выполнение своих обязанностей в наилучших условиях, в частности, с помощью национальных обществ Красного Креста (Красного Полумесяца, Красного Льва и Солнца).

Если находящиеся в конфликте Стороны найдут необходимым ограничить семейную переписку, такие ограничения будут сводиться лишь к обязательному применению стандартных бланков, на которых можно написать 25 слов любого текста и ограничить посылку таких бланков до одного в месяц.

Статья 26

Каждая из находящихся в конфликте Сторон будет облегчать розыск, производящийся членами разрозненных войной семей с целью установления связи друг с другом, и, если это возможно, способствовать их соединению. Она, в частности, будет поддерживать деятельность организаций, которые посвящают себя этому делу, в том случае, если они приемлемы для этой державы и подчиняются мерам безопасности, принятым ею.

Раздел III. Статус покровительствуемых лиц и обращение с ними часть I положения, общие для территорий сторон, находящихся в конфликте, и для оккупированных территорий

Статья 27

Покровительствуемые лица имеют право при любых обстоятельствах на уважение к их личности, чести, семейным правам, религиозным убеждениям и обрядам, привычкам и обычаям. С ними будут всегда обращаться

гуманно, и, в частности, они будут охраняться от любых актов насилия или запугивания, от оскорблений и любопытства толпы. Женщины будут специально охраняться от всяких покушений на их честь и, в частности, от изнасилования, принуждения к проституции или любой другой формы покушений на их нравственность.

С учетом положений, касающихся состояния здоровья, возраста и пола, состоящая в конфликте Сторона, во власти которой находятся покровительствуемые лица, будет со всеми ими обращаться одинаково, без какой-либо дискриминации, в частности, по причинам расы, религии или политических убеждений.

Однако в отношении этих лиц Стороны, находящиеся в конфликте, могут принимать такие меры контроля или меры обеспечения безопасности, которые могут оказаться необходимыми вследствие войны.

***Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, 1977*²⁵⁷**

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I). Женева, 8 июня 1977 года

Часть I. Общие положения

Статья 1. Общие принципы и сфера применения

1. Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются соблюдать настоящий Протокол и обеспечивать его соблюдение при любых обстоятельствах.

2. В случаях, не предусмотренных настоящим Протоколом или другими международными соглашениями, гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания.

4. Стороны, находящиеся в конфликте, обеспечивают защиту поставок помощи и содействуют их быстрому распределению.

5. Стороны, находящиеся в конфликте, и каждая заинтересованная Высокая Договаривающаяся Сторона поощряют эффективную междуна-

²⁵⁷ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1125 U.N.T.S. 3, вступил в силу 7 декабря 1978.

родную координацию операций по оказанию помощи, упоминаемых в пункте 1, и содействуют ей.

Статья 71. Персонал, участвующий в операциях по оказанию помощи

1. В случае необходимости выделение персонала для содействия проведению операций по оказанию по мощи, особенно для транспортировки и распределения поставок помощи, может составлять часть этих операций; на участие такого персонала в операциях по оказанию помощи должно быть получено согласие стороны, на территории которой он будет выполнять свои обязанности.

2. Такой персонал пользуется уважением и защитой.

3. Каждая сторона, получающая поставки помощи, в максимально практически возможной степени помогает упомянутому в пункте 1 персоналу в выполнении его миссии по оказанию помощи. Только в случае настоятельной военной необходимости деятельность такого персонала и его передвижения могут быть временно ограничены.

4. Ни при каких обстоятельствах персонал для проведения операций по оказанию помощи не должен выходить за рамки своей миссии в соответствии с настоящим Протоколом. В частности, он должен принимать во внимание требования безопасности стороны, на чьей территории он выполняет свои обязанности. Деятельность любого лица, входящего в состав данного персонала, которое не соблюдает эти условия, может быть прекращена.

Раздел III. Обращение с лицами, находящимися во власти стороны, находящейся в конфликте

Глава I. Сфера применения и защита лиц и объектов

Статья 72. Сфера применения

Положения, содержащиеся в данном Разделе, являются дополнением к нормам, касающимся гуманитарной защиты гражданских лиц и гражданских объектов, находящихся во власти стороны, участвующей в конфликте, которые содержатся в Четвертой конвенции, в частности, ее Частях I и III, а также к другим применяемым нормам международного права, относящимся к защите основных прав человека в период международных вооруженных конфликтов.

Статья 73. Беженцы и апатриды

Лица, которые до начала военных действий рассматривались как апатриды или беженцы, согласно соответствующим международным актам, принятым заинтересованными сторонами, или национальному законодательству государства, предоставившего убежище, или государства проживания, являются лицами, пользующимися защитой по смыслу Частей I и III Четвертой конвенции, при всех обстоятельствах и без какого-либо неблагоприятного различия.

Статья 74. Воссоединение разъединенных семей

Высокие Договаривающиеся Стороны и стороны, находящиеся в конфликте, любыми возможными путями способствуют воссоединению семей, разъединенных в результате вооруженных конфликтов, и, в частности, поощряют работу гуманитарных организаций, выполняющих эту задачу, в соответствии с положениями Конвенций и настоящего Протокола и согласно их соответствующим правилам безопасности.

Статья 75. Основные гарантии

1. В той мере, в которой их затрагивает ситуация, указанная в статье 1 настоящего Протокола, с лицами, находящимися во власти стороны, участвующей в конфликте, и не пользующимися более благоприятным обращением в соответствии с Конвенциями или в соответствии с настоящим Протоколом, при всех обстоятельствах обращаются гуманно, и они, как минимум, пользуются защитой, предусмотриваемой в настоящей статье, без какого-либо неблагоприятного различия, основанного на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии или вероисповедания, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного статуса, или на каких-либо других подобных критериях. Каждая сторона должна с уважением относиться к личности, чести, убеждениям и религиозным обрядам всех таких лиц.

2. Запрещаются и будут оставаться запрещенными в любое время и в любом месте следующие действия, независимо от того, совершают ли их представители гражданских или военных органов:

а) насилие над жизнью, здоровьем и физическим или психическим состоянием лиц, в частности:

- i) убийство;
- ii) пытки всех видов, будь то физические или психические;

iii) телесные наказания; и

iv) увечья;

b) надругательство над человеческим достоинством, в частности, унижительное и оскорбительное обращение, принуждение к проституции или непристойное посягательство в любой его форме;

c) взятие заложников;

d) коллективные наказания; и

e) угрозы совершить любое из вышеуказанных действий.

3. Любое лицо, подвергшееся аресту, задержанию или интернированию за действия, связанные с вооруженным конфликтом, должно быть без промедления информировано на понятном ему языке о причинах принятия таких мер. За исключением случаев ареста или задержания за уголовные правонарушения, такие лица должны быть освобождены в кратчайший срок и в любом случае, как только обстоятельства, оправдывающие арест, задержание или интернирование, прекратили свое существование.

4. Лицу, признанному виновным в совершении уголовного правонарушения, связанного с вооруженным конфликтом, не может быть вынесен никакой приговор, и оно не может быть подвергнуто никакому наказанию, кроме как по постановлению беспристрастного и соответствующим образом учрежденного суда, соблюдающего общепризнанные принципы обычного судопроизводства, которые включают следующее:

a) процедура должна предусматривать, чтобы обвиняемый был без промедления информирован о деталях правонарушения, вменяемого ему в вину, и предоставлять обвиняемому до и во время суда все необходимые права и средства защиты;

b) ни одно лицо не может быть осуждено за правонарушение, кроме как на основе личной уголовной ответственности;

c) ни одно лицо не может быть обвинено в совершении уголовного правонарушения или осуждено за него на основании любого действия или упущения, которые не представляли собой уголовное правонарушение в соответствии с нормами национального законодательства или международного права, действие которых распространялось на это лицо во время совершения такого действия или упущения; равным образом не может налагаться более суровое нака-

зание, чем то, которое было применено в то время, когда было совершено данное уголовное правонарушение; если, после совершения правонарушения, законом устанавливается более легкое наказание, то действие этого закона распространяется и на данного правонарушителя;

- d) каждый, кому предъявляется обвинение в правонарушении, считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана по закону;
- e) каждый, кому предъявляется обвинение в правонарушении, имеет право на судебное рассмотрение в его присутствии;
- f) ни одно лицо не может быть принуждено к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным;
- g) каждый, кому предъявляется обвинение в правонарушении, имеет право допрашивать свидетелей, дающих показания против него, или требовать, чтобы эти свидетели были допрошены, а также право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, дающих показания против него;
- h) ни одно лицо не должно преследоваться или наказываться той же стороной за правонарушение, за которое в соответствии с тем же законом и судебной процедурой данному лицу ранее уже был вынесен окончательный приговор, оправдывающий или осуждающий его;
- i) каждый, преследуемый в судебном порядке за правонарушение, имеет право на то, чтобы приговор суда был оглашен публично; и
- j) при вынесении приговора осужденному должно быть сообщено о его праве на обжалование в судебном или ином порядке, а также о сроке, в течение которого он может воспользоваться этим правом.

5. Женщины, свобода которых ограничивается по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, содержатся в помещениях, отделенных от помещений для мужчин. Они находятся под непосредственным надзором женщин. Однако в случаях когда задержанию или интернированию подвергаются семьи, их, по возможности, размещают в одном и том же месте и содержат как отдельные семьи.

6. Лица, подвергающиеся аресту, задержанию или интернированию по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, пользуются защитой, предусмотренной данной статьей, до их окончательного освобождения, репатриации или устройства даже по окончании вооруженного конфликта.

7. Во избежание любого сомнения в отношении преследования лиц, обвиняемых в военных преступлениях или в преступлениях против человечества и суда над ними, применяются следующие принципы:

- а) лица, обвиняемые в таких преступлениях, должны преследоваться и предаваться суду в соответствии с применяемыми нормами международного права; и
- б) любые такие лица, которые не пользуются более благоприятным обращением в соответствии с Конвенциями или согласно настоящему Протоколу, пользуются обращением, предусмотренным настоящей статьей, независимо от того, являются ли или не являются преступления, в которых они обвиняются, серьезными нарушениями Конвенций или настоящего Протокола.

8. Ни одно из положений настоящей статьи не может быть истолковано как ограничивающее или ущемляющее любое другое более благоприятное положение, предоставляющее лицам, о которых говорится в пункте 1, большую защиту в соответствии с любыми применяемыми нормами международного права.

Глава II. Меры по защите женщин и детей

Статья 76. Защита женщин

1. Женщины пользуются особым уважением, и им обеспечивается защита, в частности, от изнасилования, принуждения к проституции и любых других форм непристойных посягательств.

2. Дела беременных женщин и матерей малолетних детей, от которых такие дети зависят, которые подвергаются аресту, задержанию или интернированию по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, рассматриваются в первоочередном порядке.

3. В максимально возможной степени стороны, находящиеся в конфликте, стремятся избегать вынесения смертного приговора за правонарушения, связанные с вооруженным конфликтом, в отношении беременных женщин или матерей малолетних детей, от которых такие дети зависят. Смертный приговор за такие правонарушения не приводится в исполнение в отношении таких женщин.

Статья 77. Меры по защите детей

1. Дети пользуются особым уважением, и им обеспечивается защита от любого рода непристойных посягательств. Стороны, находящиеся в конфликте, обеспечивают им защиту и помощь, которые им требуются ввиду их возраста или по любой другой причине.

2. Стороны, находящиеся в конфликте, предпринимают все практически возможные меры для того, чтобы дети, не достигшие пятнадцатилетнего возраста, не принимали непосредственного участия в военных действиях, и, в частности, стороны воздерживаются от вербовки их в свои вооруженные силы. При вербовке из числа лиц, достигших пятнадцатилетнего возраста, но которым еще не исполнилось восемнадцати лет, стороны, участвующие в конфликте, стремятся отдавать предпочтение лицам более старшего возраста.

3. Если, в исключительных случаях, вопреки положениям пункта 2, дети, не достигшие пятнадцатилетнего возраста, принимают непосредственное участие в военных действиях и попадают во власть противной стороны, они продолжают пользоваться особой защитой, предоставляемой настоящей статьей, независимо от того, являются ли они военнопленными или нет.

4. В случае ареста, задержания или интернирования по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, дети содержатся в помещениях, отделенных от помещений для взрослых, кроме тех случаев, когда семьи размещаются по отдельности, как это предусмотрено статьей 75 пункт 5.

5. Смертный приговор за правонарушение, связанное с вооруженным конфликтом, не приводится в исполнение в отношении лиц, не достигших восемнадцатилетнего возраста в то время, когда это правонарушение было совершено.

Статья 78. Эвакуация детей

1. Ни одна сторона, находящаяся в конфликте, не принимает мер по эвакуации детей, кроме как своих собственных граждан, в иностранное государство, за исключением случаев, когда речь идет о временной эвакуации, необходимой по неотложным причинам, связанным с состоянием здоровья или с лечением детей или, если они не находятся на оккупированной территории, с их безопасностью. В случае, если могут быть найдены родители или законные опекуны, требуется их письменное согласие на такую эвакуацию. Если такие лица не могут быть найдены, требуется письменное согласие на такую эвакуацию от лиц, которые по закону или обычаю несут главную ответственность за попечение над детьми. Любая

такая эвакуация проводится под наблюдением Державы-Покровительницы по согласованию с заинтересованными сторонами, то есть со стороной, осуществляющей эвакуацию, стороной, принимающей детей, и любыми сторонами, граждане которых эвакуируются. В каждом случае все стороны, находящиеся в конфликте, принимают все практически возможные меры предосторожности с целью избежать создания угрозы для эвакуации.

Глава III. Журналисты

Статья 79. Меры по защите журналистов

1. Журналисты, находящиеся в опасных профессиональных командировках в районах вооруженного конфликта, рассматриваются как гражданские лица в значении статьи 50, пункт 1.

2. Как таковые, они пользуются защитой в соответствии с Конвенциями и настоящим Протоколом при условии, что они не совершают никаких действий, несовместимых с их статусом гражданских лиц, и без ущерба праву военных корреспондентов, аккредитованных при вооруженных силах, на статус, предусмотренный статьей 4 (А.4) Третьей конвенции.

3. Они могут получать удостоверение личности согласно образцу, который приводится в Приложении II к настоящему Протоколу. Это удостоверение, выдаваемое правительством государства, гражданином которого является журналист, или на территории которого он постоянно проживает, или в котором находится информационное агентство, в котором он работает, удостоверяет статус его предьявителя как журналиста.

Доклад Генерального секретаря ООН о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте²⁵⁸

I. К культуре защиты [...]

2. [...] По-прежнему самыми привычными отличительными чертами военных действий являются вербовка и использование детей-солдат, распространение стрелкового оружия, неразборчивое применение наземных мин, крупномасштабные насильственные переселения и этническая чистка, целенаправленные действия против женщин и детей, отказ даже в самых элементарных правах человека и широко распространенная безнаказанность за совершенные злодеяния. Еще одной постыдной характеристикой сегодняшних конфликтов стало растущее число угроз для жизни набранного на местной и международной основе персонала

²⁵⁸ ООН, S/2001/331, 30 марта 2001, данный отчет, так же как и другие доступны на www.un.org.

международных организаций и других групп, занимающихся оказанием помощи.

3. Поэтому общий контекст этой темы вполне ясен: по мере распространения внутренних вооруженных конфликтов гражданские лица становятся их главными жертвами. Сейчас принято говорить, что за последние десятилетия число гражданских лиц среди жертв войны резко возросло и составляет примерно 75 процентов, а в ряде случаев даже больше. Я говорю «принято», поскольку правда состоит в том, что этого никто не знает. Учреждения, занимающиеся оказанием помощи, вполне правильно направляют свои ресурсы на оказание помощи живым, а не на подсчет мертвых. Армии подсчитывают свои потери, но нет ни одного учреждения, уполномоченного вести учет убитых гражданских лиц. Жертвы сегодняшних жестоких конфликтов не просто безымянны - они неисчислимы. В определенной степени это можно объяснить изменениями в характере конфликта. Уменьшение числа межгосударственных войн, которые ведутся регулярными армиями, сопровождается увеличением числа внутрисосударственных войн, которые ведут иррегулярные силы. Кроме того и это особенно характерно для конфликтов с определенным элементом этнической или религиозной ненависти, - затронутые гражданские лица, как правило, являются не случайными жертвами этих новых иррегулярных сил - они являются их главной целью.

4. В сентябре 2000 года все государства - члены Организации в Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций (резолюция 55/2 Генеральной Ассамблеи) обязались расширять и укреплять деятельность по защите гражданского населения в сложных чрезвычайных ситуациях в соответствии с международным гуманитарным правом. Увы, точно так же как государства-члены слишком часто не обращали внимания на катастрофические последствия современных боевых действий для гражданского населения, Организация Объединенных Наций зачастую была не в состоянии адекватно отреагировать на их потребности в плане защиты и помощи. Сейчас я надеюсь на то, что можно будет перейти от анализа наших прошлых неудач к установлению тех методов, с помощью которых можно укрепить международную систему, с тем чтобы содействовать удовлетворению растущих потребностей гражданских лиц в ходе войны. В настоящем докладе я хочу сосредоточить внимание на тех дополнительных шагах, которые государства-члены должны сделать для усиления своего собственного потенциала по более эффективной защите гражданских жертв войны, и на тех инициативах, которые Совет Безопасности и другие органы Организации Объединенных Наций могут предпринять в дополнение к этим усилиям. [...]

Доклад генерального секретаря о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте²⁵⁹

III. Пять основных проблем

26. В конечном счете, сохраняющаяся потребность в усилении защиты гражданского населения проистекает из, в основном и в равной степени, по-прежнему присутствующего реального положения, когда стороны конфликта не соблюдают в полной мере свои юридические обязательства, касающиеся защиты гражданского населения. Этот факт обуславливает необходимость усиления приверженности и принятия целенаправленных мер в деле решения следующих основных задач: повышение степени соблюдения норм международного права; повышение степени соблюдения правовых норм негосударственными вооруженными группировками; усиление защиты благодаря более эффективному и обеспеченному финансовыми ресурсами миссиям Организации Объединенных Наций по поддержанию мира и другим соответствующим миссиям; расширение гуманитарного доступа; и усиление ответственности за нарушения.

A. Повышение степени соблюдения

27. Определяющая черта большинства, если не всех, современных конфликтов заключается в том, что стороны не могут соблюдать и обеспечивать соблюдение своих юридических обязательств по защите гражданских лиц и избавлять их от страданий в результате боевых действий. ...

28. Необходимо постоянно заниматься недопущением того, чтобы гражданское население испытывало на себе последствия боевых действий. Для этого, в частности, необходимо, чтобы стороны конфликта строго соблюдали нормы международного гуманитарного права и, в частности, принципы избирательности и соразмерности, а также требование относительно принятия всех возможных мер предосторожности во время нападений и отражения нападений. Никогда нарушения этих норм одной стороной конфликта не оправдывают их нарушения другими сторонами.

[...]

33. Я хотел бы напомнить всем сторонам конфликта о том, что они обязаны scrupulously соблюдать соответствующие нормы и обеспечивать их соблюдение. Кроме того, я настоятельно призываю рассмотреть вопрос о практических шагах, которые могут быть предприняты для того, чтобы гражданские лица не страдали от боевых действий, и в некоторых ситуациях этому процессу могли бы содействовать более активные дискуссии с

²⁵⁹ ООН, S/2009/277, 29 мая 2009; доступно на сайте www.un.org.

местным населением и их лидерами, представителями гражданских органов власти, гражданского общества или гуманитарными организациями.

...

37. Совет Безопасности также призван сыграть чрезвычайно важную роль в содействии соблюдению на систематической основе норм права. В частности, Совету следует:

а) использовать все имеющиеся возможности для осуждения нарушений без каких-либо исключений и напоминать сторонам об их обязательствах и требовать их соблюдения;

б) публично предупреждать о возможном применении, а, в случае необходимости, применять целенаправленные меры в отношении руководителей сторон, которые постоянно игнорируют требования Совета Безопасности и регулярно нарушают свои обязательства по защите гражданских лиц;

в) систематически требовать представления докладов о нарушениях и рассматривать вопрос о наделении полномочиями комиссий по расследованию и рассмотрению ситуаций, вызывающих озабоченность с точки зрения серьезных нарушений норм международного гуманитарного права и стандартов в области прав человека, в том числе - в целях определения виновных и привлечения их к ответственности на национальном уровне или передачи соответствующей ситуации на рассмотрение Международного уголовного суда.

Б. Повышение степени соблюдения норм права негосударственными вооруженными группировками.

См. также Часть I Глава 12 Закон Номера для международных вооруженных конфликтов VIII. Кто обязан соблюдать закон немеждународных вооруженных конфликтов?

38. Помимо увеличения числа вооруженных конфликтов немеждународного характера, во время которых государства борются с негосударственными вооруженными группировками или в которых две или более таких группировок воюют друг с другом, общая характерная черта современных конфликтов заключается в увеличении числа и фрагментаций таких группировок. Они имеют самые различные названия и руководствуются разными мотивами и степенью готовности соблюдать нормы международного гуманитарного права и стандарты в области прав человека.

39. Вооруженные группировки связаны нормами международного гуманитарного права и должны воздерживаться от совершения деяний,

которые препятствовали бы реализации прав человека. Что касается некоторых группировок, то нападения и другие нарушения в отношении гражданского населения носят умышленный характер и имеют своей целью максимальное увеличение числа жертв и дестабилизацию общества. Другие могут быть в меньшей степени склонны к преднамеренным нападениям на гражданское население, однако их действия все равно неблагоприятно влияют на безопасность гражданских лиц. Нам срочно необходимо выработать общий подход в целях обеспечения того, чтобы все эти группы в большей степени соблюдали нормы права, включая принятие мер в диапазоне от вовлеченности до принуждения к соблюдению.

40. Как указывается в общей статье 3 Женевских конвенций и в Дополнительном протоколе II к ним, применение норм международного гуманитарного права не влияет на статус негосударственных сторон в конфликте. С тем чтобы гражданское население не страдало от боевых действий, получение доступа к нуждающимся группам и обеспечение того, чтобы сотрудники гуманитарных организаций могли функционировать в безопасных условиях, представители гуманитарных организаций должны вести постоянный и стабильный диалог со всеми сторонами конфликта, будь то государства или негосударственные субъекты. Более того, хотя вовлечение в диалог с негосударственными вооруженными группами не всегда позволяет повысить степень защиты, отсутствие систематического диалога почти наверняка приведет к увеличению, а не уменьшению жертв среди гражданского населения в условиях современных конфликтов.

41. Обширный опыт МККК по работе с вооруженными группами, а также опыт подразделений Организации Объединенных Наций и различных неправительственных организаций доказал возможные преимущества диалога по вопросам защиты. Вовлеченность может принимать форму распространения информации о международном гуманитарном праве и стандартах в области прав человека и подготовки кадров по этим вопросам. Следует делать особый упор на стимулах для вооруженных групп в плане соблюдения норм права, включая повышение степени вероятности взаимного соблюдения норм права противоборствующими сторонами.

42. С учетом того, что вооруженные группы имеют юридические обязательства, вовлеченность может основываться на таких мерах, как принятие кодексов поведения, односторонних заявлений и специальных соглашений, как это предусматривается международным гуманитарным правом, посредством которых группы будут в явно выраженной форме брать на себя обязательства по соблюдению своих обязанностей или давать обещания не выходить за рамки того, что требуется нормами права.

Такие документы были заключены в нескольких контекстах, включая Колумбию, Либерию, Непал, Филиппины, Сьерра-Леоне, Шри-Ланку, Судан и бывшую Югославию. Факт их заключения может послужить четким сигналом для членов групп и привести к принятию надлежащих внутренних дисциплинарных мер. Они также могут стать важной основой для последующих мероприятий. Однако чрезвычайно важно, чтобы такие документы, а также обязательства и принципы, зафиксированные в них, были трансформированы в конкретные распоряжения и доведены до сведения членов групп.

43. В число других инициатив входят инициативы моего Специального представителя по вопросу о детях и вооруженных конфликтах, касающиеся прекращения практики вербовки и использования детей вооруженными группами. Другим конкретным и успешным примером является Женевский призыв к действиям, который призван положить конец применению противопехотных мин вооруженными группами. До настоящего времени 38 групп подписались под этим соглашением и по большей части воздерживались от применения противопехотных мин, сотрудничали в плане разминирования в областях, находящихся под их контролем, и уничтожали запасы.

44. Сами государства-участники могут содействовать обеспечению соблюдения норм права вооруженными группами. Члены таких вооруженных группировок имеют незначительные правовые стимулы для соблюдения норм международного гуманитарного права, если они будут сталкиваться с возможностью привлечения на внутригосударственном уровне к уголовной ответственности просто за сам факт их участия в вооруженном конфликте немеждународного характера, независимо от того, соблюдали ли они нормы права или нет. Объявление амнистии в случае простого участия в боевых действиях, но не в отношении совершения какого-либо военного преступления или серьезных нарушений стандартов в области прав человека, которые могли быть совершены, как это предусматривается в Дополнительном протоколе II к Женевским конвенциям, может в некоторых случаях содействовать обеспечению необходимых стимулов.

45. В качестве абсолютного минимума чрезвычайно важно, чтобы государства-члены поддерживали или, по крайней мере, не препятствовали усилиям, предпринимаемым гуманитарными организациями и направленными на вовлечение в диалог вооруженных групп, в целях содействия повышению степени защиты гражданских лиц даже тех групп, которые поставлены вне закона в силу некоторых законодательных национальных

актов. Вовлечение в диалог посредством подготовки кадров или заключения специальных соглашений может стать исходным пунктом для диалога по более конкретным проблемам, таким, как гуманитарный доступ, защита сотрудников гуманитарных организаций и борьба с насилием на сексуальной почве. Особую актуальность для Совета имеет тот факт, что диалог также может в некоторых случаях содействовать укреплению доверия между сторонами, что может со временем привести к прекращению боевых действий и восстановлению мира и безопасности.

46. Будут времена, когда такая вовлеченность окажется бесполезной. Однако ее не следует сразу отменить. Вооруженные группы не являются монолитными. В них можно проникать, например, с помощью местного населения, и в них могут существовать члены, которые могут быть весьма предрасположены к диалогу. Однако, когда такие усилия терпят провал, следует рассматривать альтернативы, в том числе применение мер, указанных в пункте 37 выше, а именно, систематическое осуждение нарушений, совершаемых вооруженными группами, и требования соблюдать нормы права в сочетании с применением адресных мер.

47. В качестве одного из первых шагов на пути к выработке более всеобъемлющего подхода к вооруженным группировкам, видимо, было бы целесообразным созывать встречи по формуле Аррии для обсуждения опыта подразделений Организации Объединенных Наций и неправительственных организаций в работе с вооруженными группировками и для определения дополнительных мер, которые Совет Безопасности и государства-члены могли бы принимать для повышения степени соблюдения.

В. Защита гражданских лиц и миротворческие и иные соответствующие миссии Организации Объединенных Наций

52. [М]андат на «защиту гражданских лиц» в рамках миротворческих операций по-прежнему остается неопределенным как в качестве военной задачи, так и общемиссионской задачи. Каждая миссия толкует свой мандат по вопросам защиты с точки зрения того, что она в лучшем случае может сделать в конкретном контексте. Некоторые миссии, такие, как Смешанная операция Африканского союза-Организации Объединенных Наций в Дарфуре (ЮНАМИД) и МООНДРК, разработали с этой целью указания для военнослужащих или распоряжения для миссии в целом. Разумеется, что руководители миссий и командующие силами должны иметь возможность толковать положения мандата с учетом конкретных обстоятельств. Однако это должно осуществляться в рамках более широкой политики, которая включает четкие указания относительно возможных направлений деятельности, в том числе ситуации, когда во-

оруженные силы принимающего государства сами совершают нарушения в отношении гражданских лиц, а также включает ориентировочные задачи и необходимый потенциал для их реализации.

53. Защита гражданских лиц не является исключительно военной задачей. Все компоненты миссии, включая такие компоненты, как полиция, гуманитарные вопросы, права человека, защита детей, разминирование, гендерные вопросы, политические и гражданские вопросы, публичная информация, верховенство права и реформа сектора безопасности, могут и должны содействовать реализации мандата миссии в области защиты. С этой целью все большее число миссий начинают разрабатывать всеохватные и учитывающие конкретную проблематику стратегии и планы действий в области защиты в консультации со специальными представителями Генерального секретаря, командующими силами, гуманитарными страновыми группами, правительствами принимающих стран и общинами. Это позитивное явление, и все миссии следует стимулировать к разработке таких всеохватных стратегий, установлению приоритетов, разработке мероприятий и определению четких ролей и обязанностей.

***Прокурор против Кунарача, Ковача и Вуковича,
Международный уголовный трибунал по бывшей
Югославии, 2002***²⁶⁰

Апелляционная палата [...]

Решение от 12 июня 2002

Апелляционная палата Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенных на территории бывшей Югославии с 1991 года, который ответственен за процессы обжалования судебных решений от 22 февраля 2001 года в деле «Прокурор против Драголюбa Кунарача, Радомира Ковача и Зорана Вуковича»,

Рассмотрев письменные и устные заявления сторон,

Настоящим выносит свое решение. [...]

В. Выводы Апелляционной палаты

²⁶⁰ Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, Прокурор против Драголюбa Кунарача, Радомира Ковача и Зорана Вуковича, IT-96-23 и IT-96-23/1, Апелляционная палата, Решение от 12 июня 2002 года, цитаты опущены.

1. Осуждение

32. Апелляционная палата считает, что она не в состоянии выделить какую-либо ошибку в оценке Судебной камеры по доказательствам или в своих выводах по отношению к любому из оснований для подачи апелляции ...

123. [...] Рабство может существовать и без пыток. Рабы могут быть сыты, хорошо одеты, и удобно размещены, но они все еще рабы, если без законного процесса они лишены свободы силовыми методами. Мы могли бы уничтожить все доказательства жестокого обращения, игнорировать голод, побои и другие варварские акты, но необходимость признания факта рабства - принудительный некомпенсированный труд - все равно останется. Не существует такого понятия, как доброжелательное рабство. Подневольное состояние, даже при гуманном обращении, остается по-прежнему рабством. Этот отрывок говорит о рабстве, но это относится и к порабощению.

124. По вышеизложенным причинам Апелляционная палата считает, что определение Судебной палаты преступления порабощения в узком смысле отражает обычное международное право в то время, когда предполагаемые преступления были совершены. Утверждение заявителей, таким образом, отвергается; апелляция, связанная с определением преступления порабощения не удовлетворяется.

Б. Определение преступления изнасилования [...]

2. Обсуждение

127. После обширного обзора судебной практики Трибунала и национальных законов нескольких юрисдикций, Судебная палата делает вывод:

«actus reus» преступления изнасилования в международном праве составляют: сексуальное проникновение, даже самое незначительное в органы: (а) влагалища или ануса жертвы пенисом исполнителя или любым другим объектом, используемым виновным, или (б) в рот жертвы пенисом виновного, если такое сексуальное проникновение происходит без согласия жертвы. Согласие на эти цели должно быть добровольным, в результате свободного волеизъявления жертвы, и оценивается в контексте сопутствующих обстоятельств. Субъективная сторона - это намерение осуществить это сексуальное проникновение, и, знание о том, что это происходит без согласия жертвы.

128. Апелляционная палата согласна с определением Судебной палаты в отношении изнасилования. Тем не менее, Апелляционная палата

считает, что следует подчеркнуть два момента. Во-первых, он отвергает позицию заявителей о требовании «сопротивления», так как это не имеет никакой основы в обычном международном праве. Утверждение заявителя о сопротивлении, которое обеспечивает надлежащее уведомление преступника о том, что его ухаживания являются нежелательными являются незаконными и абсурдными.

129. Во-вторых, что касается роли определения изнасилования, Апелляционная палата отмечает, что Судебная палата отошла от предварительного определения Трибунала в отношении изнасилования. Внимание сосредоточено на силе как определяющей характеристике изнасилований. В рамках этой логики, сила или угроза силой сводит на нет возможность сопротивления с помощью физического насилия или оказывается настолько принудительным, что согласие невозможно. Тем не менее, объясняя свое внимание на отсутствие согласия, как неперемного условия изнасилования, Судебная палата не игнорирует практику Трибунала, но вместо этого пытается объяснить взаимосвязь между силой и согласием. Сила или угроза применения силы со всей очевидностью свидетельствуют о несогласии, но сила не элемент сама по себе в изнасиловании. В частности, Судебная палата хочет объяснить, что «есть факторы кроме силы, которые делают акт сексуального проникновения недобровольным со стороны жертвы».

Фокус внимания на силе может позволить преступникам уйти от ответственности за сексуальную деятельность, на которую другая сторона не согласилась, но которая стала возможной в принудительных обстоятельствах, без необходимости применения физической силы.

130. Апелляционная палата отмечает, что, например, в некоторых случаях национальной практики, ни применение оружия, ни физическое принуждение жертвы, не необходимы, чтобы продемонстрировать силу. Угроза нанести ответный удар «в будущем в отношении потерпевшего или любого другого лица» является достаточным принуждением до тех пор, пока «существует разумная возможность того, что преступник будет выполнять угрозы». Хотя это правда, что внимание на одном аспекте дает возможность увидеть многое, то, тем не менее, стоит заметить, что обстоятельства, послужившие основанием для апелляций и которые преобладают в большинстве случаев в отношении военных преступлений или преступлений против человечности, будут почти всегда актом принуждения, то есть, истинное согласие не имеет место быть.

131. В главе под названием «Преступления против сексуального самоопределения», немецкий основной закон содержит раздел о наказании за

действия сексуального характера с заключенными и содержащимися под стражей лицами государственной власти. Отсутствие согласия не является элементом преступления. Все чаще государственные и национальные законы Соединенных Штатов, предназначенные для обстоятельства далеких от контекста войны, придерживаются этой линии рассуждений.

132. По большей части, заявители, в данном случае, были признаны виновными в изнасиловании женщин в де-факто военных штабах, центрах содержания под стражей и квартирах, используемых в качестве казарм солдат. Наиболее вопиющим является факт того, что жертвы считались законной сексуальной добычей своих похитителей. Как правило, женщины насиловались регулярно и более чем одним преступником, что является возмутительным (те, кто изначально обращались за помощью или сопротивлялись получали дополнительный уровень жестокости). Такие задержания вкупе с обстоятельствами, которые были настолько принудительными, сводят на нет всякую возможность несогласия.

133. В заключение, Апелляционная палата согласна с определением Судебной палаты о том, что принудительные обстоятельства присутствуют в этом случае, и получение согласия на момент полового акта невозможно. Следовательно, у заявителей нет оснований для подачи апелляции, связанной с определением преступления изнасилования. ...

Vii. Совокупное намерение ...

Б. Незамедлительные осуждения ...

2. Осуждения в соответствии со статьей 5 Устава

(а) Изнасилование и пытки

179. Апелляционная палата теперь будет рассматривать доводы заявителей о внутренней убежденности. Заявители утверждают, что Судебная камера допустила ошибку, введя намерение для пыток в соответствии со статьей 5 (е) и изнасилований в соответствии со статьей 5 (г) Устава. Ни право, ни факты не могут быть истолкованы так, чтобы установить различие преступлений. Судебная палата обнаружила, что преступления изнасилования и пытки содержат по одному материально отдельному элементу, что делает разделение преступлений допустимым. Вопрос совокупности намерений используется для определения различных преступлений в соответствии со Статутом, который устанавливается в судебной практике Трибунала. Пытки и изнасилования содержат отдельные элементы, которые существенно различаются и не содержатся в других, и это используется как основание для апелляции.

Элементом преступления изнасилования является проникновение, в то время как элементом преступления пытки является запрещенная цель, и ни один из этих элементов не может быть найден в другом преступлении. ...

181. В решении по делу Челебичи, Судебная палата рассмотрела вопрос о пытках в результате изнасилования. Апелляционная палата отклонила положение заявителя в соответствии со статьей 3 Устава, как неправильный в связи со статьей 2 Статута, но подробный анализ Судебной палаты о пытках и изнасиловании остается убедительным. После тщательного анализа судебной практики международных органов, Судебная палата заключила, что изнасилование может представлять собой пытку. И Межамериканская комиссия, и Европейский суд по правам человека обнаружили, что пытки могут быть совершены в результате изнасилования. Специальный докладчик ООН по пыткам перечислил формы сексуального насилия в качестве методов пыток.

182. Чтобы квалифицировать изнасилование как пытку, необходимо, чтобы элементы обоих составов присутствовали в деле. Подводя итоги международного прецедентного права, Судебная палата по делу Челебичи пришла к выводу, что «изнасилование включает причинение страданий и необходимого уровня жестокости, чтобы быть рассмотренным в качестве категории пытки». В качестве иллюстрации, Судебная палата привела факты двух важных дел Фернандо и Рагель Межа против Перу из практики Межамериканской комиссии и Айдын против Турции из практики Европейской комиссии по правам человека.

183. [...] Судебная палата по делу Челебичи отметила, что «нужно не только смотреть на физические последствия, но и на психологические и социальные последствия изнасилования».

185. В обстоятельствах данного дела, Апелляционная палата рассматривает претензии заявителей как совершенно неубедительные. Физическая боль, страх, тревога, неуверенность и унижение, которым заявители неоднократно подвергали своих жертв позволяют заключить о применении ими пыток. Это были не единичные случаи. Скорее всего, целенаправленное и скоординированное совершение изнасилований было проведено с ужасающей безнаказанностью и в течение длительного периода времени. Также возраст жертвы не обеспечивает защиту от подобных обвинений (на самом деле, Судебная палата воспринимает молодой возраст нескольких жертв в качествеотягчающих факторов). Имевшие место повторяющиеся действия, которым были подвергнуты жертвы в штаб-квартирах должны рассматриваться не только как изнасилования, но и как пытки в соответствии со статьей 5 Устава. В вопию-

щих обстоятельствах этого дела, Апелляционная палата считает, что все элементы изнасилования и пытки присутствовали в полной мере. В этой связи, Апелляционная палата отклоняет обращение по этому вопросу.

(Б) Изнасилование и порабощение

186. Не более убедительным является утверждение апеллянтов о том, что действия Кунарача и Ковача по порабощению в соответствии со статьей 5 (с) и изнасилованиям в соответствии со статьей 5 (г) Устава являются недопустимо кумулятивными. Заявители также заставили своих пленников терпеть изнасилования в особенно одиозной форме и в качестве их домашней прислуги. Как Апелляционная палата ранее объяснила в ее обсуждении понятия порабощения, она считает, что рабство, даже на основании сексуальной эксплуатации, это отдельное преступление от изнасилования. Апелляционная палата, таким образом, отвергает эти основания для апелляции.

3. Статья 3 Устава [...]

(Б) осуждение в соответствии со статьей 3 Устава [...]

194. Статья 3 Устава, как Апелляционная палата ранее отметила, также запрещает другие серьезные нарушения международного обычного права. Апелляционная палата в деле Тадича о Решении по юрисдикции определила четыре требования для использования Статьи 3 Устава:

(I) нарушение должно представлять собой нарушение нормы международного гуманитарного права; (II) правило должно быть принято в природе ...; (III), нарушение должно быть «серьезным», то есть, оно должно представлять собой нарушение правил защиты важных ценностей; (IV), нарушение правил должны повлечь за собой, в соответствии с правом или правовыми обычаями, индивидуальную уголовную ответственность лица, нарушившего правило. [...]

«Изнасилование» серьезное военное преступление по международному обычному праву, влекущее «индивидуальную уголовную ответственность» [...]

Методы и средства ведения войны

Первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям, 1977 ²⁶¹

Часть III. МЕТОДЫ И СРЕДСТВА ВЕДЕНИЯ ВОЙНЫ.

СТАТУС КОМБАТАНТОВ И ВОЕННОПЛЕННЫХ

Раздел I. МЕТОДЫ И СРЕДСТВА ВЕДЕНИЯ ВОЙНЫ

Статья 35. Основные нормы

1. В случае любого вооруженного конфликта право сторон, находящихся в конфликте, выбирать методы или средства ведения войны не является неограниченным.

2. Запрещается применять оружие, снаряды, вещества и методы ведения военных действий, способные причинить излишние повреждения или излишние страдания.

3. Запрещается применять методы или средства ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде.

Статья 36. Новые виды оружия

При изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение новых видов оружия, средств или методов ведения войны Высокая Договаривающаяся Сторона должна определить, подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах, под запрещения, содержащиеся в настоящем Протоколе или в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне.

Протокол о запрещении химического оружия, 1925 ²⁶²

Нижеподписавшиеся Уполномоченные, от имени своих соответственных правительств:

²⁶¹ Дополнительный протокол к Женевской конвенции по защите жертв вооруженных конфликтов от 12 августа 1949 года (Протокол I), 1125 U.N.T.S. 3, вступил в силу 7 декабря 1978.

²⁶² Протокол о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств, Женева, 94 L.N.T.S. 65, вступил силу 8 февраля 1928.

Считая, что применение на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов, равно как и всяких аналогичных жидкостей, веществ и процессов, справедливо было осуждено общественным мнением цивилизованного мира,

Считая, что запрещение этого применения было сформулировано в договорах, участниками коих является большинство держав мира,

В целях повсеместного признания вошедшим в международное право сего запрещения, равно обязательного для совести и практики народов,

Заявляют:

Что Высокие Договаривающиеся Стороны, поскольку они не состоят уже участниками договоров, запрещающих это применение, признают это запрещение, соглашаются распространить это запрещение на бактериологические средства ведения войны и договариваются считать себя связанными по отношению друг к другу условиями этой декларации.

Высокие Договаривающиеся Стороны приложат все свои усилия к побуждению других государств присоединиться к настоящему Протоколу. Об этом присоединении будет уведомлено Правительство Французской Республики, а последним - все подписавшие и присоединившиеся державы. Оно войдет в действие со дня уведомления, сделанного Правительством Французской Республики.

Настоящий Протокол, французский и английский тексты которого будут считаться аутентичными, будет ратифицирован в возможно кратчайший срок. Он будет носить дату сего дня.

Ратификация настоящего Протокола будет препровождена Правительством Французской Республики, которое уведомит каждую подписавшуюся или присоединившуюся державу о принятии таковой на хранение.

Ратификационные грамоты или документы о присоединении будут храниться в архивах Правительства Французской Республики.

Настоящий Протокол войдет в силу для каждой подписавшей державы со дня поступления ратификации, и с этого момента таковая держава будет связана в отношении других держав, уже произведших сдачу своих ратификаций.

В удостоверение чего уполномоченные подписали настоящий Протокол. Учинено в Женеве в одном экземпляре семнадцатого июня тысяча девятьсот двадцать пятого года.

Международный Суд ООН, Консультативное заключение в деле о ядерном оружии – Первый оценочный документ, Джон Х. МакНейил²⁶³

Предыстория:

Существовали два обращения за консультативными заключениями Международного суда – первый от Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ), а второй от Ассамблеи Организации Объединенных Наций.

ВОЗ запросил следующее: «С учетом медицинских и экологических последствий, будет ли применение ядерного оружия со стороны государства во время войны или другого вооруженного конфликта, являться нарушением его обязательств по международному праву, включая Устав ВОЗ?». Суд постановил одиннадцатью голосами против трех (у судей Шахабуддина, Виранантри и Коррома - особое мнение), что он был не в состоянии дать консультативное заключение по запросу ВОЗ. Мнение суда было одинаково и в соответствии с позицией США и других стран, и, на наш взгляд, является правильным. Вопрос ВОЗ в первую очередь касался вопросов юрисдикции, мы же сосредоточим внимание на советах, данных в заключении на просьбу Генеральной Ассамблеи.

Генеральная Ассамблея ООН запросила: «Является ли угроза или применение ядерного оружия в любых обстоятельствах, разрешенной международным правом?». За единственным возражением судьи Ода, суд принял решение рассмотреть это дело. В своем консультативном заключении Суд отразил шесть выводов. Конечное заключение суда, утвержденное семью из четырнадцати судей, с президентом Беджауи (Алжир) принявшего решающий голос, было следующим:

«... применение или угроза применения ядерного оружия в целом противоречит нормам международного права, применимых в вооруженных конфликтах ... Однако, с учетом нынешнего состояния международного права, а также имеющихся в распоряжении фактов, Суд не может окончательно заключить является ли угроза или применение ядерного оружия законными или незаконными в чрезвычайном случае самообороны, в которых само существование государства будет поставлено под угрозу».

²⁶³ Джон Х.МакНейил, Международный Суд ООН, Консультативное заключение в деле о ядерном оружии – Первый оценочный документ, №316// Международный журнал Красного Креста.-1997.- 28 февраля. Доступно на: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnft.htm>. Перепечатано с разрешения МККК Бишкек. добавлено автором.

Право разрешения или запрещения?

Заключительное положение пункта 2Е выводов суда говорит: «... Суд не может дать окончательное заключение о том, будет ли угроза или применение ядерного оружия законным или незаконным в чрезвычайном случае самообороны, в котором само выживание государства должно быть поставлено под угрозу». Генеральная Ассамблея ООН запросила суд дать рекомендации о том «... является ли угроза или применение ядерного оружия при любых обстоятельствах допустимым международным правом». Сформулированный этим образом вопрос неправильно предполагает, что международное право, касательно использования оружия, носит больше разрешительный характер, а не запретительный. Суд подтвердил, что «Государственная практика показывает, что незаконность применения некоторых видов оружия как такового не является результатом отсутствия разрешения, но, напротив, формулируется как запрещение». Таким образом, Суд правильно изложил вопрос Генеральной Ассамблеи и приступил к оценке вопроса, о том является ли угроза или применение ядерного оружия запрещенным.

Применение международного гуманитарного права

Суд, не найдя договорного или обычного международного права, запрещающего угрозу или применение ядерного оружия как такового, перешел в рассмотрении вопроса о целесообразности «прибегнуть к ядерному оружию, и будет ли это считаться незаконными в свете принципов и норм международного гуманитарного права, применимых в вооруженных конфликтах и права нейтралитета».

Вне всяких сомнений, международное гуманитарное право применяется к ядерному оружию, таким же образом, как это относится к обычному вооружению. Анализ международного гуманитарного права начинается с фундаментального принципа о том, что «право воюющих сторон в выборе средств нанесения вреда неприятелю не является неограниченным». Есть два кардинальных правила. Во-первых, принцип проведения различия считает, что государства не должны превращать гражданских лиц в объект нападения и не должны использовать оружие, которое не в состоянии делать различие между гражданскими и военными целями. Во-вторых, запрещается применять оружие, которое вызывают ненужные страдания, то есть, оружие, которое вызывает «вреда больше, чем неизбежное для достижения законных военных целей».

Суд установил, что оговорка Мартенса является частью обычного международного права. Оговорка Мартенса впервые нашла свое выражение в Гаагской конвенции II о законах и обычаях сухопутной войны 1899 года.

Суд приводит цитату из пункта 2 статьи 1 Дополнительного протокола I 1977 года, как современную формулировку оговорки Мартенса:

«В случаях, не предусмотренных настоящим Протоколом или другими международными соглашениями, гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания».

Так, суд считает, что не нужно выносить решения по применимости Дополнительного протокола I 1977 года к ядерному оружию, потому что протокол ни в коей мере не может заменить общие нормы обычного права, применимые ко всем средствам и методам борьбы, в том числе ядерного оружия. В частности, Суд напомнил, что все государства обязаны соблюдать эти правила в Дополнительном протоколе I, которые после принятия были всего лишь выражением ранее существовавших норм обычного права.

Суд кратко рассмотрел принцип нейтралитета, который был поднят рядом государств. Он отказался вдаваться в подробности о конкретном содержании принципа, который обсуждался с момента принятия Устава ООН, заявив лишь, что правила нейтралитета распространяются на «все международные вооруженные конфликты, независимо от типа оружия, которое может быть использовано». Мы считаем, что это правильно.

Суд должен определить является ли угроза или применение ядерного оружия по своей сути несовместимым с международным гуманитарным правом и законом о нейтралитете. Сторонники незаконности ядерного оружия утверждают, что по сути, разрушительная сила ядерного оружия настолько велика, что любое ее использование неизбежно нарушает принципы различия и предотвращения ненужных страданий. Государства, которые утверждают о законности применения или угрозы применения ядерного оружия при определенных обстоятельствах, отмечают, что у суда недостаточно данных, чтобы сделать вывод о том, что любое и каждое применение ядерного оружия нарушило бы принципы различия и предотвращения ненужных страданий. Суд пришел к выводу, и мы считаем его обоснованным, что «не имеется достаточных элементов для суда, чтобы дать возможность заключить с уверенностью и утверждать, что применение ядерного оружия будет обязательно находиться в противоречии с принципами и нормами права, применяемого в вооруженных конфликтах в любых обстоятельствах».

Первые два из шести выводов суда:

(2) А. единогласно

Не существует ни в обычном праве, ни в договорном праве какого-либо конкретного разрешения угрозы или применения ядерного оружия.

(2) Б. Одиннадцатью голосами против трех (против судьи Шахабуддин, Виранантри и Корома):

Не существует ни в обычном праве, ни в договорном праве какого-либо всеобъемлющего и универсального запрещения угрозы или применения ядерного оружия как такового».

Третий из шести выводов суда:

(2) В. единогласно

Угроза силой или ее применение с помощью ядерного оружия противоречит статье 2 пункт 4 Устава Организации Объединенных Наций и для удовлетворения всех требований статьи 51, является незаконным « (цитаты опущены).

Мы согласны, что ограничения на применение силы в Уставе «применяются независимо от используемых средств применения силы в целях самообороны.

Четвертый вывод суда:

(2) Г. единогласно

Угроза или применение ядерного оружия должны быть совместимы с требованиями международного права, применяемого в вооруженных конфликтах, в частности, принципов и норм международного гуманитарного права, а также конкретных обязательств в рамках договоров и других предприятий, которые имеют прямое отношение к ядерному оружию (цитаты опущены).

Пятый вывод из шести выводов суда:

(2) Д. семью голосами против семи[...] (Против: вице-президент Швель, судьи Ода, Гийом, Шахабуддин, Виранантри, Корома и Хиггинс):

Как следует из вышеупомянутых требований, применение или угроза применения ядерного оружия в целом противоречит нормам международного права, применяемого в вооруженных конфликтах, и, в частности принципам и нормам гуманитарного права.

Однако с учетом нынешнего состояния международного права, а также

имеющихся в распоряжении фактов, Суд не может заключить окончательно является ли угроза или применение ядерного оружия законным или незаконным в чрезвычайном случае самообороны, в котором само выживание государства будет поставлено на карту.

Наконец, суд рассматривал статью VI Договора о нераспространении ядерного оружия, которая гласит: «Каждая из Сторон настоящего Договора обязуется вести переговоры добросовестно об эффективных мерах по прекращению гонки ядерных вооружений в ближайшем будущем и ядерному разоружению, а также о договоре о всеобщем и полном разоружении под строгим и эффективным международным контролем».

Шестой и последний вывод суда:

(2) Е. единогласно

Существует обязательство проводить добросовестным образом и доводить до конца переговоры, ведущие к ядерному разоружению во всех его аспектах под строгим и эффективным международным контролем.

Какие вопросы не были рассмотрены

Суд отказался высказаться по двум важным вопросам: (1) применение ядерного оружия в качестве репрессий, а также (2) в политике сдерживания. Что касается использования ядерного оружия в качестве репрессий, Суд отказался от комментариев по этому вопросу, за исключением замечания, что такое использование будет регулироваться принципом пропорциональности, квалификация которого согласуется с международным правом. Что касается политики сдерживания, Суд установил, что международное сообщество глубоко разделено по этому вопросу. Тем не менее, Суд признал, что политика сдерживания играла фундаментальную роль в делах международной безопасности.

Имплементация норм Международного гуманитарного права

Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории²⁶⁴

История судебного разбирательства (пункты 1-12)

Суд прежде всего напоминает, что 10 декабря 2003 года Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций официально было сообщено суду о решении, принятом Генеральной Ассамблеей о постановке вопроса, изложенного в ее резолюции ES-10/14, принятой 8 декабря 2003 года на ее десятой чрезвычайной специальной сессии, о вынесении консультативного заключения. Вопрос заключается в следующем:

«Каковы правовые последствия строительства стены, сооружаемой Израилем, оккупирующей державой, на оккупированной палестинской территории, в том числе в Восточном Иерусалиме и вокруг, как описано в докладе Генерального секретаря, учитывая нормы и принципы международного права, в том числе четвертой Женевской конвенции 1949 года и соответствующие резолюции Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи?»

Юрисдикция

Суд приходит к выводу, что он обладает юрисдикцией для вынесения мнения по вопросу, поставленному Генеральной Ассамблеей, и что нет веских причин для того, чтобы использовать свои дискреционные полномочия, чтобы не дать по этому свое мнение.

Международное гуманитарное право

Что касается международного гуманитарного права, суд напоминает, что Израиль не является участником Четвертой Гагской конвенции 1907 года, к которой прилагаются Гагские положения. Он считает, однако, что положения Гагского положения стали частью обычного права, что на самом деле признают все участники разбирательства в суде. Суд также отмечает, что в соответствии со статьей 154 Четвертой Женевской конвенции, эта конвенция является дополнением к разделам II и III Гагского положения. Раздел III этих правил, который касается «военной власти на

²⁶⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory of 9 July 2004, International Court of Justice Summary, ICJ Summaries 2004/2 (2004).

территории неприятельского государства», особенно уместен в данном случае.

Во-вторых, в связи с Четвертой Женевской конвенцией, Суд принимает во внимание, что участниками этих разбирательств были высказаны разные мнения. Израиль, в отличие от большинства участников, оспаривает де-юре применимость Конвенции к оккупированной палестинской территории. Суд напоминает, что Четвертая Женевская конвенция была ратифицирована Израилем от 6 июля 1951 года, и что Израиль является участником этой Конвенции, что Иордания также сторона в ней с 29 мая 1951 года, и что ни одно из этих двух государств не сделало каких-либо оговорок, чтобы иметь отношение к настоящему отчету. Суд отмечает, что израильские власти сообщили о ряде случаев о том, что на самом деле они обычно применяют гуманитарные положения Четвертой Женевской конвенции на оккупированных территориях. Однако, согласно позиции Израиля, Конвенция не применима де-юре на этих территориях, потому что, в соответствии со статьей 2 пункт 2 она применяется только в случае оккупации территорий, подпадающих под суверенитет Высокой Договаривающейся Стороны, участвующей в вооруженном конфликте. Израиль объясняет, что территории, оккупированные Израилем после конфликта 1967 года ранее не попадали под суверенитет Иордании. Суд отмечает, что, в соответствии с первым абзацем статьи 2 Четвертой Женевской конвенции, при выполнении двух условий, а именно, что существует вооруженный конфликт (независимо от состояния войны), и что конфликт возник между двумя договаривающимися сторонами, Конвенция применяется, в частности, на любой территории, оккупированной в ходе конфликта одной из договаривающихся сторон. Объектом пункта 2 статьи 2, в котором говорится об «оккупации территории Высокой Договаривающейся Стороны», не ограничивает сферу применения Конвенции, как это определено в первом пункте, путем исключения из него территорий, не подпадающих под суверенитет одной из договаривающихся сторон, а просто давая понять, что, даже если оккупация, осуществленная в ходе конфликта не встретила вооруженного сопротивления, Конвенция по-прежнему применяется.

Это толкование отражает намерение авторов Четвертой Женевской конвенции по защите гражданских лиц независимо от статуса оккупированных территорий, что подтверждается подготовительными материалами Конвенции. Государствами-участниками Четвертой Женевской конвенции, на своей Конференции от 15 июля 1999 года, утверждалось, что интерпретация, которая также была принята МККК, Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности. Суд, имеет, в связи с постановлением Верховного суда Израиля от 30 мая 2004 года, аналогичный эффект.

Учитывая вышеизложенное, Суд считает, что Четвертая Женевская конвенция применима на палестинских территориях, которые до конфликта 1967 года лежали к востоку от зеленой линии, и которые, во время этого конфликта были оккупированы Израилем, и нет никакой необходимости проводить любое расследование по статусу этих территорий.

Влияние права палестинского народа на самоопределение (пункты 115-122)

Суд отмечает в этой связи, что Палестина и другие государства утверждают, что строительство стены является «попыткой аннексировать территорию вопреки международному праву» и «нарушением правовых положений, запрещающих приобретение территории с применением силы» и что «де-факто аннексия земли является посягательством на территориальный суверенитет и, следовательно, связано с правом палестинцев на самоопределение». Он также отмечает, что Израиль, со своей стороны, утверждает, что единственная цель стены заключается в том, чтобы позволить ему эффективно бороться с террористическими нападениями, осуществляемыми с Западного берега, и, что Израиль неоднократно заявлял, что Барьер является временной мерой.

Суд напоминает, что и Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности уже говорили, в отношении Палестины, что это является обычной нормой - «недопустимость приобретения территории путем войны». Что касается принципа право народов на самоопределение, Суд отмечает, что существование «палестинского народа» уже не в вопросе, и была признана Израилем, вместе с тем народных «законных прав». Суд считает, что эти права включают право на самоопределение, как Генеральная Ассамблея кроме того отражаются по несколько раз.

Хотя принимая к сведению заверения Израиля, что строительство стены неравнозначно аннексии и что стена носит временный характер, тем не менее, суд считает, что строительство стены и связанный с ней режим «свершившийся факт» на том основании, что вполне может стать постоянным, и в этом случае, и, несмотря на официальную характеристику стены Израилем, это будет равнозначно фактической аннексии.

Самооборона и крайняя необходимость (пункты 138-141)

Суд напоминает, что включенные в приложение I к докладу Генерального секретаря говорится, однако, что, по мнению Израиля: «строительство Барьера согласуется со статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций, ее неотъемлемого права на самооборону и резолюции Совета Безопасности 1368 (2001) и 1373 (2001)».

Суд рассматривает вопрос может ли в дальнейшем Израиль рассчитывать на состояние крайней необходимости, которые исключали бы противоправность строительства стены. В этой связи, ссылаясь на свое решение по делу о Габчиково-Надьмарош (Венгрия / Словакия), он отмечает, что состояние необходимости является основанием, признанным обычным международным правом и «может быть использовано только при строго определенных условиях, которые должны в совокупности представлять то, что это был единственный путь для государства для защиты существенного интереса от тяжелой и неминуемой угрозы». В свете имеющихся в его распоряжении материалов, Суд не убежден, что строительство стены по выбранному маршруту являлось единственным способом защитить интересы Израиля от опасности, на которую он сослался как на оправдание для ее строительства. Хотя Израиль имеет право, да и обязанности реагировать на многочисленные и смертельные акты насилия, направленных против гражданского населения в целях защиты жизни своих граждан, принятые меры должны оставаться в соответствии с применимыми нормами международного права. Израиль не может рассчитывать на право на самооборону или на состояние крайней необходимости для того, чтобы исключить противоправность строительства стены. Соответственно, Суд считает, что строительство стены, и связанный с ней режим противоречат международному праву.

Заключение

Суд считает, что строительство Израилем стены на оккупированной палестинской территории в более общем контексте противоречит международному праву. С 1947 года, когда Генеральная Ассамблея приняла резолюцией 181 (II) мандата на Палестину был прекращен, и имели место факты многочисленных вооруженных конфликтов, актов неизбирательного насилия и репрессивных мер по бывшей подмандатной территории. Суд хотел бы подчеркнуть, что и Израиль, и Палестина обязаны неукоснительно соблюдать нормы международного гуманитарного права, одной из важнейших целей которых является защита гражданского населения. Незаконные действия и односторонние решения были приняты со всех сторон, в то время как, по мнению Суда, это трагическая ситуация может быть доведена до конца только через добросовестное выполнение всех соответствующих резолюций Совета Безопасности, и в частности резолюций 242 (1967) и 338 (1973). «Дорожная карта», утвержденная Советом Безопасности в резолюции 1515 (2003) представляет собой последнее усилие для начала переговоров в этом направлении. Суд считает, что он обязан обратить внимание Генеральной Ассамблеи на то, что настоящее заключение адресовано тому, что эти усилия должны поощряться с

целью достижения как можно скорее, на основе международного права, переговоров и решения нерешенных проблем и создания палестинского государства, существующего бок о бок с Израилем и другими соседними странами в мире и безопасности со всеми в регионе.

***Международный Комитет Красного Креста,
Консультативные службы по Международному
гуманитарному праву*** ²⁶⁵

Три основных приоритета Консультативной службы МККК выражаются в поощрении ратификации договоров по МГП, в содействии осуществлению на национальном уровне обязательств, вытекающих из этих договоров, а также в сборе и обмене информацией о национальных мерах по их осуществлению.

Для чего необходимо развитие международного гуманитарного права?

В настоящее время десятки конфликтов бушуют по всему миру. Каждый день приносит новости о том, что еще одно злодеяние совершается во имя войны: убийства, пытки, внесудебные казни, изнасилования, депортация гражданских лиц и детей, принимающих непосредственное участие в военных действиях ... Список можно продолжать бесконечно.

Можно возразить, что все это лишь некоторые из необходимых зол войны. Это не так. Они являются незаконными и являются общепризнанными нарушениями международного гуманитарного права (МГП).

В рамках своей гуманитарной миссии по защите жизни и достоинства жертв вооруженных конфликтов, Международный Комитет Красного Креста (МККК) стремится содействовать уважению норм МГП. Всеобщая ратификация инструментов МГП и эффективная реализация обязательств способствуют обеспечению максимально возможной защиты жертв вооруженных конфликтов.

Как МГП осуществляется государствами?

Заключение договоров по МГП это только первый шаг. Следующие меры должны быть приняты по выполнению обязательств, вытекающих из Женевских конвенций 1949 года, Дополнительных протоколов 1977 года, Конвенции 1954 года о защите культурных ценностей и двух протоколов к ней, и других договоров, касающихся запрещения и использования определенных видов оружия, а также Римского статута Международного уголовного суда:

²⁶⁵ МККК, Консультативные службы по Международному гуманитарному праву, доступно на: www.icrc.org.

- Перевод договоров по МГП на национальные языки.
- Принятие уголовного законодательства, направленного на наказание военных преступлений и других нарушений международного гуманитарного права.
- Принятие мер по предотвращению и наказанию за злоупотребление эмблемой Красного Креста и Красного Полумесяца и других сигналов и эмблем, признанных в соответствии с договорами.
- Определение и гарантия статуса охраняемых лиц.
- Защита фундаментальных и процедурных гарантий в случае вооруженного конфликта.
- Создание и/или регулирование национальных обществ, организация гражданской обороны и Национального информационного бюро.
- Распространение знаний о МГП.
- Назначение юридических советников в вооруженных силах.
- Идентификация и маркировка охраняемых людей, мест и имущества.
- Соблюдение МГП в расположении военных объектов, а также в разработке и принятии на вооружение оружия и военной тактики.

Какова помощь МККК?

МККК начал осуществление своей консультативной службы в 1996 году для предоставления поддержки государствам, приверженным делу осуществления МГП.

Цели:

- Поощрять все государства к ратификации договоров по МГП.
- Призывает государства соблюдать свои обязательства по этим договорам на национальном уровне.

Структура:

- Юридический отдел МККК в Женеве состоит из одного руководителя и трех юридических советников, одного специалиста в области гражданского права, одного в общем праве и одного в базе данных Консультативной службы;

- Команда юристов на каждом континенте.

Чем занимается Консультативная служба?

Консультативная служба тесно сотрудничает с правительствами с

учетом их конкретных потребностей и соответствующих политических и правовых систем. Она также работает со следующими образованиями:

- Национальные общества Красного Креста и Красного Полумесяца.
- Учебные заведения.
- Международные и региональные организации.

В частности, Консультативная служба:

- Организует встречи экспертов.
- Организует национальные и региональные семинары по имплементации МГП и совещания экспертов по отдельным темам; принимает участие в международных форумах.

- Предлагает правовую и техническую помощь о включении норм МГП в национальное законодательство.

- Переводит договоры по МГП, проводит исследования по совместимости национального законодательства с обязательствами, вытекающими из этих договоров, предоставляет юридические консультации.

- Призывает государства создать национальные комитеты по МГП и оказывает им помощь в их работе.

- Поддерживает работу консультативных органов для правительств в отношении осуществления, разработки и распространения знаний о МГП.

- Способствует обмену информацией.

- Управляет сборником текстов по вопросам законодательства, прецедентного права, национальными исследованиями и руководством для вооруженных сил; базой данных по имплементации МГП на веб-сайте МККК (www.icrc.org) и деятельности МККК на компакт-дисках по МГП.

- Публикует документы специалистов.

- Производит бюллетени на договорам в рамках МГП и темам, связанным с их осуществлением, сборниками ратифицированных договоров, руководящими принципами по осуществлению мер, регулярными отчетами по всему миру, и с отчетами о семинарах и совещаниях экспертов.

Закон Кыргызской Республики об использовании и защите эмблемы красного полумесяца и красного креста от 29 сентября 2000 года (далее указан как закон)

Эмблема Красного Полумесяца используется:

1. Медицинскими службами Вооруженных Сил Кыргызской Республики и духовным персоналом (как в мирное время, так и во время вооруженного конфликта).

Статья 3:

2. Больницами и другими гражданскими медицинскими учреждениями (во время вооруженного конфликта с разрешения Министерства здравоохранения Кыргызской Республики).

Статья 4:

3. Обществом Красного Полумесяца Кыргызской Республики (во время вооруженного конфликта с разрешения Министерства здравоохранения или Министерства Обороны Кыргызской Республики, в мирное время в качестве отличительного знака без каких-либо разрешений).

Статья 7:

Правовая защита эмблем

В Кыргызской Республике запрещено: Использование эмблемы персоналом или организациями, у которых есть право использовать ее (работники национальных обществ, МККП, медицинского персонала) для целей, не соответствующих принципам движений Красного Креста и Красного Полумесяца (для поддержки политических движений и использования вне служебного времени).

Незаконное использование эмблемы, т.е. использование эмблем, которые являются имитацией или которые могут быть ошибочно приняты за эмблемы КК или КП (например, из-за цветовой комбинации или конфигураций).

Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности

Статья 431-1: Незаконное использование эмблем Красного Полумесяца и/или Красного Креста, и наименований «Красный Полумесяц» или «Красный Крест», влекут наложение административного штрафа на граждан - от пяти до десяти, на должностных лиц - от десяти до пятидесяти, на

юридических лиц - от ста до пятисот расчетных показателей с лишением лицензии (разрешения) на занятие определенным видом деятельности на срок до одного года.

Статья 431-2: Незаконное использования белого креста на красном фоне влечет наложение административного штрафа на граждан - от пяти до десяти, на должностных лиц - от десяти до пятидесяти, на юридических лиц - от ста до пятисот расчетных показателей с лишением лицензии (разрешения) на занятие определенным видом деятельности на срок до одного года.

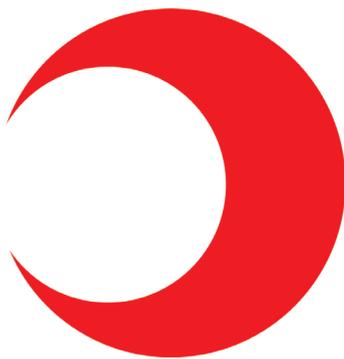
4. Вероломное использование эмблем

Использование эмблем Красного Креста или Красного Полумесяца (Red Crystal) во время военных действий для защиты вооруженных лиц (комбатантов) или военного оборудования и других объектов (например, перевозка вооруженных лиц в машинах скорой помощи и вертолетах с эмблемой на борту или установка флага с красным крестом и красным полумесяцем на складе с оружием), является военными преступлениями.

Статья 10:

Лицо, которое умышленно совершило или дало приказ совершить действия, ведущие к смерти или наносящие тяжкий вред здоровью противника, вероломно используя эмблему Красного Полумесяца или Красного Креста, или отличительный сигнал, совершило военное преступление, подлежит ответственности в соответствии с законодательством Кыргызской Республики.

1. Вероломное использование означает обращение к доброй воле противника с намерением ввести его в заблуждение и заставить поверить, что он имел право получить или должен был обеспечить защиту в соответствии с положениями международного гуманитарного права.



Национальное Общество Красного Полумесяца Кыргызской Республики и другие подразделения Красного Креста / Красного Полумесяца могут использовать эмблемы для проведения различных мероприятий, связанных со сбором средств в соответствии с его основными принципами. Другие учреждения, организации или лица, могут быть вовлечены в такие действия при определенных условиях.

2. С разрешения Общества Красного Полумесяца Кыргызской Республики эмблема Красного Полумесяца может использоваться в мирное время для обозначения медицинских транспортных средств и мест нахождения пунктов помощи, предназначенных исключительно для оказания бесплатной медицинской помощи раненым и больным (Статья 6 Закона).

В соответствии с пунктом 4.2 приказа Министерства здравоохранения Кыргызской Республики на 8 ноября 2007 N393 «Об утверждении специфических требований к аптечным учреждениям для осуществления фармацевтической деятельности и деятельности по реализации изделий медицинского назначения в Кыргызской Республике»:

«... на фасаде здания (аптеки, химических складов) устанавливается вывеска имеющая: на белом фоне зеленый крест, зелеными буквами: «Дарыкана» - «Аптека»:



Знак аптеки



Эмблема красного креста

3. Национальное Общество Красного Полумесяца Кыргызской Республики (НОКП Кыргызской Республики) использует эмблему Красного Полумесяца открытыми концами влево на белом фоне, а также название «Красный Полумесяц».

Статья 3 Устава Национального Общества Красного Полумесяца Кыргызской Республики:

1. Незаконное использование эмблемы в мирное время может привести к искажению их подлинного смысла и потере их стоимости.

2. После начала военных действий борьба со злоупотреблением его использования может быть слишком запоздалой, жертвы вооруженных конфликтов останутся на милости судьбы; оказание гуманитарной помощи для них станет едва ли разрешимой проблемой.

3. Каждый из нас может способствовать сохранению и повышению ценности эмблемы в качестве защитного знака.

4. Каждый из нас несет персональную ответственность за обеспечение защиты предусмотренных эмблем, которые, возможно, спасут жизни завтра!

Положение постоянной межведомственной комиссии при Министерстве юстиции Кыргызской Республики по реализации Международного гуманитарного права.²⁶⁶

I. Основные положения

Положение постоянной межведомственной комиссии при Министерстве юстиции Кыргызской Республики по имплементации международного гуманитарного права (далее - Положение) определяет организацию работы, проведение заседаний и принятие решений постоянной межведомственной комиссией при Министерстве юстиции Кыргызстана по имплементации международного гуманитарного права (далее - Комиссия).

II. Организация работы Комиссии

2.1. Комиссия осуществляет свою деятельность в соответствии с Планом действий по имплементации международного гуманитарного права, разработанных на основе анализа законодательства, утвержденного комиссией.

2.2. Заседания Комиссии проводятся по мере необходимости, но не реже одного раза в квартал. Заседание Комиссии является правомочным, если в его заседании участвуют не менее двух третей членов Комиссии. Решения принимаются большинством голосов присутствующих, но только в присутствии заинтересованных членов Комиссии по этому вопросу. В их отсутствие, этот вопрос в повестке дня Комиссии переносится на следующее заседание.

2.3. Проект повестки дня заседания Комиссии формируется Секретариатом Комиссии за семь дней до заседания, и представляется Председателем Комиссии с соответствующими материалами.

Проект повестки дня заседания и соответствующие материалы, утвержденные Председателем Комиссии, направляются членам Комиссии не позднее, чем за 5 рабочих дней до даты проведения собрания. Повестка дня заседания Комиссии утверждается непосредственно на заседании большинством голосов присутствующих на комиссии. Изменения в повестку дня могут быть внесены по предложению членов комиссии.

²⁶⁶ 20 августа, 2010.

ГЛАВА 4 УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Трибуналы и Международный уголовный суд

От специальных трибуналов к постоянному Международному уголовному суду, Юсуф Аксар, 2004²⁶⁷

В отличие от Нюрнбергского и Токийского трибуналов, Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный трибунал по Руанде были созданы не победителями, как «победный суд справедливости», не сторонами, вовлеченными в конфликт, а скорее, Советом Безопасности ООН от имени всего международного сообщества в целях защиты мира и безопасности. По этой причине, создание этих трибуналов было инновационным по характеру, и вызвало некоторые вопросы в связи с их созданием Советом Безопасности ООН.

Как можно предсказать, в первом деле МТБЮ (дело Тадича), защита оспаривает законность создания Международного трибунала. На основании юрисдикции Трибунала, как говорилось выше, Судебная палата отказала юрисдикционному оспариванию защиты, решив, что «законность создания Международного трибунала, на самом деле, не вопрос юрисдикции, а скорее, законности его создания, включая проверку полномочий Совета Безопасности и порядок их осуществления²⁶⁸. Тем не менее, тот факт, что Апелляционная палата не приняла решение Судебной палаты по отношению к созданию трибунала, может рассматриваться как концепция, отдельная от юрисдикции трибунала, в связи с чем и был принят «более интервенционистский подход» и «интерпретирование в беспрецедентно широком смысле принципа компетенция де ля компетенция²⁶⁹» (выделено автором). В соответствии с этим принципом, изучение создания

²⁶⁷ Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law, The Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*. pp. 3-4, 6-7 (Routledge, New York, 2004).

²⁶⁸ Trial Chamber, Tadic Case, Jurisdiction Decision, para.4; and also see paras. 5, 8, 40, and the explanation made on p.25 under the heading of 'In the Trial chamber' above.

²⁶⁹ Fox, pp. 435-6; see the explanation made under 'In the Appeals Chamber', p. 34 above.

трибунала является частью юрисдикции («свойственной» или «присущей» юрисдикции) и каждый международный трибунал или суд имеет право ознакомиться с его созданием в рамках своей юрисдикции.

С точки зрения международного права, решение, принятое Апелляционной палатой, в соответствии с принципом компетенция де ля компетенция следует рассматривать как пересмотр законности резолюции Совета Безопасности и создания трибунала. Этот принцип позволяет трибуналу только изучить и определить свою собственную юрисдикцию, и он не может быть распространен на изучение компетентности и правомерности резолюции Совета Безопасности в создании трибунала²⁷⁰. После справедливо принятого решения Судебной палаты и подтвержденного ответом прокурора на действия защиты и судьи Ли, по своему особому мнению в Апелляционной палате, Международный трибунал не имеет право пересмотреть его создание Советом Безопасности, и его власть, как указано в статье 1 Статута, ограничивается «судебным преследованием лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года в соответствии с положениями Устава», а также статьями 2-5 Статута Трибунала, регулирующих предметную подсудность Трибунала, в сочетании со статьей 1, что не может быть истолковано, как предоставление трибуналу полномочий для рассмотрения актов Совета Безопасности в отношении создания трибунала²⁷¹.

...

В заключении, нужно отметить, что создание Международных трибуналов должно рассматриваться как современный пример применения международного гуманитарного права для обеспечения соблюдения личной ответственности при нарушении норм международного гуманитарного права и международного права в области прав человека²⁷². Кроме того, следует также отметить, что создание МТБЮ и МТР сыграло главную роль в создании международного уголовного суда, который нужно рассматривать как одно из главных достижений международного сообщества на пороге нового тысячелетия. В этом смысле, шаг, сделанный международным сообществом, незадолго до конца XX века, следует воспринимать как знак того, что нарушение основных прав человека не будут допускаться в новом тысячелетии.

²⁷⁰ Separate Opinion of Judge Li, para. 2.

²⁷¹ цитаты опущены.

²⁷² цитаты опущены.

...

Нет сомнений в том, что созданный МУС будет руководствоваться практикой специальных трибуналов в больших масштабах. Воздействие Уставов специальных трибуналов по Статуту МУС наглядно демонстрирует этот факт, и это дает место для аналогичных положений, регулирующих принцип взаимодополняемости между национальными судами и МУС, который отличается от специальных трибуналов тем, что отдает приоритет национальным судам так же как и принципу о том, что не должно быть двух взысканий за одну провинность.

Еще одним препятствием к созданию Международного уголовного суда является вопрос о сфере применения предметной подсудности и персональной юрисдикции. Практика международного сообщества в отношении предметной подсудности МТБЮ и МТР сыграла важную роль в подготовке Статута МУС. На самом деле, Статут МУС следует рассматривать главным образом как совокупность статей 2-5 из МТБЮ и статей 2-4 Статута МТР на том основании, что геноцид, военные преступления и Преступления против человечности, являются предметной подсудностью специальных трибуналов, так же как юрисдикции МУС. Единственным исключением является включение преступления агрессии в Статут МУС. Взгляд международного сообщества на этот пункт, отражает лучший способ обеспечить всеобщее признание МУС, который проложил путь к скорейшей ратификации Статута и привел в действие МУС. Что касается предметной подсудности МУС, то надо отметить, что МУС имеет юрисдикцию только в отношении физических лиц, но не в отношении юридических лиц и государств.

Относительно вопроса о процессуальном праве, которое должно применяться международным уголовным судом, применение процессуального права специальными трибуналами следует рассматривать в основном как отражение принципов международного права в области прав человека, а также в соответствии с правовыми актами по правам человека, такими, как Международный пакт о гражданских и политических правах и Европейская конвенция о правах человека, все из которых обеспечивают справедливое судебное разбирательство для обвиняемых. Вопрос о воздействии Статута МТБЮ и МТР на МУС и его процессуальные правила, может быть вновь рассмотрен в этом отношении.

Принцип универсальной подсудности

Ордер на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии), 2002²⁷³

56. Суд теперь рассмотрит аргумент Бельгии о том, что иммунитеты, предоставляемые действующим министрам иностранных дел, ни в коем случае не смогут защитить их, если они находятся под подозрением в совершении военных преступлений или преступлений против человечества. В поддержку этой позиции, Бельгия ссылается в своем контр-меморандуме на различные правовые документы, составляющие международные уголовные трибуналы, например, начиная от национального законодательства, и заканчивая практикой национальных и международных судов.

58. Суд внимательно изучил практику государства в этой области, в том числе национальное законодательство и те немногие решения государственных судов высшей инстанции, таких, как Палата лордов или Кассационный суд Франции. Было невозможно вывести из этой практики то, что в рамках обычного международного права существует исключение из правил в какой-либо форме в соответствии с иммунитетом от уголовной юрисдикции и неприкосновенностью действующих министров иностранных дел, когда они подозреваются в совершении военных преступлений или преступлений против человечества.

Суд также изучил правила, касающиеся иммунитета или уголовной ответственности лиц, имеющих должностное положение, представленные в юридических документах о создании международных уголовных трибуналов, и которые специально предназначены для последнего (см. Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 7; Устав Международного военного трибунала в Токио, статья 6; Статут Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, статья 7 пункт 2; Статут Международного уголовного трибунала по Руанде, статья 6, пункт 2; Статут Международного уголовного суда, статья 27). Было определено, что и эти правила не позволяют сделать вывод, что в обычном международном праве существуют исключения такого рода в отношении национальных судов.

Наконец, ни одно из решений Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов, или Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, на которые ссылалась Бельгия, не имеет отношения к вопросу об иммунитете действующих министров иностранных

²⁷³ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

дел в национальных судах, где их обвиняют в совершении военных преступлений или преступлений против человечества. Суд, соответственно, отмечает, что эти решения ни в коей мере не противоречат выводам, которые он сделал выше.

Учитывая вышеизложенное, Суд, соответственно, не может согласиться с доводом Бельгии в этом отношении.

59. Следует также отметить, что правила, регулирующие юрисдикцию национальных судов, следует тщательно отличать от норм, регулирующих юрисдикционные иммунитеты: юрисдикция не подразумевает отсутствия иммунитета, тогда как отсутствие иммунитета не подразумевает юрисдикции. Таким образом, хотя различные международные конвенции о предотвращении и наказании некоторых серьезных преступлений налагают на государства обязательства преследования или выдачи, тем самым, требуя от них расширить свою уголовную юрисдикцию, такое расширение юрисдикции никоим образом не затрагивает иммунитета в соответствии с обычным международным правом, в том числе министров иностранных дел. Это остается противопоставляемым в судах иностранного государства, даже там, где эти суды практикуют такую юрисдикцию в соответствии с этими конвенциями.

60. Суд подчеркивает, однако, что иммунитет от юрисдикции, которым пользуются действующие министры иностранных дел не означает, что они пользуются безнаказанностью в отношении любых преступлений, которые они могли совершить, независимо от их тяжести. Иммунитет от уголовной юрисдикции и индивидуальной уголовной ответственности совершенно разные понятия. Хотя судебный иммунитет имеет процессуальный характер, уголовная ответственность это вопрос материального права. Судебный иммунитет вполне может препятствовать возбуждению ведения уголовного преследования за определенный период времени или за определенные преступления, он не может освободить человека, к которому он относится от всей уголовной ответственности.

61. Соответственно, иммунитеты, которыми пользуется по международному праву действующий или бывший министр иностранных дел не являются препятствием для уголовного преследования в определенных обстоятельствах.

Во-первых, такие лица не пользуются иммунитетом от уголовного преследования в рамках международного права в своих странах, и таким образом могут быть судимы в судах тех стран, в соответствии с соответствующими нормами внутреннего законодательства.

Во-вторых, они перестанут пользоваться иммунитетом от иностранной юрисдикции, если государство, которое они представляют или представляли, решает отказаться от иммунитета.

В-третьих, после того, человек перестает занимать должность министра иностранных дел, он или она больше не будут пользоваться всеми иммунитетами, которые признаются международным правом в других государствах. При условии обладания юрисдикцией в соответствии с международным правом, суд одного государства может привлечь к судебной ответственности бывшего министра иностранных дел другого государства в отношении действий, совершенных до или после его или ее срока пребывания на должности, а также в отношении действий, совершенных во время срока пребывания в статусе частного лица.

В-четвертых, против действующего или бывшего министра иностранных дел может быть возбуждено уголовное разбирательство в некоторых международных уголовных судах, в пределах их юрисдикции. Примеры включают Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный трибунал по Руанде, созданные в соответствии с резолюциями Совета Безопасности на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, и будущего Международного уголовного суда, созданного в 1998 году Римской конвенцией. Статут последнего прямо предусматривает, в статье 27 пункте 2, что «иммунитет или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица, будь то согласно национальному или международному праву, не должны препятствовать осуществлению Судом своей юрисдикции в отношении такого лица».

Заявление судьи Рандзева

[Стр. 58 Заявл. Рандзева] Я подвожу итог о том, что вопрос об универсальной юрисдикции заочно возникает из-за проблемы, созданной возможностью экстерриториальной уголовной юрисдикции, при отсутствии какой-либо связи между государством, требующим такой юрисдикции и территорией, на которой предполагаемые преступления состоялась, с любым действующим органом власти в государстве подозреваемых правонарушителей. Эта проблема связана с характером акта уголовного процесса: это не просто завладение, он имеет исковую силу, и, как таковой, требует минимальной материальной базы в соответствии с международным правом. Отсюда следует, что прямой запрет на осуществление, как толковала Бельгия, универсальной юрисдикции, не является достаточным основанием.

Отдельное мнение судей Хиггинса, Коойманса и Бюргенталья

[Стр. 80-81 От.М. Хиггинс, Коойманс, Бюргенталь] Если, в деле, государство может предпочесть осуществить универсальную уголовную юрисдикцию заочно, то тогда оно также должно гарантировать некоторую защиту. Абсолютно необходимо предотвратить нападки и гарантировать, что отказ в освобождении от наказания не ставит под угрозу стабильные отношения между государствами.

Уголовная юрисдикция не может вершиться при неуважении неприкосновенности или нарушении иммунитета имеющего отношение к делу лица. Мы вернемся ниже к определенным аспектам этой стороны, но сейчас отметим, что начало расследования, на основании которого ордер на арест может быть выдан позже, само по себе не нарушает эти принципы. Функция извещения, предоставляемая международным правом иммунитетов, не требует, чтобы государства держали себя неинформированными.

Государство намеревающееся возбудить уголовное дело на основании универсальной юрисдикции должно сначала предложить государству предполагаемого обвиняемого возможность самим действовать по обвинению имеющего отношение к делу лица. Суд ссылается на эти элементы в контексте данного дела в пункте 16 своего решения.

Кроме того, такие обвинения могут быть вынесены только прокурором или следственным судьей (*jude d'instruction*), который действует в полной независимости, без ссылок или контроля со стороны правительства этого государства. Более того, желаемое равновесие между борьбой с безнаказанностью и продвижением хороших межгосударственных отношений возможно будет сохранить, только если есть особые обстоятельства, которые требуют осуществления международной уголовной юрисдикции, и если это было доведено до сведения прокурора или следственного судьи. Например, лиц, связанных с жертвами дела, будут обязывать к возбуждению судебного разбирательства.

***Права человека и ответственность государства,
Джеймс Кроуфорд²⁷⁴*****(а) Прямая ответственность вооруженных оппозиционных групп**

Соответствующие правила изложены в Статьях об ответственности государств относительно Государственной ответственности. Они не от-

²⁷⁴ 12th Raymond & Beverly Sackler Distinguished Lecture Series (October 25, 2006).

носятся к общему праву ответственности. Не касаясь вопроса отнесения действий мятежника к Государству, можно поднять вопрос, может ли такое движение взять на себя ответственность в рамках международного права – например, за действия в нарушение положения о правах человека.

Протокол I к Женевским конвенциям 1949 года расширяет защиту и применение всеобщей статьи 2 Конвенции к «вооруженным конфликтам, в которых люди ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение, как это закреплено в Уставе Организации Объединенных Наций и Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Сил». Ссылка на Протокол 2 является неполной, и, даже в форме ее изложения, он не указывает прямо на ответственность вооруженных оппозиционных групп, вовлеченных во внутренние вооруженные конфликты. Вполне возможно, что, поскольку Протокол распространяется на такие группы права, относящиеся к праву и ситуации межгосударственной войны, то Протокол также устанавливает их ответственность на основе аналогичной ответственности государств.

Зегвельд изложил свою точку зрения о том, что большинство этих законов, касающихся внутренней вооруженной оппозиции, связаны с правами пострадавших – то есть, к нарушениям прав человека и гуманитарных интересов гражданских лиц, схваченных во внутренних конфликтах; и что эта точка закона захватывает в себе игнорирование вопроса отнесения ответственности – то есть, вопроса против кого противопоставлять права потерпевшего²⁷⁵.

Хотя международные органы не решались приписывать нарушения прав человека вооруженным оппозиционным группировкам, были случаи, в которых нарушения прав человека были выявлены в ходе внутренних вооруженных конфликтов. Например, Межамериканская комиссия, в своем Втором докладе о ситуации прав человека в Колумбии (1993), изложила, что деятельность вооруженных групп «причиняет ущерб осуществлению самых важных прав человечества».²⁷⁶ Специальные докладчики и председатели рабочей группы Комиссии ООН по правам человека как-то заметили: «могут оказать побочные эффекты (действия вооруженных

²⁷⁵ Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p 3.

²⁷⁶ Inter-American Commission Second Report on the Situation of Human Rights in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, p 213 (1993).

групп) на осуществление прав человека»²⁷⁷. Генеральный секретарь ООН в своем докладе за 1999 год об Основополагающих Стандартах Гуманности, отметил, что «некоторые утверждают, что негосударственные субъекты также должны быть привлечены к ответственности в соответствии с международным законом о праве человека, особенно в ситуациях, когда государственные структуры больше не существуют или когда Государства не могут или не хотят наказывать за преступления, совершенные негосударственными субъектами»²⁷⁸. Это, однако, весьма сомнительно, так как практика международных органов по правам человека отнюдь не устанавливает международную ответственность вооруженных оппозиционных групп, занимающихся военными действиями против Государства. В самом деле, в разных случаях, когда государства заявляют о факте нарушения прав человека вооруженными оппозиционными группами, Комиссия по правам человека сопротивлялась характеризовать действия вооруженных групп как нарушения прав человека²⁷⁹.

(б) Прямая ответственность частного сектора за соучастие с государством

Федеральный закон США предоставляет возможность частным лицам в судебном процессе установить прямую ответственности частного сектора за соучастие с государством в нарушении прав человека.

Данная позиция, которая является необычной в национальном законодательстве в целом, связана с Законом о деликтных исках иностранцев, который предусматривает, что [Федеральный] Окружной суд имеет первоначальную юрисдикцию в отношении какого-либо гражданского действия иностранца, совершенного в нарушение норм международного права или договоров Соединенных Штатов»²⁸⁰. После долгого периода забвения, закон был применен для установления юрисдикции в претензии парагвайских граждан против парагвайских властей по обвинению в применении пыток, дел Филартига против Пена-Ирала²⁸¹, что явилось

²⁷⁷ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1997/3, para 44: Report of the Meeting of Special Rapporteurs/Representatives Experts and Chairpersons of Working Groups of the Special Procedures of the Commission on Human Rights and the Advisory Services Programme, 30 September 1996. Quoted in Zegveld, 38-9..

²⁷⁸ Report of the Secretary-General on Fundamental Standards of Humanity, Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/92 (para 13), 18 December 1998. Quoted in Zegveld, 47.

²⁷⁹ Zegveld 46 and n 132.

²⁸⁰ Judiciary Act of 1789, ch 20 2 9(b), 1 Stat 73, 77 (1789), codified at 28 USC s 1350.

²⁸¹ 630 F.2d 876 (2nd Cir 1980).

стартом современной дискуссии о смысле выражения с XVIII века «нарушение права наций»²⁸². Нижестоящие суды находились в колебании между ограничительным мнением о том, что выражение «право наций» относится к международному праву так же как и в 1789 году²⁸³, и широким мнением, что закон устанавливает основания для иска в рамках любой действующей нормы международного права. Верховный суд предпочел второе мнение в деле Кока против Альварес Мачэйн²⁸⁴.

В двух пост-Соса решениях в федеральных судах был рассмотрен вопрос отнесения серьезных нарушений прав человека к частному сектору. Дело Сарей против Рио Тинто Пик, которое рассматривалось 7 августа 2006 года в составе трех судей в Апелляционном суде девятого округа, возникло по причине деятельности британской горнодобывающей компании на острове Бугенвиль в Папуа-Новой Гвинее²⁸⁵. Дело Пресвитерианская церковь в Судане против Талисман Энерджи Инк., которое рассматривалось 12 сентября 2006 года в Окружном суде Южного округа Нью-Йорка, возникло по причине деятельности канадской горнодобывающей компании в Судане²⁸⁶. В обоих случаях федеральная юрисдикция утверждается на основе возбуждения деликтных исков иностранцами. Вышеуказанные дела поднимают вопросы, касающиеся ответственности субъектов частного сектора по международному праву за свои действия, а также о соучастии субъектов частного сектора в актах, совершенных государством, на территории которых они работают.

Дело истцов в Рио-Тинто было отклонено районным судом на основании того, в нем были представлены политические вопросы, не касающиеся суда, а также было запрещено под воздействием доктрины государства и доктрины международной вежливости. Апелляционный суд изложил факты, так как утверждают истцы:

«[Т] Ответчик Рио Тинто, международная горнодобывающая компания, при содействии правительства PNG, совершила различные вопиющие нарушения норм общего и обычного международного права, включая расовую дискриминацию, экологическую катастрофу, военные престу-

²⁸² Some of the issues were identified immediately after *Filartiga*: see, e.g., Daniel Dokos, “Enforcement of International Human Rights in Federal Courts After *Filartiga v Penaral*,” (1981) 67 *Virginia Law Review* 1379.

²⁸³ See *Tel-Oren v Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 724, 823 (D.C. Cir. 1984, Bork J concurring).

²⁸⁴ 542 U.S. 692 (2004).

²⁸⁵ 456 F.3d 1069 (9th Cir. 2006; Fisher CJ; Bybee CJ dissenting).

²⁸⁶ F.Supp. 633, 12 September 2006 (Cote J).

пления и Преступления против человечности, с тяжелыми последствиями для многих граждан PNG»²⁸⁷.

Чернорабочие Рио Тинто в местах добычи меди и золота, как предполагалось, жили в «рабских» условиях. Их психическое и физическое здоровье было повреждено, также как и окружающая среда из-за отходов добычи полезных ископаемых. Началась гражданская война между Бугенвильцами и PNG, которые стремились отделиться от последних. Так продолжалось десять лет, и это повлекло тяжкие нарушения прав человека и гуманитарного права²⁸⁸. Нижестоящий суд постановил, что «в случае доаанности, обвинения поддерживают ответственность по отношению к Rio Tinto для определенных действий, совершенных правительством PNG», и что истцы заявили «обоснованные претензии АТСА по вопросам расовой дискриминации, преступлений против человечества и нарушений законов и обычаев войны»²⁸⁹.

Ответственность командира/ коммандующего

*Прокурор против Живеная Казьилели, 2003*²⁹⁰

740. Из доказательств, представленных в настоящем разделе, и выводов относительно активного участия обвиняемого в убийствах, которые произошли в коммунах Мукинго, Нкули и Кигомбе в апреле 1994 года, следует, что обвиняемый знал, что Интерахамве из коммун Мукинго и Нкули, которые были под его постоянным контролем в то время, принимали участие в этих убийствах. Палата считает, что обвиняемый не принял никаких мер, чтобы предотвратить или остановить эти действия. Делая данный вывод, палата нашла дальнейшее подтверждение в показаниях свидетеля обвинения о тяжких телесных повреждениях, который заявил, что он умолял обвиняемого остановить убийства, но обвиняемый отказался, заявив, что «необходимо продолжить охоту на тех, кто выжил»²⁹¹.

²⁸⁷ 456 F.3d 1069, 1074.

²⁸⁸ *ibid*, 1075.

²⁸⁹ *Sarei v Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp.2d 1116 (C.D. Cal. 2002), 1148-9, 1139-63.

²⁹⁰ International Criminal Tribunal for Rwanda, Judgement of 1 December 2003 Case Mp. ICTR-98-44A-T.

²⁹¹ T. 17 July 2001, pp. 59-61 (GBH).

Таким образом, хотя прокуратура не представила никаких доказательств, устанавливающих, действительно ли обвиняемый имел полномочия издать пропуска в период между 1 января 1994 года и 26 июня 1994 года, или что он отказался сделать это, Палата считает, что Обвиняемый не смог предотвратить или остановить убийства с начала до середины апреля 1994 года в коммунах Мукинго, Нкули и Кигомбе.

770. Статья 6 (3) Устава МТР признает уголовную ответственность начальника, в силу его знания о действиях и упущениях подчиненных и за неспособность предотвратить, дисциплинировать, или наказывать преступные действия своих подчиненных при подготовке и исполнении предъявляемых преступлений. Принцип высшей ответственности, который вытекает из принципа личной уголовной ответственности, как это применяется в судебных процессах Нюрнберга и Токио, впоследствии был закреплен в статье 86 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям в 1977 году. Статья 6 (3) Статута, которая применима к геноциду, преступлениям против человечества и серьезным нарушениям статьи 3, общей для Женевских конвенций и Дополнительного протокола II, гласит: тот факт, что любое из действий, указанное в статьях 2 и 4 настоящего Статута, совершенное подчиненным, не освобождает его или ее начальника от уголовной ответственности, если он или она знал(а) или имел(а) предположения о том, что подчиненный собирается совершить такие действия, или сделал это, и начальник не принял необходимые и разумные меры для предотвращения таких действий или для наказания виновных в них²⁹².

771. Судебная практика как МТР так и МТБЮ признала, что гражданский или военный начальник, с или без официального статуса, может быть привлечен к уголовной ответственности за преступления, совершенные подчиненными, которые находятся под его контролем²⁹³. Порядок соподчиненности между начальником и подчиненным может быть как прямым, так и косвенным²⁹⁴.

772. Следующие три одновременных условия должны быть выполнены до того, как начальник может быть привлечен к уголовной ответственности за действия своих подчиненных:

²⁹² International Criminal Tribunal for Rwanda ICTR Statute, Article 6(3).

²⁹³ Semanza, Judgment (TC), para. 400; Bagilishema, Judgment (AC), paras. 50 and 51; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 294; Musema, Judgment (TC), para. 148; Celebici, Judgment (AC), paras. 192-196.

²⁹⁴ Semanza Judgment (TC), para. 400.

(i) существуют отношения начальник – подчиненный, между человеком, против которого выдвинуто обвинение, и лицом, совершившим преступление;

(ii) начальник знал или должен был знать, что преступное деяние должно было быть или было совершено²⁹⁵;

(iii) начальник осуществлял эффективный контроль для предотвращения преступления или для привлечения к наказанию виновных в них²⁹⁶.

775. Чтобы привлечь начальника к ответственности за преступное поведение подчиненных, палата должна быть уверена в том, что он или она знал(а) или должен(а) был(а) знать о таком поведении.

776. Более высокая позиция в иерархической цепочке вместе с властью над данной географической областью не ведет к прямой ответственности за преступления подчиненных²⁹⁷. Хотя иерархическое положение человека может быть значительным индициум (индикатором) того, что он или она знали или должны были знать о преступных действиях подчиненных, само по себе более высокая иерархическая позиция не является достаточной²⁹⁸.

777. Начальник обязан действовать тогда, когда он или она знал(а) или имел(а) основания знать, что подчиненные совершили или были на грани совершения преступлений, предусмотренных статьями 2, 3 и 4 Устава²⁹⁹.

²⁹⁵ For example, crimes within the jurisdiction of the Tribunal.

²⁹⁶ Celebici, Judgment (AC), paras. 189-198, 225-226, 238-239, 256 and 263; Celebici, Judgment (TC), para. 346; Blaskic, Judgment (TC), para. 294; Aleksovski, Judgment (TC), para. 69; Kordic, Judgment (TC), para. 401; Kunarac and Kovac, Judgment (TC), para. 395; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), paras. 217-231; Bagilishema, Judgment (AC), paras. 26-62 ; Bagilishema, Judgment (TC), paras. 38-50; Semanza, Judgment (TC), para. 400; Niyitegeka, Judgment (TC), para.477.

²⁹⁷ Semanza, Judgment (TC), para. 404; Bagilishema, Judgment (TC), paras. 44-45; Akayesu, Judgment (TC), para. 489.

²⁹⁸ Semanza, (TC), para. 404; Bagilishema, Judgment (TC), para. 45.

²⁹⁹ Semanza, (TC), para. 404; Bagilishema, Judgment (TC), para. 45.

Геноцид

Дело о применении конвенции о предотвращении и наказании преступлений геноцида (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)³⁰⁰

186. Суд отмечает, что геноцид, как это определено в статье II Конвенции, включает в себя «действие» и «намерение». Хорошо известно, что такие действия как -

- (а) убийство членов группы;
- (б) причинение серьезных телесных повреждений или психических расстройств членам группы;
- (в) предумышленное создание таких жизненных условий для группы, которые рассчитаны на физическое уничтожение ее в целом или частично;
- (г) принятие мер, рассчитанных на предотвращение деторождения в группе; [и]
- (д) насильственная передача детей из одной группы в другую

сами включают в себя субъективные факторы. «Убийство» должно быть намеренным, так же как и «причинение серьезных телесных повреждений или психического расстройства». Субъективные факторы ясно изложены в пунктах (с) и (е) статьи II словами «умышленно» и «намеренно», не говоря уже о том, что подразумевают слова «причинение» и «применение», а также насильственное перемещение тоже относится к целенаправленным преднамеренным действиям. Действия, по словам КМП, по своей природе сознательные, преднамеренные, или являются волевыми актами (Комментарий к статье 17 в 1996 году проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, КМП за 1996 год/Ежегодник Международной комиссии по международному праву.- 1996.- Том II. Часть вторая.- Стр. 44.- П.5).

187. Помимо перечисленных, статья II требует дополнительных субъективных факторов. Надо установить, что имелись «намерения уничтожить, полностью или частично,... [компенсируемую] группу как

³⁰⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

таковую». Недостаточно установить, как например, в условиях пункта (а), что произошли преднамеренные незаконные убийства членов группы. Дополнительные намерения также должны быть установлены, и очень точно определены. Это часто относят к специальным или конкретным намерениям или *dolusspecialis*, в данном судебном деле это, как правило, называют «конкретное намерение (*dolusspecialis*)».

Того факта, что члены группы являются мишенью по той причине, что они относятся к этой группе, недостаточно. Требуется что-то большее. Действия, перечисленные в статье II, должны быть совершены с намерением уничтожить группу как таковую в целом или частично. Словами «как таковую» подчеркивается намерение уничтожить защищаемую группу.

188. Специфика намерения и ее конкретные требования выделены, когда геноцид является частью контекста других смежных преступных деяний, в частности, Преступления против человечности и уничтожение, что было отмечено Судебной палатой Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (в дальнейшем «МТБЮ» или «Трибунал») в деле Купрескича:

«Требование определения вины выше, чем за обычные Преступления против человечности, хотя и ниже, чем за геноцид. В этой связи Судебная палата хочет отметить, что уничтожение, как преступление против человечества, является преступлением, принадлежащим к тому же роду что и геноцид. И уничтожение, и геноцид, являются преступлениями, совершенными в отношении лиц, принадлежащих к определенной группе, которые являются мишенью по причине такой принадлежности. В обоих случаях присутствует такой важный фактор, как намерение дискриминировать: атаковать лиц по причине их этнической, расовой или религиозной принадлежности. Если в случае уничтожения, дискриминационное намерение может принимать разнообразные формы бесчеловечности и проявляется во многих действиях, включая убийства, то в случае геноцида, это цель должна сопровождаться намерением уничтожить, полностью или частично компенсируемую группу как таковую. Таким образом, можно сказать, что, с точки зрения *mens rea*, геноцид является крайней и самой бесчеловечной формой уничтожения. Иначе говоря, когда уничтожение доходит до крайней формы умышленного и тщательно спланированного действия, направленного на уничтожение группы или части группы, можно будет отметить, что такое уничтожение является актом геноцида» (IT-95-16-T, постановление от 14 января 2000 года, пункт 636).

190. ...Как заметил МТБЮ, в то время как существуют «очевидные сходства между геноцидной политикой и политикой, широко известной

как «этнические чистки» (Крстич, IT-98-33-T, Решение Судебной палаты 2 августа 2011 года, пункт 562), все же «должно быть проведено ясное различие между физическим уничтожением и простой ликвидацией группы. Высылка группы или части этой группы само по себе недостаточны для геноцида». (дело Стакича, IT-97-24-T, Решение Судебной палаты, 31 июля 2003 года, пункт 519). Другими словами, приведет ли к геноциду конкретная операция, описываемая как «этнические чистки», зависит от наличия или отсутствия актов, перечисленных в статье 2 Конвенции о геноциде, а также намерением уничтожить группу как таковую. На самом деле, в контексте Конвенции термин «этническая чистка» сам по себе не имеет никакого юридического значения. Тем не менее, ясно, что акты «этнической чистки» могут происходить параллельно с действиями, запрещенными II статьей Конвенции, и могут быть важными для свидетельствования о наличии конкретного намерения (определенного умысла), вдохновляющего эти действия.

Жоргиц против Германии, Решение Европейского суда по правам человека, 2007³⁰¹

3. Заявитель, ссылаясь на статью 5 пункт 1 (а) и статью 6, пункт 1 Конвенции, утверждал, что немецкие суды не обладают юрисдикцией, чтобы признать его виновным в геноциде. Он также утверждал, что, в частности, из-за отказа национальных судов вызвать свидетеля защиты, который должен был быть вызван за рубеж, у него не было справедливого судебного разбирательства в рамках статьи 6 пункты 1 и 3 (d) Конвенции. Более того, он жаловался, что его осуждение в геноциде было нарушением статьи 7 пункт 1 Конвенции, в частности, потому что широкое толкование национальными судами этого преступления не имело оснований в немецком или международном публичном праве.

8. 16 декабря 1995 года заявитель был арестован при въезде в Германию и помещен в СИЗО на том основании, что он подозревается в совершении актов геноцида.

18. Кроме того, суд установил, что заявитель действовал с намерением совершить геноцид в рамках статьи 220а Уголовного кодекса. Ссылаясь на мнение, высказанное несколькими юридическими писателями, было заявлено, что «уничтожение группы» в рамках статьи 220а Уголовного

³⁰¹ Jorgic v. Germany, Application no. 74613/01, European Court of Human Rights, 12 July 2007.

кодекса означало уничтожение группы как социальной единицы в ее самобытности и особенности и ее чувства принадлежности друг к другу; не было необходимости в биолого-физическом уничтожении. Был сделан вывод о том, что заявитель действовал именно с таким намерением уничтожить группу мусульман на севере Боснии, или, по крайней мере, в области Добой.

35. Статья 220а Уголовного кодекса была вставлена в Уголовный кодекс Германии в соответствии с Законом от 9 августа 1954 года о присоединении Германии к Конвенции о геноциде и вступила в силу в 1955 году. Статьи 6 и 220а Уголовного кодекса перестали быть в силе с 30 июня 2002 года, когда кодекс о преступлениях против международного права вступил в силу. В соответствии со статьей 1 нового Кодекса, она применяется к уголовным преступлениям против международного права, таких, как геноцид (см. статью 6 нового Кодекса), даже если преступление было совершено за границей и не имеет никакого отношения к Германии.

99. Правительство признало, что в своем постановлении от 2 августа 2001 года в деле Прокурора против Крстича, Судебная палата МТБЮ, при удовлетворении апелляции, в прямой форме отвергла толкование Федерального конституционного суда о понятии «намерения уничтожить» в своем решении по данному делу. Опираясь на принцип “нет преступления без предусматривающего его закона”, МТБЮ утверждал, в первый раз, что преступление геноцида в международном публичном праве было ограничено актами, направленными на физическое или биологическое уничтожение группы. Однако, это узкое толкование содержания преступления геноцида МТБЮ в 2001 году, которое, по их мнению, не было убедительным, не ставит под сомнение тот факт, что он был предвидимым для заявителя, когда он совершал свои преступления в 1992 году, что это будет квалифицировано как геноцид. В любом случае, немецкие суды не квалифицировали этническую чистку в целом как геноцид, но было установлено, что заявитель, в обстоятельствах дела, был виновен в геноциде, так как он намеревался уничтожить группу как социальную единицу, а не просто вытеснить их.

105. Суд отмечает, что национальные суды систематически истолковывали «умысел уничтожения таких групп» в контексте статьи 220а пункта 1 Уголовного кодекса в целом, принимая во внимание особенности альтернативы №4 (о введении мер, которые направлены на предотвращение рождения детей в этой группе), и № 5 (насильственное перемещение детей из одной группы в другую группу), в том положении, которое не требовало физического уничтожения живых членов этой группы. Суд

считает, что «толкование» национальных судов о «намерении уничтожить группу» не делает необходимым физическое уничтожение группы, которая также была принята рядом ученых (см. пункты 36 и 47 выше), поэтому что покрывается формулировкой в данном контексте, о преступлении геноцида в Уголовном кодексе, что не кажется неразумным.

113. Учитывая вышеизложенное, Суд приходит к выводу, что, хотя многие властные структуры благоприятствовали узкому толкованию преступления геноцида, но уже тогда существовали позиции, которые истолковали преступления геноцида в более широком виде, как в Немецких судах. При таких обстоятельствах, Суд считает, что заявитель, в случае необходимости с помощью адвоката, мог разумно предвидеть, что он рисковал быть обвиненным и осужденным за деяния геноцида, которые он совершил в 1992 году. В связи с этим, Суд также должен учитывать тот факт, что заявитель был признан виновным в действиях значительной тяжести и продолжительности: убийство нескольких человек, содержание под стражей и жестокое обращение с большим количеством людей в течение нескольких месяцев в качестве лидера военизированной группировки в погоне за политикой этнических чисток.

Прокурор против Живеняля Кажылиели, 2003³⁰²

803. Как и другие преступления, преступления геноцида требуют определения как виновной воли (*mens rea*), так и противоправного действия (*actus reus*). Виновная воля за геноцид включает в себя конкретные намерения или специальный умысел, описанный в общем положении статьи 2 (2) Статута - то есть совершение акта геноцида «с намерением уничтожить, полностью или частично, национальную, этническую, расовую или религиозную группу». А противоправное действие состоит из пяти актов, указанных в статье 2 (2) Статута, как показано выше³⁰³.

• Свидетельство о конкретных намерениях

804. При определении конкретного намерения в преступлении геноцида поучительно рассмотреть следующие положения Судебной палаты I по делу Акайесу:

³⁰² International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of: 1 December 2003. Case No. ICTR-98-44A-T.

³⁰³ See above: Part IV, Section D.

«Намерение является психическим фактором, который трудно, даже невозможно определить. Это является причиной, почему в отсутствие признания от обвиняемого, его намерения могут быть выведены из определенного количества презумпций факта. Счетная палата считает, что можно вывести намерения геноцида, присущие конкретному акту, вытекающему от общего контекста совершения других виновных действий, систематически направленных против той же группы, независимо от того, были ли эти деяния совершены одним и тем же преступником или нет. Другие факторы, такие, как масштаб зверств, их общий характер, в регионе или стране, или, кроме того, факт преднамеренно и систематически ориентированного на жертву из-за принадлежности к определенной группе, исключая при этом членов других групп, позволяют определить цель конкретного акта»³⁰⁴.

806. В деле Кайишема и Рузиндана³⁰⁵, Судебная палата II также решила, что будет трудно найти явного проявления намерения преступников. При этих обстоятельствах Палата постановила, что действия преступника, в том числе косвенные доказательства, могут предоставить достаточно доказательств о намерениях³⁰⁶. По данным палаты, некоторыми из признаков намерения могут быть такие доказательства, как физические нападения на группы или их имущество; использование пренебрежительных высказываний по отношению к членам целевой группы; используемое оружие и степень наносимых увечий; методичность планирования, систематические убийства³⁰⁷. Такое лидерство включает в себя политических и административных лидеров, религиозных лидеров, ученых и интеллектуалов, бизнесменов и других - совокупность таковых может быть сильным признаком геноцида, независимо от фактической численности убитых»³⁰⁸.

• **Уничтожить**

808. Обвиняемый может нести ответственность в соответствии со статьей 2, если он намерен уничтожить [...] группу. Судебная палата Трибунала,

³⁰⁴ Akayesu, Judgment (TC), para. 523.

³⁰⁵ Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 93.

³⁰⁶ The Chamber drew conclusions from a legal text, which cited the Final Report of Commission of Experts to the effect that the specific intent may be inferred from sufficient facts such as the number of group members affected: see Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 93.

³⁰⁷ Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 93.

³⁰⁸ Jelusic, Judgment (TC), 14 December 1999, para. 82.

в частности, в деле Семанза сослалась на доклад Комиссии международного права, который гласит, что под уничтожением в статье 2 понимается «материальное уничтожение группы физическими или биологическими средствами, а не уничтожение национальной, языковой, религиозной, культурной или иной идентичности конкретной группы»³⁰⁹.

• Полностью или частично

809. В соответствии со статьей 2, обвиняемый может нести ответственность, если он намерен уничтожить, полностью или частично [...] группу. «Как было объяснено в решениях этого трибунала, для того, чтобы установить намерение уничтожить «в целом или частично», нет необходимости показывать, что преступник, добивался полного уничтожения группы со всех уголков земного шара. Тем не менее, преступник должен иметь намерение уничтожить большую часть определенной группы»³¹⁰. По сути дела, Судебная Палата по делу Семанза, заметив, что в то время как прокуратура должна установить, вне всяких разумных сомнений, намерения преступника уничтожить определенные группы в целом или в части, не существует числовой порог жертв, необходимых для установления геноцида³¹¹.

• Защищенные группы

811. В соответствии со статьей 2, требуется доказать, что обвиняемый в совершении геноцида стремился уничтожить «национальную, этническую, расовую или религиозную» группу. Судебная палата данного Трибунала отметила, что изложенная концепция не используется вообще, либо каждое понятие должно оцениваться в свете конкретных политических, социальных, исторических и культурных контекстов³¹². Соответственно, для применения конвенции по предупреждению и наказанию преступлений Геноцида, членство в группе это скорее, в сущности, субъективная нежели объективная концепция, где преступник геноцида воспринимает жертву как принадлежащую группе, которую планируется уничтожить»³¹³.

³⁰⁹ See “ILC Report 1996; Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind”, p. 90; Semanza, Judgment (TC), 15 May 2003, para. 315; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 95.

³¹⁰ See “ILC Report 1996; Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind”, p. 90; Bagilishema, Judgment (TC), para. 64; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para.96; Akayesu, Judgment (TC), para.496 - 499; Semanza, Judgment (TC), para. 316.

³¹¹ Semanza, Judgment (TC), para. 316.

³¹² Bagilishema, Judgment (TC), para. 65; Musema, Judgment (TC), para. 161.

³¹³ Rutaganda, Judgment (TC), para. 56; Musema, Judgment (TC), para. 161; Semanza,

Таким образом, «определение категории группы должны быть в каждом конкретном случае на индивидуальной основе, со ссылкой на объективные и субъективные критерии»³¹⁴.

• **Противоправное действие**

812. Противоправное действие за преступление геноцида, предусмотрено статьей 2 (2) Статута. Так как вопросы, возникающие в данном деле, ограничены, палата должна только провести обзор смысла следующих требований: (а) «убийство членов группы», а также (б) «причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы».

843. Палата находит вне всяких разумных сомнений, что обвиняемый несет уголовную ответственность за акты геноцида (убийство членов этнической группы тутси), совершенные его подчиненными в коммунах Мукинго и Нкули и в апелляционном суде Рухенгери коммуны Кигомбе, в соответствии со статьей 6 (3) Статута.

Прокурор против Радислава Крстича, 2004³¹⁵

6. Статья 4 Судебного закона, как и Конвенция о геноциде³¹⁶, покрывает некоторые поступки, совершенные с «намерением полностью или частично уничтожение как таковых национальных, этнических, расовых или религиозных групп». Официальное обвинение по этому случаю утверждало, что Радислав Крстич «намеревался уничтожить часть боснийских мусульман в качестве национальных, этнических и религиозных групп»³¹⁷. Нацеленная группа определена в официальном обвинении и признана Судебной палатой как боснийские мусульмане³¹⁸. Судебная палата установила, что боснийские мусульмане своеобразные, особенные люди, поэтому ситуация регулируется Статьей 4³¹⁹. Данный вывод не оспорен в этой апелляции³²⁰.

Judgment (TC), para. 317.

³¹⁴ Semanza, Judgment (TC), para. 317.

³¹⁵ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991. Case No: IT-98-33-A. Date: 19 April 2004.

³¹⁶ Article II of the Genocide Convention.

³¹⁷ Indictment, para. 21.

³¹⁸ See Trial Judgement, para. 558 (“the indictment in this case defined the targeted group as the Bosnian Muslims”).

³¹⁹ Ibid., paras. 559 - 560.

³²⁰ See Defence Appeal Brief, paras. 28, 38.

7. Как стало очевидно из Официального обвинения, Крстич не был намерен уничтожить целую национальную группу боснийских мусульман, а только её часть. Первый вопрос, представленный в этой апелляции имел ли Радислав Крстич геноцидные намерения, Судебная палата определила значимую часть боснийских мусульман, которые в некоторой степени соответствуют требованиям статьи 4 и Конвенции о геноциде.

8. Хорошо известно, что там, где приговор за геноцид зависит от намерения уничтожить защищенную группу «частично», часть должна быть существенной частью этой группы. Целью Конвенции о геноциде является предотвращение преднамеренного уничтожения целых человеческих групп, и эта часть должна быть достаточно существенной, чтобы оказать влияние на группу в целом. Хотя Апелляционная палата еще не рассматривала этот вопрос, две Судебные палаты этого Трибунала рассмотрели его. В деле Jelisić, в первом случае противостояния вопросу, Судебная палата отметила «учитывая цель Конвенции (о геноциде) справится с массовыми преступлениями, это широко признано, что намерение уничтожить должно быть направлено, по крайней мере, на значительную часть группы»³²¹. К тому же самому выводу пришла Судебная палата в деле Sikirica: «Эта часть определения требует доказательств, что было намерение уничтожить значительное число по отношению к общей численности населения группы»³²². Как эти Судебные палаты объяснили, вещественность требования захватывает определяющий характер геноцида как преступления массового характера и отражает обеспокоенность Конвенции о влиянии уничтожения целевой части на общую выживаемость группы»³²³.

15. В этом случае, определяя защищенную группу как национальную группу боснийских мусульман, Судебная палата заключила, что целями части Главного штаба VRS и Радислава Крстича были боснийские мусуль-

³²¹ Jelisić Trial Judgement, para. 82 (citing Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session, 6 May – 26 July 1996, G.A.O.R., 51st session, Supp. No. 10 (A/51/10) (1996), p. 89; Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960) (1st ed. 1949), p. 63; Genocide Convention, Report of the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate, 18 July 1981), p. 22). The Jelisić Trial Judgement was reversed in part by the Appeals Chamber on other grounds. See Jelisić Appeal Judgement, para. 72. The Trial Chamber's definition of what constitutes an appropriate part of the group protected by the Genocide Convention was not challenged.

³²² Sikirica Judgement on Defence Motions to Acquit, para. 65.

³²³ Jelisić Trial Judgement, para. 82; Sikirica Judgement on Defence Motions to Acquit, para. 77.

мане в Сребренице, или боснийские мусульмане Восточной Боснии. Этот вывод соответствует требованиям, перечисленным выше.

24. Защита также утверждает, что Судебная палата допустила ошибку в описании поведения, из-за которого Радислав Крстич осужден за геноцид. Судебная палата, Защита представляют на рассмотрение непозволительно расширенное определение геноцида, заключив, что усилия для вытеснения сообщества от своего традиционного проживания достаточны, чтобы показать, что предполагаемый злоумышленник, намеревался уничтожить защищенную группу³²⁴.

25. Конвенция о геноциде, и Международное обычное право в целом, запрещают только физическое или биологическое разрушение человеческой группы. Судебная палата прямо признала это ограничение, и воздерживалась от какого-либо более широкого определения. Палата заявила: «Международное обычное право ограничивает определение геноцида действиями, стремящимися к физическому или биологическому уничтожению всей или части группы. Предприятие, атакующее только культурную или социологическую характеристики человеческой группы, чтобы уничтожить элементы, которые придают этой группе свою собственную идентичность, которые в отличие от остальных членов сообщества не будут подпадать под определение геноцида»³²⁵.

26. Судебная палата установила, что при выполнении захвата боснийских мусульман, VRS не делало различий между мужчинами военного положения и гражданскими лицами³²⁶. Несмотря на то, что гражданское население, несомненно, способно носить оружие, оно не составляет такую же военную угрозу как профессиональные солдаты. Судебная палата, поэтому вправе сделать вывод, что, убивая гражданских пленных, VRS не намерен только устранить их в качестве военной опасности. Судебная палата также установила, что некоторые из жертв были с физическими дефектами, и по этой причине, вряд ли были бойцами³²⁷. Этот факт также поддерживает вывод Судебной палаты о том, что уничтожение этих людей не было вызвано исключительно военным обоснованием.

27. Более того, Судебная палата подчеркнула, термин «мужчины призывного возраста» сам по себе был неправильным, так как группа, убитая

³²⁴ Defence Appeal Brief, para. 43.

³²⁵ Trial Judgement, para. 580. See also *ibid.*, para. 576 (discussing the conclusion of the International Law Commission, quoted in note 39, *supra*).

³²⁶ *Ibid.*, paras. 547, 594.

³²⁷ *Ibid.*, para. 75 & n. 155.

VRS, включала в себя мальчиков и стариков за пределами этого диапазона³²⁸. Хотя молодые и пожилые мужчины все равно были способны носить оружие, Судебная палата имела право заключить, что они не представляют серьезной военной угрозы, и сделать вывод, что дальнейшее решение VRS убить их не исходило исключительно из намерения устранить их как угрозу. Убийство мужчин военных лет было, конечно, физическим уничтожением, а также учитывая сферу убийств, Судебная палата могла законно сделать вывод, что их истребление было мотивировано намерением геноцида.

Преступления против человечности

Прокурор против Живеняля Кажылиели, 2003³²⁹

864. Обвиняемый обвиняется в актах убийства, истребления, изнасилования и других бесчеловечные деяниях, как преступления против человечества³³⁰. Совершение любого из этих действий обвиняемым, будет только относиться к преступлению против человечества, если Палата считает, что оно было совершено в рамках широкомасштабной или систематической атаки на гражданское население по любому из следующих признаков дискриминации: национальность, политические убеждения, этническая принадлежность, раса или религия.

865. По отношению к каждому пункту обвинения, предъявленному обвиняемому в совершении Преступления против человечности, судебное преследование должно доказать элементы состава преступления, указанные выше.

866. Действие может являться частью широкомасштабной или систематической атаки, без необходимости соблюдения одних и тех же деталей, таких, как время и место совершения других действий, представляющих собой атаку. При определении того, является ли действие частью широкомасштабной или систематической атаки, палата рассмотрит его характеристики, цели, характер и последствия.

³²⁸ Ibid., n. 3.

³²⁹ International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of: 1 December 2003. Case No. ICTR-98-44A-T.

³³⁰ The Count 7 on Persecutions on political, racial and religious grounds as a Crime Against Humanity was withdrawn by the Prosecution in its Closing brief (Corrigendum), 19 June 2003, paras. 138 and 139.

870. Судебная палата III в деле Семанза вынесла решение: «Палата не видит никаких оснований отходить от единообразной практики обоих трибуналов»³³⁷. Эта палата также принимает эту практику, и будет использовать версию на английском языке, где применяется стандарт «широкомасштабный или систематический».

Широкомасштабный

871. Термину «широкомасштабный», как элементу атаки по смыслу статьи 3 Статута, было дано несколько другое значение в различных Судебных палатах Трибунала. Впрочем, можно так сказать, чтобы описать масштаб атаки, а иногда и множественность жертв³³⁸. Палата, широко использует определение, данное в Судебных палатах по делам Ниитегека³³⁹ и Нтакирутиманы³⁴⁰, по критерию «в большом масштабе, с участием многих жертв».

Систематический

872. Были некоторые дебаты в судебной практике этого Трибунала о том, обязательно ли термин «систематический» включает в себя понятие политики или плана³⁴¹. Палата считает, что это не так, и принимает ту же позицию, что и Судебная палата III в деле Семанза, тогда как она была одобрена юриспруденцией Апелляционной палаты МТБЮ в деле Кунарасе, поскольку пока «существование политики или плана, несомненно, могут быть значимыми, поэтому он может быть использован в установлении того, что атака была направлена против гражданского населения, и являлась широкомасштабной и систематической, [...] существование такого плана не является отдельным юридическим элементом преступления»³⁴². Палата считает, что «систематический», как элемент атаки в статье 3 Статута, описывает организованный характер атаки. Демонстрация модели поведения также будет нести в себе доказательную ценность в конечном счете палаты.

³³⁷ Semanza, Judgment (TC), para. 328.

³³⁸ Semanza, Judgment (TC), para.329; Niyitegeka, Judgment (TC), para 439; Ntakirutimana and Ntakirutimana, Judgment (TC), para.804; Bagilishema, Judgment (TC), para. 33; Musema, Judgment (TC), para. 204, Rutaganda, Judgment (TC), para. 69; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para.123; Akayesu, Judgment (TC), para. 580.

³³⁹ Niyitegeka, Judgment (TC), para 439.

³⁴⁰ Ntakirutimana and Ntakirutimana, Judgment (TC), para.804.

³⁴¹ Semanza, Judgment, (TC), para. 329; Bagilishema, Judgment (TC), para. 77; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para. 123-124.

³⁴² Semanza, Judgment (TC), para.329; referring to Kunarac, Judgment (AC), para.98.

Атака должна быть направлена против любых гражданских лиц

873. В деле Акайесу гражданское население определяется как:

[...]Люди, которые не принимают активного участия в боевых действиях, в том числе члены вооруженных сил, которые сложили оружие, и лица, вышедшие из строя в результате болезни, ранения, задержания или по любой другой причине. Если есть определенные лица среди гражданского населения, которые не подпадают под определение гражданских лиц, это не лишает население его гражданского характера³⁴³.

874. Данному определению сообразно придерживались в судебной практике трибунала³⁴⁴. В деле Багилишеме добавлено:

Также следует, что, как утверждается в Бласкис «особое положение жертвы в момент совершения преступления, а не ее статус, должно быть принято во внимание при определении его позиции в качестве гражданского лица»³⁴⁵.

875. Было также отмечено, в деле Багилишеме, что термин «население» не требует, чтобы Преступления против человечности были направлены против всего населения географической территории или области³⁴⁶. В деле Семанза далее поясняется, что:

Жертва (жертвы) перечисленных актов не обязательно должна разделять географические или другие характерные черты с гражданским населением, которое формирует главную мишень основной атаки, но такие характеристики могут быть использованы, чтобы продемонстрировать, что перечисленные действия формируются частью атаки³⁴⁷.

Атака должна быть совершена по дискриминационным мотивам

877. Статья 3 Статута гласит о нападении на гражданское население, совершенное по «национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам». Это положение юрисдикции, по характеру, ограничивает юрисдикцию Трибунала к более узкой категории преступлений, и не намеревается изменить определение преступлений против

³⁴³ Akayesu, Judgment (TC), para. 582.

³⁴⁴ Rutaganda, Judgment (TC), para. 72; Musema, Judgment (TC), para. 207; Semanza, Judgment (TC), para. 330.

³⁴⁵ Bagilishema, Judgment (TC), para.79, referring to Blaskic, Judgment (TC), para. 214.

³⁴⁶ Bagilishema, Judgment (TC), para.80, following Tadic, Judgment (TC), para. 644.

³⁴⁷ Semanza, Judgment (TC), para. 330.

человечества в международном праве. Различие ясно. Апелляционная палата по делу Акайесу прояснила позицию:

По мнению Апелляционной палаты, за исключением случаев преследования, дискриминационное намерение не является, по международному гуманитарному праву, юридической составляющей для всех преступлений против человечества. В этом смысле, Апелляционная палата одобряет общий вывод и анализ содержащийся в деле Тадича, как обсуждалось выше. Однако, хотя это не является обязательным условием для преступления как такового, все Преступления против человечности, могут, в действительности, быть совершены в контексте дискриминационной атаки на гражданское население. Как сказано в Тадиче: «Правда, что в большинстве случаев, Преступления против человечности ведутся против гражданского населения, которое было специально выбрано мишенью по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным причинам». Именно в этом контексте и в свете характера событий в Руанде (где гражданское население было на самом деле мишенью дискриминационных атак), Совет Безопасности принял решение ограничить юрисдикцию Трибунала в отношении преступлений против человечества, исключая случаи, когда они были совершены по дискриминационным мотивам. Это говорит о том, что Совет Безопасности намеревается сделать так, что трибунал не должен будет преследовать лиц, совершающих другие возможные Преступления против человечности.

• **Субъективный фактор Преступления против человечности**

880. Самое ясное заявление о субъективном факторе Преступления против человечности до сих пор можно найти в судебных суждениях Семанзы:

Обвиняемый действовал со знанием более широкого контекста атаки и, зная, что его действия являются частью атаки на гражданское население³⁴⁸.

881. Палата полностью поддерживает эту позицию.

³⁴⁸ Semanza, Judgment (TC), para.332; Ntakirutimana and Ntakirutimana, Judgment (TC), para.803; Bagilishema, Judgment (TC), para.94; Musema, Judgment (TC), para.206; Kayishema and Ruzindana, Judgment (TC), para.134.

Прокурор против Радислава Крстича³⁴⁹

216. Обвинение дает отвод Судебной палате, по причине непопустительной совокупности, в осуждении Радислава Крстича в уничтожении и преследовании боснийских мусульман в Сребренице, между 13 и 19 июля 1995 года, и в убийствах и бесчеловечных деяниях, как преступлениях против человечества, совершенных в отношении боснийских гражданских лиц мусульманской веры в Потоцари, между 10 и 13 июля 1995 года. Судебная палата отменила осуждение в истреблении и преследовании по причине непопустительной совокупности для обвинений Крстича в геноциде. Также принято решение, что преступления, как совершение убийства и бесчеловечные деяния, так и Преступления против человечности, учтены в рамках преступления преследования, при котором убийства и бесчеловечные действия формируют основные акты обвинения в преследовании.

217. Защита настаивает на отклонении апелляции обвинения, поскольку обвинение не требует увеличения срока наказания, в случае если его апелляция будет признана обоснованной³⁵⁰. Как подчеркнула Апелляционная палата, однако, импорт совокупных осуждений не ограничивается их влиянием на приговор. Совокупные осуждения накладывают дополнительные стигмы на обвиняемого, и могут угрожать его праву на досрочное освобождение³⁵¹. С другой стороны, множественные обвинения, где допустимо, служат для описания полной виновности обвиняемого, и обеспечивают полную картину его преступного поведения³⁵². Апелляция обвинения, следовательно, допустима, несмотря на то, что она не оспаривает приговор.

219. Первое отмененное осуждение, которое прокуратура стремится восстановить, это осуждение в уничтожении, в соответствии со статьей 5, основанное на убийстве боснийских мусульманских мужчин Сребреницы³⁵³. Судебная палата постановила, что этот приговор был в непопустительной совокупности с осуждением Радислава Крстича в геноциде по статье

³⁴⁹ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Case No: IT-98-33-A. 19 April 2004.

³⁵⁰ Defence Response, para. 7.

³⁵¹ See Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 169; Mucić et al. Judgement on Sentence Appeal, para. 25.

³⁵² Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 169.

³⁵³ Prosecution Appeal Brief, paras. 1.6, 3.38.

4, которая была основана на тех же фактах³⁵⁴. Прокуратура утверждает, что это решение основано на ошибочной предпосылке, а именно, что требования статьи 5 для перечисленных преступлений, чтобы быть частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, включены в установленные законом элементы геноцида³⁵⁵.

220. Этот вопрос был сопоставлен Апелляционной палатой МТР в деле Муземе. Там, Апелляционная палата пришла обратно к тому выводу, что был сделан Судебной палатой в этом случае. Повторяя аргументы обвинения, Апелляционная палата МТР допустила осуждение в геноциде и истреблении, руководствуясь тем же, потому что «геноцид требует доказательства намерения уничтожить, полностью или частично, национальную, этническую, расовую или религиозную группу, которая не требует уничтожения», а « истребление как преступление против человечества требует доказательства, что преступление было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, которое не требуется в случае геноцида»³⁵⁶.

221. Судебная палата в этом случае пришла к выводу, что требование широко распространенных и систематических атак на гражданское население было отнесено к требованию геноцида, потому что имеет место намерение уничтожить, полностью или частично, национальную, этническую, расовую или религиозную группу³⁵⁷. По мнению Судебной палаты, для того, чтобы удовлетворить требование этого намерения, лицо совершившее геноцид, должно совершить запрещенные действия «в контексте явной модели аналогичного поведения», или эти действия должны «сами по себе являться поведением, которое может само по себе повлиять на уничтожение группы, полностью или частично, как таковой»³⁵⁸. Поскольку это требование исключает «случайные или отдельные действия», Судебная палата заключила, что оно дублирует требование статьи 5, что Преступления против человечности, такие как уничтожение, являются частью широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население³⁵⁹.

³⁵⁴ Trial Judgement, paras. 682, 685 - 686.

³⁵⁵ Prosecution Appeal Brief, para. 3.34.

³⁵⁶ Musema Appeal Judgement, para. 366. At the Appeal hearing, the Defence conceded that, under the reasoning of Musema, convictions for extermination and genocide are not impermissibly cumulative. See AT, p. 281.

³⁵⁷ Trial Judgement, para. 682.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Ibid.

223. Преступление истребления как преступление против человечества требует доказательства того, что запрещенное действие формируется в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, и что преступник знал об этой связи³⁶⁰. Эти два требования не присутствуют в правовом факторе геноцида. Хотя знание преступника о том, что участие в организованных или обширных нападениях на гражданское население может поддержать поиски намерения геноцида, остается только доказательственная база, из которой следователь может сделать такой вывод. Преступления геноцида, как это определено в Уставе и в обычном международном праве, не требуют доказательств того, что лицо, совершившее геноцид участвовало в широкомасштабных и систематических атаках на гражданское население³⁶¹.

225. Судебная палата также пришла к выводу, что определения о намерениях уничтожения и геноцида «оба требуют, чтобы убийства были частью обширного плана убийства значительной части гражданского населения»³⁶². Апелляционная палата пояснила, однако, что «существование плана или политики не является юридическим компонентом преступления» геноцида³⁶³. Хотя существование такого плана может помочь установить, что обвиняемый обладал необходимыми намерениями для геноцида, это остается только доказательством, подтверждающим предположение о намерении, и не становится правовым компонентом преступления³⁶⁴. Кроме того, Апелляционная палата отклонила Аргумент, что правовые элементы в преступлениях против человечества (в том числе уничтожение) требуют доказательства существования плана или политики для совершения этих преступлений³⁶⁵. Наличие такого плана или политики может быть важным доказательством того, что нападения на гражданское население были широкомасштабными или систематическими, но они не являются юридическим компонентом Преступления против человечности. Поскольку ни уничтожение, ни геноцид не требуют доказательства плана или политики для выполнения основного действия, этот фактор

³⁶⁰ Tadić Appeal Judgement, para. 248; see also Kunarac et al. Appeal Judgement, paras. 85, 96, 102.

³⁶¹ See, e.g., 1 The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, eds, 2002), at p. 340 (under customary international law, “it is only for crimes against humanity [and not for genocide] that knowledge of the widespread or systematic practice is required”).

³⁶² Trial Judgement, para. 685.

³⁶³ Jelisić Appeal Judgement, para. 48.

³⁶⁴ See *ibid.*

³⁶⁵ Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 98

не может поддержать вывод Судебной палаты о том, что преступление уничтожения относится к геноциду.

Прокурор против Тадича³⁶⁶

271. Судебная палата правильно признала, что преступления, которые не имеют отношения к широкомасштабным или систематическим атакам на гражданское население не должны быть квалифицированы как Преступления против человечности. Преступления против человечности являются преступлениями, особый характер которых в большей степени нравственной распушенности, нежели чем обычные преступления. Таким образом, чтобы осудить обвиняемых в совершении преступлений против человечества, должно быть доказано, что преступления были связаны с атаками на гражданское население (происходящие во время вооруженных конфликтов), и что обвиняемый знал, что его преступления были связаны между собой.

285. Как было справедливо заявлено прокуратурой, толкование статьи 5, в свете его объекта и цели подтверждает вышесказанное предложение. Устав разрабатывался с целью сделать все Преступления против человечности наказуемыми, в том числе те, которые, при выполнении всех условий, требуемых понятием такого преступления, возможно, не были совершены по политическим, расовым или религиозным мотивам, указанным в пункте (h) статьи 5. В связи с гуманитарными целями создателей Статута, не удастся понять, почему они должны были серьезно ограничить класс преступлений, входящих в нормы закона о «преступлениях против человечества», тем самым оставляя за пределами этого класса все возможные случаи серьезных и широкомасштабных или систематических преступлений против гражданского населения, только из-за отсутствия дискриминационных намерений. Например, требование к дискриминационным намерениям предотвратило бы наказание произвольного и неизбирательного насилия, направленного на распространение террора среди гражданского населения как преступление против человечества. Тем более, предмет и цель статьи 5 был бы сорван, будь оно предложено, чтобы требуемые дискриминационные основания ограничивались пятью основаниями, выдвинутыми Генеральным секретарем в его докладе, и рассмотренных в заявлениях, сделанных на Совете Безопасности тремя его

³⁶⁶ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-94-1-A. Date: 15 July 1999.

членами. Такое толкование статьи 5, может создать значительные пробелы, потерпев неудачу в защите группы жертв, на которых не распространяются перечисленные признаки дискриминации. Опыт нацистской Германии показал, что Преступления против человечности могут совершаться по дискриминационным основаниям, кроме перечисленных в статье 5 (h), например, физические или психические недостатки, возраст или немощность, или сексуальная ориентация. Точно так же, уничтожение «классовых врагов» в Советском Союзе в 1930-х (правда, как и в случае с нацистским поведением до второй мировой войны, событие, которое произошло в мирное время, а не во время вооруженного конфликта) и Депортация городских образованных людей Камбоджи под правлением Хамер Рудж в период между 1975-1979, предоставляют другие случаи, которые не подпадают под сферу действия преступлений против человечества на основе строгого перечня дискриминационных оснований, предложенных Генеральным секретарем в его докладе.

292. Это позволяет сделать вывод, что обычное международное право, так как оно вытекает из постепенного развития международных договоров и национального прецедентного права в общих правилах, не предполагает намерений дискриминации или преследования в отношении всех преступлений против человечества.

305. Судебное преследование было право, заявляя о том, что Судебная палата допустила ошибку, установив, что все Преступления против человечности требуют дискриминационных намерений. Такие намерения являются незаменимым правовым составляющим преступления только в отношении тех преступлений, для которых это прямо требуется, то есть, по статье 5 (h), в отношении различных видов преследования.

Военные преступления

*Судебный процесс против генерала Т. Ямасита*³⁶⁷

«Преступления, как утверждается, были разрешенные обвиняемым в нарушении законов и обычаев войны, могут быть сгруппированы в три категории:

³⁶⁷ US Military Commission, Case No. 21. Manila. (8th October – 7th December, 1945), and U.S. Supreme Court of the (Judgments delivered on 4th February, 1946) at 8, 14.

- 1) голод, разрушение или казнь без суда и недобросовестное управление, в общем, интернированными гражданскими лицами и военнопленными;
- 2) пытки, изнасилования, убийства и массовые казни очень большого числа жителей Филиппин, в том числе женщин и детей и членов религиозных орденов, от истощения, отсечением головы, протыканием штыками, избиением, повешением, сожжением заживо и уничтожением взрывами;
- 3) сожжение и снос без надлежащей военной необходимости большого количества домов, коммерческих предприятий, мест религиозного культа, больниц, общественных зданий, и образовательных учреждений. Касательно времени, преступления совершались в период командования обвиняемым японскими войсками на Филиппинах. Касательно места, преступления совершались по всему Филиппинскому архипелагу, стоит отметить, что гораздо большая часть невероятных действий произошла на острове Лусон».

«Этот обвиняемый офицер с многолетним опытом, широким по своим масштабам, у которого была долгая командно-штабная служба в японской императорской армии как в мире также и на войне в Азии, Малайе, Европе и японских островах. Очевидно, что назначение командовать войсками сопровождается большими полномочиями и большой ответственностью. Так в истории человечества было во всех армиях. Абсурдно, однако, рассматривать командира как убийцу или насильника, потому что один из его солдат совершает убийство или изнасилование. Тем не менее, где убийства и изнасилования и зло, мстительные действия являются широко распространенным преступлением, и нет результативного опыта командира обнаружения и управления преступными действиями, такой командир может быть привлечен к ответственности, даже уголовной ответственности, из-за незаконных действий своих войск, в зависимости от их характера и обстоятельств, окружающих их. Если командир издает приказы, которые приводят непосредственно к незаконным действиям, уголовная ответственность определена, и всегда была понятна. Правила и обычаи сухопутной войны, Полевой устав 27-10, Армия Соединенных Штатов, ясно изложила эти пункты. Именно для целей поддержания дисциплины и контроля, наряду с другими причинами, военным командирам даны большие полномочия управления военной юстицией. Тактическая обстановка, характер, подготовка и работоспособность штабных офицеров и подчиненных командиров, черты характера, а также обучение

своих войск и другие важные факторы в таких случаях были основной темой обсуждений комиссии в ходе рассмотрения».

«Комиссия пришла к выводу: (1) Что ряд злодеяний и другие серьезные преступления были совершены членами японских вооруженных сил под вашим командованием против народа Соединенных Штатов, их союзников и зависимой территории Филиппинских островов, хотя они не были спорадическими по своему характеру, но во многих случаях были систематично контролируемы офицерами и унтер-офицерами; (2) Что в период, о котором идет речь, вы были не в состоянии обеспечить эффективный контроль ваших войск, как этого требовали обстоятельства».

Суд над Высшим Германским Командованием ³⁶⁸

Пункт I – Преступление против Мира

1. Все обвиняемые, с другими разными людьми, в том числе соучастники, перечисленные в Приложении А, в течение многих лет до 8 мая 1945г., совершали преступления против Мира как определено во II статье Контрольного совета Закона №10, поскольку они участвовали в учреждении нападения на другие государств и агрессивной войне в нарушение международных прав и переговоров, соглашений и обещаний.

2. Обвиняемые имели высокие военные позиции в Германии и совершали преступления против Мира, поскольку они были начальниками, соучастниками, содействовавшими, принимавшими участие, были замешены в планах и в инициативе, и были членами организации и группы, связанной с совершением преступлений против Мира.

Пункт II – Военные преступления и Преступления против человечности: Преступления против Воюющей Стороны и Пленников Войны

45. Между сентябрем 1939 года и маем 1945 года, все эти обвиняемые с другими разными людьми, в том числе соучастниками, перечисленными в Приложении А, совершали Военные преступления и преступления против гуманности: как было определено во II статье Контрольного совета Закона №10, поскольку они принимали участие в совершении злодеяний и преступлений по отношению к пленникам войны и членам вооруженных сил нации во время войны с «Третьим Рейхом» гитлеровской Германии, или под контролем воюющей стороны, или военной оккупации Германией,

³⁶⁸ Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others. US Military Tribunal, Case NO. 72, Nuremberg, 30th December, 1947 – 28th October, 1948.

включая, но, не доведя до убийства, дурное обращение, умаление статуса и прав, отказ в доступе к казармам, занятость пленников войны и членов вооруженных сил под безжалостными условиями и в запретных трудах и других бесчеловечных поступках и нарушение законов и обычаев войны. Обвиняемые совершали военные преступления и Преступления против человечности, поскольку они были начальниками, соучастниками, содействовавшими, принимавшими участие, и были замешаны в планах и в инициативе, были членами организации и группы, связанной с совершением военных преступлений и преступлений против человечества.

46. Незаконные приказы были инициированы, распределены и выполнены обвиняемыми, чтобы определенные войска противника были отказаны в доступе к казармам (жилье) и были умалены в статусе и правах пленников войны, и чтобы определенные пойманные члены вооруженных сил наций были казнены без суда и следствия. Подобные приказы указывали, чтобы определенные члены вражеских вооруженных сил были намечены и обращены войсками Германских вооруженных сил, подчиненные обвиняемым, либо как «партизаны, коммунисты, бандиты, террористы» или другими лицами, отрицающими статус и права пленников войны. Пленники войны были вынуждены принимать участие в военных операциях и на работах, прямо связанных с военными операциями, в том числе производстве, транспорте и грузе вооружений и снаряжений, и в строении укреплений. Эта работа была приказана на поле боя и так же на тыловых районах. Согласно теории «тотальной войны» и как часть программы по использованию всех не немецких людей, пленники войны были лишены всех тех прав, на которые они имели право по соглашению и по законам и обычаям войны.

Рядовой состав был отсортирован, им не предоставляли достаточное питание, убежище, одежду и уход, они подвергались всем видам жестокости, подвергались пыткам и убийствам. Специальные единицы проверки и уничтожения, такие как операционные группы полиции безопасности и служба безопасности (обычно известная как SD), действуя с поддержкой и под юрисдикцией Вермахта (вооруженные силы фашистской Германии), отобрали и убили пленников войны по религиозным, политическим и расовым причинам. Многие пойманные пленники были казнены. Преступления, описанные в 45-ом и 46-ом параграфах, были включены, но не ограничены, они расположены далее по этому Пункту.

Пункт III – Военные преступления и Преступления против человечности: Преступления против гражданского населения

59. Между сентябрем 1939 года и маем 1945 года, все эти обвиняемые с другими разными людьми, в том числе, соучастниками, перечисленными в Приложении А, совершали военные преступления и преступления против гуманности: как было определено в II статье Контрольного совета Закона №10, поскольку они принимали участие в совершении злодеяний и преступлений, включая убийство, уничтожение, дурное обращение, пытки, набор в принудительный труд, депортацию в рабский труд или для других целей, лишение свободы без оснований, убийство заложников, преследования по политическим, расовым и религиозным основаниям, разграбление общественной и частной собственности, бессмысленное разрушение городов, городков и сел, разорения, необоснованные военными целями, и другие безжалостные и преступные действия против соотечественников Германии и членов гражданского населения государств и территорий под воюющей стороной Германии, или контролируемых Германией. Обвиняемые совершали военные преступления и Преступления против человечности, поскольку они были начальниками, соучастниками, содействовавшими и принимавшими участие, были замешены в планах и в инициативе, и были членами организации и группы, связанной с совершением военных преступлений и преступлений против человечества.

ГЛАВА 5 МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

*Исторические аспекты*³⁶⁹

Хотя в Уставе Организации Объединенных Наций конкретно не упоминается об окружающей среде или устойчивом развитии, в преамбуле говорится, что Организация Объединенных Наций преисполнена решимости «содействовать социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе». Одновременно с этим, в Главе I содержится заявление, что одна из основных целей Организации Объединенных Наций состоит в том, чтобы «осуществлять международное сотрудничество в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии».

Организация Объединенных Наций впервые приступила к рассмотрению экологических проблем на 45-й сессии Экономического и Социального совета (ЭКОСОС), когда в резолюции 1346 (XLV) от 30 июля 1968 года она рекомендовала Генеральной Ассамблее рассмотреть возможность созыва конференции Организации Объединенных Наций по «проблемам окружающей человека среды».

На своей 23-й сессии Генеральная Ассамблея приняла резолюцию 2398 (XXIII) от 3 декабря 1968 года, где постановила созвать конференцию Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, отметив «продолжающееся и все более быстрое ухудшение качеств окружающей человека среды» и его «влияние на условия жизни человека, его физическое, психическое и социальное благосостояние, его достоинства и пользование им основными правами человека как в развивающихся, так и в развитых странах», увязывая таким образом Устав с появляющимися экологическими проблемами. В резолюции также отмечалось, что «взаимосвязь человека и окружающей его среды претерпевает глубокие изменения в условиях развития современной науки и техники».

³⁶⁹ U.N. Commission on Sustainable Development, <http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=17>.

Конференция Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, проведенная в Стокгольме с 5 до 16 июня 1972 года, рекомендовала создание Программы Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП), являющейся ведущей программой системы ООН по экологическим вопросам.

В 1983 году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 38/161 от 19 декабря 1983 года приветствовала учреждение специальной комиссии для представления докладов «по экологическим и глобальным проблемам до 2000 года и в последующий период». В 1987 году Международная комиссия по окружающей среде и развитию (МКОСР) представила Генеральной Ассамблее свой доклад (также известный как «Доклад Комиссии Брундтланд»). Доклад, в основу которого положены результаты четырехлетних исследований, разработал тему устойчивого развития, тип развития, которое «удовлетворяет потребности нынешнего поколения, не ставя под угрозу способность будущих поколений удовлетворять их собственные потребности».

В соответствии с докладом Международной комиссии, Генеральная Ассамблея приняла резолюцию 44/228 от 20 декабря 1988 года, постановившую созвать Конференцию Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (также известную как «Конференция Рио» или Встреча на высшем уровне «Планета Земля»), которая должна была «разработать стратегии и меры, направленные на прекращение и обращение вспять процесса ухудшения состояния окружающей среды». В резолюции перечислены девять областей, имеющих «наибольшее значение для поддержания качества глобальной окружающей среды, и в особенности для достижения экологически безопасного и устойчивого развития во всех странах».

Конференция Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (ЮНСЕД), которая была проведена в Рио-де-Жанейро в период с 3 по 14 июня 1992 года, привела к созданию Комиссии по устойчивому развитию. На Конференции были приняты три важных соглашения: Повестка дня на XXI век — глобальный план действий в области устойчивого развития; Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию, ряд принципов, определяющих права и обязанности государств и Заявление с изложением принципов для лесов — не имеющее обязательной силы заявление с изложением принципов для глобального консенсуса в отношении рационального использования, сохранения и устойчивого развития всех видов лесов. Кроме того, два юридически обязательных инструмента были открыты для подписания: Рамочная

конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата и Конвенция о биологическом разнообразии. Встреча на высшем уровне «Планета Земля» предложила ряд таких важных инициатив в других ключевых областях устойчивого развития, как глобальная конференция по малым островным развивающимся странам; переговоры по Конвенции по борьбе с опустыниванием и по соглашению о трансграничных рыбных запасах и запасах далеко мигрирующих рыб.

На своей 55-й сессии Генеральная Ассамблея приняла резолюцию 55/199 от 20 декабря 2000 года о созыве Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию (также известной как «Рио + 10») для осуществления десятилетнего обзора прогресса, достигнутого с 1992 года в выполнении Повестки дня на XXI век. Всемирная встреча на высшем уровне была проведена в Йоханнесбурге с 26 августа по 4 сентября 2002 года. Ее доклад (A/Conf.199/20 + Corr.1) включает Политическую декларацию, в которой государства-члены взяли на себя «коллективную ответственность за усиление и упрочение взаимосвязанных и подпирающих друг друга основ устойчивого развития — экономического развития, социального развития и охраны окружающей среды — на местном, национальном, региональном и глобальном уровнях», а также План выполнения, в котором государства-члены взяли на себя «обязательство предпринимать конкретные действия и меры на всех уровнях и укреплять международное сотрудничество» (см. Библиотека ООН, <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/specenv.htm#intro>).

Конференция Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию (КУР ООН) будет организована в соответствии с Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 64/236 (A/RES/64/236). Конференция будет проходить в Бразилии 4-6 июня 2012 года к 20-летию Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (ЮНСЕД) от 1992 года, состоявшейся в Рио-де-Жанейро, и в честь 10-летия Всемирного саммита по устойчивому развитию (ВСУР) от 2002 года, прошедшему в Йоханнесбурге. Предполагается, что Конференция будет проходить на самом высоком уровне, где будут присутствовать главы государств и правительств или других государственных представителей. Результатом конференции будет конкретный политический документ. Цель конференции состоит в обеспечении обновленных политических обязательств в области устойчивого развития, в оценке достигнутого прогресса и имеющихся пробелов в осуществлении итогов крупных саммитов по устойчивому развитию, и в обсуждении новых возникающих проблем. Конференция будет сосредоточена на двух темах: (а) «зеленая» экономика в контексте устойчивого развития и искоренения нищеты, а также (б) институциональные рамки устойчивого развития.

Принципы международного права по устойчивому развитию и праву окружающей среды³⁷⁰

Международное экологическое право хоть и является отличным от права по устойчивому развитию, но все же связано с ним. В общем, целью международного экологического права является защита окружающей среды. Если посмотреть на многие многосторонние природоохранные соглашения (МПС), то они имеют две цели. Во-первых, они направлены на сохранение и охрану окружающей среды, а, во-вторых (что менее изучено), их цель связана с «устойчивым использованием» или «устойчивым экономическим ростом»³⁷¹. Этот раздел будет рассматривать больше первую цель «охраны окружающей среды, ее сохранения и защиты» этих договоров, а также принципы и режимы, которые тесно связаны с ними. В совокупности все это формирует существующие нормы международного права в области защиты окружающей среды³⁷².

Границы международного экологического права основаны на нескольких ключевых принципах, которые осуществляются с помощью

³⁷⁰ Marie-Claire Cordonier Segger and Ashfaq Khalfan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, pp. 78-84 and 99-106 (Oxford: Oxford University Press, 2004), reprinted with permission from the authors and Oxford University Press.

³⁷¹ As discussed above, sustainable development law focuses on integration of environmental, social and economic norms for development that can last. According to both the 1992 Rio Declaration, and the 1987 Brundtland Report, sustainable development centers on human beings and their communities, seeking to satisfy the needs of present generations, without compromising the ability of future generations to meet their own needs. Sustainable development law involves poverty eradication, social cohesion, sustained use of natural and other resources, and equitable sharing of benefits. It is about empowering human beings and their communities to improve their quality of life, though in order to be sustainable, this must be done in a way that respects environmental limits. Environmental law, in contrast, focuses on preservation, conservation and protection of the environment. It involves the needs of all species and natural systems, which it values for their intrinsic worth. Both are valuable and essential areas of international law with significant overlaps and intersections, but they should not be artificially conflated. See M.-C. Cordonier Segger, "Significant Developments in Sustainable Development Law and Governance: A Proposal" (2004) *United Nations Natural Resources Forum* 283. See also M.-C. Cordonier Segger and C.G. Weeramantry, eds., *Sustainable Justice* (Leiden: Martima Nijhoff, 2004).

³⁷² For further resources, see D. Hunter, J. Sommer and S. Vaughan, *Concepts and Principles of International Law* (Nairobi: UNEP, 1998). See also N. de Sadeleer, *Environmental Principles – From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2002.).

МПС и национальных нормативных актах, и координируются через систему международного экологического руководства (МЭР). В этом разделе будет краткое изложение некоторых ключевых решений, также как принципов, рассмотрение некоторых важных международных договоров в этой области, обозрение национальных экологических методов управления, и обобщение недавних усилий по укреплению и расширению международных природоохранных учреждений.

Экологическое право или право по защите окружающей среды является сравнительно новой областью для изучения. Тем не менее, некоторые принципы возникли более чем сто лет назад. Одним из самых первых дел на международном уровне, связанным с защитой окружающей среды, был спор между США и Соединенным Королевством – Арбитраж 1893 г. в отношении тихоокеанского морского котика. Спор был в отношении права Соединенного Королевства охотиться на мигрирующих морских котиков в открытом море, недалеко от трехмильной границы американских территориальных вод³⁷³. США утверждали, что владели правом собственности и правом защиты морских котиков, и, следовательно, имели право принимать меры за пределами территориальной юрисдикции по их сохранению, как доверенные лица «для блага всего человечества». Однако, арбитражный суд подавляющим большинством голосов отклонил аргументы США в пользу Великобритании, которая в свою очередь указывала на право свободного рыболовства в открытом море³⁷⁴. Тем не менее, суд также «принял правила для защиты и сохранения морских котиков», согласно которым было установлено убежище в радиусе 60 миль для морских котиков. В другом знаменитом арбитражном деле (Арбитраж в отношении дыма, идущего от заводов, 1938) между Соединенными Штатами и Канадой, пары диоксида серы в заводах в провинции Британская Колумбия причиняли ущерб сельскохозяйственным и лесным угодьям в штате Вашингтон. Арбитражный трибунал разрешил спор, установив определенные ограничения на допустимый выход диоксида серы, и постановил, что в соответствии с принципами международного права, и законами Соединенных Штатов, ни одно государство не имеет право использовать свою территории таким образом, чтобы привести к ущербу другой территории или свойствам людей в ней, и когда речь идет о серьезных последствиях и травмах устанавливаются ясные и убедительные свидетельства³⁷⁵. Такие случаи иллюстрируют основные

³⁷³ Moore's Int'l Arb. Awards 755.

³⁷⁴ Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 376.)

³⁷⁵ *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, 3 R, Int'l Arb. Awards 1911 (1938) (further note omitted).

принципы международного экологического права: трансграничное сохранение и защита окружающей среды³⁷⁶.

Принципы Международного Экологического Права

Принципы международного экологического права получили большее признание за последние несколько десятилетий, хотя некоторые до сих пор считают это влиянием «мягкого права», другие все больше формируют их как «нормы обычного международного экологического права». Принципы экологического права также были «кодифицированы» в ключевых многосторонних природоохранных соглашениях (МПС), которые, как договоры, являются обязательными для государств-участников в международном праве.

Широко признанным принципом международного экологического права является то, что государства должны обеспечивать свою деятельность в рамках их юрисдикции или контролировать, чтобы не нанести ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами национальной юрисдикции³⁷⁷. Обязанность не допустить ущерба часто пишется как требование государства принять все «практические» меры, чтобы избежать или предотвратить ущерб³⁷⁸. Согласно стандартам по «практическим» мерам оказывается, что обязанность предотвращать вред не может быть абсолютной, но требует, по крайней мере, чтобы государства старательно и добросовестно делали все разумные усилия, чтобы избежать такого вреда окружающей среде. Этот принцип был принят во

³⁷⁶ См. далее Ханьцин С. Трансграничный ущерб в Международном праве. - Кембридж: Изд-во Кембриджского университета, 2003.

³⁷⁷ Как это предусмотрено в принципе 21 Стокгольмской декларации по проблемам окружающей человека среды, UN Doc. A/C. 48/14 (1972), 11 ILM 1461 (1972) (а в последнее время, принцип 2 Декларации Рио, сноска 5) «Государства, в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и принципами международного права ... должны обеспечивать свою деятельность в рамках их юрисдикции или контролировать, чтобы не нанести ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами национальной юрисдикции». Для дальнейшего анализа и критического комментария, см. Боуман М. и Бойл А. Экологический ущерб в Международном и Сравнительном Праве// Проблемы определения и оценки. Оксфорд: Изд-во Оксфордского университета, 2002.

³⁷⁸ См., например, Конвенция 1991 года об оценке экологического воздействия в трансграничном содержимом (25 Фев. 1991) 30 ILM 800, 803 at Art. 21 (1), или в 1989 году Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их устранением. - Базельская конвенция, открыта для подписания 22 марта 1989 года, вступила в силу 5 мая 1992 года. (1989) 28 ILM 649 at Art. 2 (8).

многих договорах, а также в международной обычной норме в Международном Суде ООН и других судах³⁷⁹. Это связано с уважением к юрисдикции других государств, что воплощается в концепции суверенитета³⁸⁰.

Второй, родственный принцип включает в себя обязанность по предотвращению загрязнения, который может быть рассмотрен как специфическое соединение общей обязанности об избегании нанесения ущерба окружающей среде. Гораздо дешевле избежать или уменьшить влияние загрязнения, чем попытки восстановить загрязненную территорию, особенно в тех случаях, когда восстановление вреда окружающей среде невозможно³⁸¹. Международный Суд признал этот принцип, в частности, в отношении охраны окружающей среды³⁸². Принцип предотвращения загрязнения был принят, в общих чертах, многочисленными конвенциями и резолюциями как ограничение введения загрязняющих веществ в окружающую среду. МПС может также назначить конкретные количественные стандарты для борьбы с загрязнением, в том числе в некоторых случаях конкретные сроки для уменьшения или устранения определенных выбросов. В некоторых случаях, предотвращение загрязнения окружающей среды относится к минимизации отходов за счет изменения конструкции, входных замен и других методов более чистого производства. Начиная с первоначального дизайна продукта и его производственного процесса и продолжая весь путь до конца жизненного

³⁷⁹ Консультативное заключение по законности использования каким-либо государством ядерного оружия в вооруженном конфликте, консультативное заключение, [1996] ICJ Rep 226. См. также Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, 10 декабря 1982 г., UN Doc. A/CONF.62/122, 21 ILM 1245 (вступило в силу 16 ноября 1994 года) в части XII и МСОП, проект Международного соглашения по окружающей среде и ее развитию (Гланд, Швейцария: МСОП, 1995 год) в статье 11. См. также Соглашение АСЕАН об охране природы и природных ресурсов в 1985 году (9 июля 1985 года, Куала-Лумпур) в статье 20.

³⁸⁰ См. Перрес Ф. Связь между суверенитетом и обязательством не причинять трансграничного экологического ущерба (1996) 26 экологическое право 1187. См. также Перрес Ф. Кооперативный суверенитет: от независимости к взаимозависимости в международном экологическом праве.- Лондон: Kluwer Law International, 2000.

³⁸¹ Н. де Саделеер. Экологические принципы – от политических лозунгов до правовых норм.- Oxford: Oxford University Press, 2002.

³⁸² Габчиково-Надьямарош, сноска 3, пункт 140, где МС отметил, что надо “помнить что в области охраны окружающей среды, бдительность и профилактика необходимы в силу в необратимого характера ущерба для окружающей среды и ограничения, присущие в самом механизме возмещения такого рода ущерба.

цикла продукта до утилизации, минимизация отходов часто является достаточно рентабельной.

Третий принцип заключается в понятии «общего наследия» человечества. Такие территории, находящиеся за пределами действия национальной юрисдикции, как открытое море, морское дно, Антарктида, космическое пространство, и, возможно, внешняя атмосфера (например, озоновый слой) являются частью экологии и часто упоминаются как «всеобщее достояние». Некоторые важные соглашения, нацеленные на сохранение окружающей среды, были заключены, с целью признавать, защищать и регулировать территорию, находящуюся за пределами национального контроля государства, как территорию «общего наследия человечества». Эти принципы подразумевают, что государства не будут присваивать это наследие, что оно будет регулироваться на международном уровне, что все его выгоды будут использованы на благо человечества, и что оно будет использоваться только в мирных целях.

Четвертый принцип международного экологического права заключается в общем обязательстве государств сотрудничать в выявлении, расследовании и избежании транснационального экологического вреда. Согласно статье 1.3 Устава ООН и Декларации ООН о принципах международного права от 1970 года, обязанность сотрудничать признается общим принципом международного права³⁸³. Используя этот принцип в области экологического права, эта обязанность может привести к определенным обязательствам, например, в отношении обмена информацией, необходимости уведомить и проконсультироваться с потенциально затрагиваемыми государствами, или требовании по координации международного научного исследования. В определенных случаях, может возникнуть обязательство по проведению экологической экспертизы, если проект может привести к трансграничному воздействию³⁸⁴. Этот принцип лежит в основе многих международных договоров по вопросам охраны окружающей среды, и он был также признан Международным Судом в его ведущих делах.

³⁸³ Декларация Организации Объединенных Наций по принципам международного права, касающимся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, (24 октября 1970 года) 9 ILM 1292.

³⁸⁴ См. ЮНЕП, цели и принципы воздействия на окружающую среду (Найроби: ЮНЕП, 1987). См. также ФРГ, Международный банк реконструкции и развития Операционная политика 4.01 (Вашингтон: BRD, 1999). В 15-16, которая требует общественных консультаций и раскрытия каких-либо побочных эффектов, в качестве предварительного условия для предоставления международных кредитов для проектов развития.

Пятый принцип, принцип предупреждения, применяется как в общем экологическом праве, так и в определенном праве по устойчивому развитию, например, в вопросах здравоохранения, устойчивого использования биологического разнообразия и природных ресурсов. Это ключевой принцип международного экологического права, так как он играет центральную роль в предотвращении экологического вреда. Принцип предупреждения лежит в основе ряда международных документов. Он также применяется в различных контекстах, начиная от защиты исчезающих видов до предотвращения загрязнения окружающей среды. Принцип предупреждения возник благодаря растущему признанию, что потенциальные экологические угрозы могут возникнуть гораздо раньше, чем научная определенность направит свое внимание на разработку эффективных правовых и политических ответов. В сущности, это переключает бремя доказывания, которые необходимы для запуска ответных мер в политике. Влияние этого принципа на будущее изменение сферы устойчивого развития более подробно рассматривается в части III - «Принципы», в которой также раскрывается его статус в международном праве.

Другой широко известный принцип, это принцип «загрязнитель платит». Этот принцип предполагает, что загрязнитель должен нести расходы по проведению мер для предотвращения загрязнения или заплатить за ущерб, причиненный загрязнением³⁸⁵. Создание принципа «загрязнитель платит», гарантируется, что цена на товары отражает все издержки производства, включая расходы, связанные с загрязнением окружающей среды, деградации ресурсов и экологического ущерба. Экологические расходы отражены в цене каждого товара. В результате, товары, производство которых меньше загрязняет окружающую среду, будут стоить дешевле, и соответственно потребители переключатся на более «чистые» товары. Это приведет к более эффективному использованию ресурсов и уменьшению загрязнения.

³⁸⁵ Первоначально рекомендованных OFCD Совета в мае 1972 года, загрязнитель платит все больше, приняты в качестве международных экологических принципов. Он был принят в ряде двусторонних и многосторонних резолюций и деклараций, в том числе принципом 16 Декларации Рио, сноска 5, которая гласит: «Национальные власти должны стремиться содействовать интернационализации экологических издержек и использованию экономических средств, принимая во внимание подход, согласно которому загрязнитель должен, в принципе, покрывать издержки, связанные с загрязнением, должным образом учитывая общественные интересы и не нарушая международную торговлю и инвестиции»

Сомнительно, что все эти принципы стали частью международного обычного права, и этот краткий список приведенных принципов не должен рассматриваться как исчерпывающий перечень принципов. Например, принцип общей, но дифференцированной ответственности, который будет описан дальше, был предложен в качестве принципа международного экологического права, так же как и другие принципы, такие, как принцип субсидиарности, доступ к экологической информации, участие общественности в принятии экологически значимых решений, и долг по оценке экологического воздействия. Некоторые авторы даже рассматривают устойчивое развитие как принцип международного экологического права, но, тем не менее, автор данной книги не разделяет такой подход. Необходимо отметить, что остается спорным вопрос о том, является ли принцип ответственности государств широким вопросом. В международном экологическом праве развивается различие между международной «ответственностью» и международным «обязательством»: первый возникает от незаконных действий, а второй возникает от последствий правомерных действий (хотя в некоторых случаях он также используется в отношении незаконных действий). Существует опасение, что введение ответственности за действия, не запрещенные международным правом, независимо от вины или законности деятельности будет указывать на вред, нежели на действие. Традиционные принципы ответственности государства могут объединяться с понятием обязательства государств, особенно в случаях сверхопасных видов деятельности, где государство должно следовать строгим стандартам, что на практике приведет к тому, что они будут «отвечать» за любую деятельность, приведшую к вреду. В любом случае, ответственность за вред от загрязнения была также рассмотрена, хоть и в более общем виде, во многих договорах.

Делийская амп о принципах международного права, касающихся устойчивого развития

Обязанность государств обеспечивать устойчивое использование природных ресурсов.

Один из прочно укоренившихся принципов заключается в том, что в соответствии с нормами международного права все государства обладают суверенным правом на управление своими собственными природными ресурсами согласно своей собственной политике в области окружающей среды и развития и несут ответственность за обеспечение того, чтобы деятельность, на которую распространяется их юрисдикция или контроль, не причиняла существенного ущерба окружающей среде других государств или районов, находящихся за пределами национальной юрисдикции.

Государства обязаны управлять природными ресурсами, включая природные ресурсы в пределах их собственной территории или юрисдикции, рациональным, устойчивым и безопасным образом, с тем чтобы способствовать развитию своих народов, с уделением особого внимания правам коренных народов, а также сохранению и устойчивому использованию природных ресурсов и защите окружающей среды, включая экосистемы. При определении уровня использования природных ресурсов государства должны учитывать потребности будущих поколений. Все соответствующие субъекты (включая государства, промышленные концерны и другие компоненты гражданского общества) обязаны недопускать расточительного использования природных ресурсов и поощрять политику сведения к минимуму объемов производимых отходов.

Защита, сохранение и улучшение естественной среды, особенно надлежащее управление климатической системой, биологическим разнообразием, фауной и флорой Земли, являются общей заботой человечества. Ресурсы космоса и небесных тел, а также дна морей и океанов и их недр за пределами национальной юрисдикции представляют собой общее наследие человечества.

Принцип справедливости и искоренения нищеты

Принцип справедливости является самым важным с точки зрения обеспечения устойчивого развития. Он касается как справедливости между поколениями (право будущих поколений на пользование справедливым объемом общего достояния), так и справедливости внутри поколений (право всех народов в рамках нынешнего поколения на справедливый доступ к праву нынешнего поколения на природные ресурсы Земли).

Нынешнее поколение имеет право на использование ресурсов Земли и обладание ими, но при этом оно обязано учитывать долговременные последствия своей деятельности и сохранять ресурсную базу и глобальную окружающую среду на благо будущих поколений человечества. Благо в этом контексте должно пониматься в самом широком смысле этого слова, охватывающего, в частности, экономическое, экологическое, социальное и естественное благо.

Право на развитие должно осуществляться таким образом, чтобы потребности нынешнего и будущего поколений в области развития и окружающей среды удовлетворялись устойчивым и справедливым образом. Это включает обязанность сотрудничать в целях искоренения нищеты в соответствии с посвященной международному экономическому и социальному сотрудничеству главой IX Устава Организации Объединенных Наций и Декларацией Рио по окружающей среде и развитию, а также

обязанность сотрудничать в целях глобального устойчивого развития и обеспечения справедливости в том, что касается возможностей развитых и развивающихся стран в плане развития.

Хотя главная обязанность государства заключается именно в том, чтобы стремиться к созданию условий справедливости среди своего собственного населения и обеспечить, как минимум, искоренение нищеты, на всех государствах, которые в состоянии сделать это, лежит признанная в Уставе Организации Объединенных Наций и Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций дополнительная обязанность оказывать государствам содействие в достижении этой цели.

Принцип общих, но дифференцированных обязанностей

Государства и другие соответствующие субъекты имеют общие, но дифференцированные обязанности. Все государства должны сотрудничать в деле обеспечения глобального устойчивого развития и защиты окружающей среды. Международные организации, корпорации (включая, в частности, транснациональные корпорации), неправительственные организации и гражданское общество должны сотрудничать в рамках этого глобального партнерства и способствовать его развитию. На корпорациях лежат также обязанности, вытекающие из принципа «загрязнитель платит».

При дифференциации обязанностей, хотя и осуществляемой в основном исходя из степени ответственности того или иного государства за возникновение экологических проблем, должны также учитываться экономическая ситуация и уровень развития государства в соответствии с пунктом 3.3.

Следует признать наличие особых потребностей и интересов развивающихся стран и стран с переходной экономикой, с выделением особого внимания наименее развитым странам и странам, испытывающим негативные последствия, обусловленные экологическими, социальными соображениями и соображениями развития.

Развитые страны несут особое бремя ответственности в плане сокращения и ликвидации неустойчивых структур производства и потребления и содействия созданию потенциала в развивающихся странах, например путем, предоставления финансовой помощи и доступа к эко-технологиям. В частности, развивающимся странам надлежит играть ведущую роль и нести главную ответственность применительно к вопросам, имеющим значение с точки зрения устойчивого развития.

Принцип осторожного подхода к здоровью людей, природным ресурсам и экосистемам

Осторожный подход имеет важное значение для устойчивого развития, поскольку он возлагает на государства, международные организации и гражданское общество, особенно научное и деловое сообщества, обязанность избегать такой деятельности людей, которая может причинить существенный ущерб здоровью людей, природным ресурсам или экосистемам, в том числе в свете научной неопределенности.

Устойчивое развитие требует, чтобы осторожный подход в отношении здоровья людей, охраны окружающей среды и устойчивого использования природных ресурсов включал обеспечение ответственности за причиненный ущерб (включая, в надлежащих случаях, ответственность государств), планирование на основании четких критериев и точно определенных целей, рассмотрение в оценке экологических последствий всех возможных способов достижения той или иной цели (включая, в некоторых случаях, отказ от осуществления намеченной деятельности), в отношении деятельности, которая может причинить серьезный долгосрочный или имеющий необратимый характер вред, возложение соответствующего бремени доказывания на лицо или лиц, осуществляющих (или собирающихся осуществить) такую деятельность.

В рамках процессов принятия решений следует всегда поощрять осторожный подход к учету факторов риска и, в частности, предусматривать принятие надлежащих мер предосторожности.

Меры предосторожности должны основываться на новейшей и независимой научной оценке и носить транспарентный характер. Они не должны приводить к экономическому протекционизму. В процессе консультаций необходимо создать транспарентные структуры с участием всех заинтересованных сторон, включая негосударственных субъектов. Должна быть предусмотрена возможность соответствующего пересмотра в судебном или административном порядке.

Принцип участия общественности и доступа к информации и правосудию

Участие общественности имеет решающее значение для обеспечения устойчивого развития и благого управления, поскольку оно является условием существования гибко реагирующих, транспарентных и подотчетных правительств, а также условием активного участия таких же гибко реагирующих, транспарентных и подотчетных организаций гражданского общества, включая промышленные концерны и профсо-

юзы. Следует признать жизненно важную роль женщин в обеспечении устойчивого развития.

Участие общественности в контексте устойчивого развития требует эффективной защиты права человека на свободу убеждений и на свободное выражение этих убеждений и на свободу искать, получать и распространять идеи. Оно обуславливает также необходимость права на доступ к имеющейся у правительств и промышленных концернов надлежащей, понятной и своевременной информации об экономической и социальной политике, касающейся устойчивого использования природных ресурсов и защиты окружающей среды, без возложения на тех, кто обращается за такой информацией, чрезмерного финансового бремени и при надлежащем уважении неприкосновенности частной жизни и адекватной защите деловой конфиденциальности.

Расширение возможностей людей в контексте устойчивого развития требует обеспечения доступа в государстве, в котором принята мера, к эффективным судебным или административным процедурам оспаривания такой меры и выдвижения требования о компенсации. Государства должны обеспечивать, чтобы в тех случаях, когда причинен или, возможно причинен ущерб, пострадавшие индивидуумы и народы имели не дискриминационный доступ к таким же судебным и административным процедурам, что и индивидуумы и народы государства, в котором причинен ущерб.

Принцип благого управления

Принцип благого управления имеет важное значение с точки зрения прогрессивного развития и кодификации международного права, касающегося устойчивого развития. Согласно этому принципу государственные и международные организации обязаны:

- а) принимать демократические и транспарентные процедуры вынесения решений и механизмы обеспечения финансовой подотчетности;
- б) осуществлять эффективные меры по борьбе с должностной и иной коррупцией;
- в) уважать принцип обеспечения процессуальных гарантий в своих процедурах и соблюдать законность и права человека;
- г) применять к государственным закупкам подход, предусмотренный в Кодексе государственных закупок Всемирной торговой организации.

Гражданское общество и неправительственные организации имеют право на благое управление со стороны государств и международных

организаций. На негосударственных субъектов распространяется действие внутреннего демократического управления и эффективной подотчетности.

Благое управление требует полного соблюдения принципов Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию, а также всестороннего участия женщин на всех уровнях процесса принятия решений. Благое управление предусматривает также корпоративную социальную ответственность и ответственное в социальном отношении инвестирование как условия существования глобального рынка, имеющего своей целью осуществить справедливое распределение богатства между общинами и внутри них.

Принцип интеграции и взаимосвязи, в частности, в отношении прав человека и социальных, экономических и экологических целей

Принцип интеграции отражает взаимозависимость социальных, экономических, финансовых, экологических и правозащитных аспектов принципов и норм международного права, касающихся устойчивого развития, а также взаимозависимость потребностей нынешнего и будущего поколений человечества.

На всех уровнях управления о глобальном, региональном, национальном, субнациональном и локальном и во всех секторах общества должен осуществляться принцип интеграции, имеющий важное значение для обеспечения устойчивого развития.

Государствам следует стремиться к разрешению явных противоречий между конкурирующими экономическими, финансовыми, социальными и экологическими соображениями, будь-то в рамках существующих институтов или путем создания надлежащих новых институтов.

В плане толкования и применения вышеупомянутые принципы носят взаимосвязанный характер, и каждый из них подлежит интерпретации в контексте других принципов настоящей Декларации. Ничто в настоящей Декларации не должно истолковываться как причиняющее каким-либо образом вред положениям Устава Организации Объединенных Наций и правам народов в соответствии с этим Уставом.

После Всемирного саммита по устойчивому развитию, большое внимание уделяется этим международным принципам, т.к. они представляют собой некое руководство в отношении трудностей по интегрированию экологических, экономических и социальных целей развития и режимов. В этом разделе, мы рассмотрим эти принципы более подробно, потому

что они являются частью новых правовых норм, которые помогут достичь цели устойчивого развития, при этом находя источники в экологических правах человека и экономическом праве.

Принцип интеграции и взаимосвязи будет рассматриваться в первую очередь, поскольку это обеспечивает концептуальную основу для «комплексного подхода» в области международного права, касающейся устойчивого развития, который может дать направление рассмотрению других принципов. Интеграция экологических, экономических и социальных прав в международный режим является частью процесса, где необходимо учитывать все нюансы. Это не вопрос объединения трех областей права в одном. Не существует одной определенной линии в процессе интеграции, как и определенного одного толчка к большей интеграции как таковой, за исключением некоторых конкретных ситуаций. Скорее, существуют конкретные особенности этого сплетения социальных, экологических и экономических отраслей права, которые также в значительной степени были изменены от влияния различных условий, требований и выбора политики каждого конкретного случая.

Принцип интеграции и взаимосвязи в отношении социальных, экономических и экологических целей

Концепция устойчивого развития интегрирует экономические, экологические и социальные (включая права человека) приоритеты. Отправной точкой в понимании этого является то, что международное устойчивое развитие находится в области пересечения этих трех областей международного экономического, экологического и социального права. Следует отметить, что не все аспекты международного экологического права являются международным правом устойчивого развития³⁸⁶. Например, как отмечают Алан Бойл и Дэвид Фристоун, права животных, сохранение «харизматической мегафауны», а также трансграничные экологические споры не обязательно имеют дело с вопросами устойчивого развития. То же самое может быть верно для различных аспектов международного торгового, налогового, финансового или инвестиционного права в экономической сфере, или некоторые специфические сферы, как международная защита прав человека, социального развития и гуманитарной помощи в социальной сфере. Поскольку не все международное право в этих трех областях является интегрированным (или даже является необходимым), термин «право устойчивого развития» относится к конкретным, более узким наборам правовых документов и положений, когда экологические,

³⁸⁶ A. Boyle and D. Freestone, "Past Achievements and Future Challenges" in Lang (citation omitted).

социальные и экономические взгляды интегрируются элементами в разной степени при различных обстоятельствах. И как следствие, принцип интеграции имеет фундаментальное значение для права устойчивого развития.

Необходимость интеграции была сильно укреплена и выделена в 2002 году на Всемирном саммите по устойчивому развитию (ВСУР). Действительно, в Йоханнесбурге в 2002 году, согласно декларации по устойчивому развитию, государства взяли на себя «коллективную ответственность за продвижение и укрепление взаимосвязанных и взаимодополняющих основ устойчивого развития - экономическое развитие, социальное развитие и охрана окружающей среды...». В Плане выполнения решений (ЙПВР), это признание также появляется во многих случаях, например, в пункте 2, где заявляется, что правительства согласились на то, что они «будут способствовать интеграции трех компонентов устойчивого развития - экономического развития, социального развития и охраны окружающей среды, как взаимозависимых и взаимодополняющих основ»³⁸⁷. Существует ли «коллективная ответственность», чтобы «содействовать интеграции трех компонентов устойчивого развития», а также правовая норма? Достаточно ли практика, и имеется ли убежденность в правомерности, чтобы мы могли говорить о новой обычной норме?

Полезно рассмотреть разработку нормативных актов этого принципа. Это будет основываться на трехкратном обязательстве, конкретно относящихся к необходимости принятия всех трех аспектов во внимание при развитии процесса принятия решений. Таким образом, норма будет выражаться в том, что государства должны «гарантировать, что социальные и экономические решения развития не оставляют без внимания экологические соображения, и не проводится защита окружающей среды, без принятия во внимание соответствующих социальных и экономических последствий». Хотя точная формулировка и применение этой нормы будет варьироваться в зависимости от обстоятельств его применения, его общая цель будет заключаться в обеспечении необходимой интеграции между социальной, экономической и экологической политикой и за-

³⁸⁷ Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию, в Докладе Всемирного саммита по устойчивому развитию, Йоханнесбург, Южная Африка, 26 августа-4 сентября 2002 года, NCONF.199/20 (Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2002 год). См. также Йоханнесбургский план выполнения решений, Доклад Всемирного саммита по устойчивому развитию, Йоханнесбург, Южная Африка, 4 сентября 2002 года, UN Doc. A/CONF.199/20: <ГНП: [llwww.un.org/esa/sustdev / documents/WSSD\] OCPD / English/POIToc.htm](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD/OCPD/English/POIToc.htm)>.

конами, отвечая на вопрос «коллективной ответственности», принятый государствами в Йоханнесбургской декларации.

От этой обязанности исходит несколько большее признание процедур, практики и инструментов права устойчивого развития. Например, использование устойчивости или «интегрированной» оценки воздействия (более подробно это описано в части III) может гарантировать, что развитие экономических решений (в том числе решения относительно политики, планов, программ или проектов) не игнорируют их потенциальных социальных и экологических последствий. Из этого принципа также исходит обратное в том, что исполнение обязательства по охране окружающей среды не будет осуществляться без учета соответствующих социальных и экономических аспектов. Например, принятие решений органами для сохранения проектов, таких, как большие парки, должны обеспечить, чтобы их планы предусматривали, или даже имели предварительное обоснованное согласие местных народов и других социально уязвимых групп, которые могут пострадать от новых границ парка и ограничений. Проект, который этого не сделал, нарушил бы вторую часть этого принципа, а именно обязательство не принимать во внимание защиту окружающей среды в отрыве от ее социально-экономических последствий. Создание «механизмов блокировки», таких как экологические или социальные единицы в международных организациях развития, или в Инспекционной группе Всемирного банка, осуществляет мониторинг и расследование социальных и экологических последствий их проектов экономического развития, что также поощряется, поддерживается и даже потенциально требуется от этой нормы.

Появление принципа

Необходимость интеграции социально-экономического развития и экологической политики пронизывает все мягкое право, в том числе выраженное в Стокгольмской декларации 1972 года, в Декларации Рио и Повестке 21 от 1992 года, и, как упоминалось выше, в Декларации и Планах выполнения решений Йоханнесбурга 2002 года.

Принцип 4 в Декларации Рио 1992 года гласит, что «в целях достижения устойчивого развития защита окружающей среды должна составлять неотъемлемую часть процесса развития и не может рассматриваться в отрыве от него». Согласованное заявление по переговорам подписали более 160 стран мира, и это означает, что государства соглашаются, что социальное и экономическое развитие должны интегрировать охрану окружающей среды. Принцип 4 в том, что охрана окружающей среды не может рассматриваться в отрыве от других аспектов, и это проявляется

на международном уровне, в политике и в области права. Эта точка зрения выражена в главе 39 Повестки 21, где государства обязуются сосредоточиться на «дальнейшем развитии международного права в области устойчивого развития, уделяя при этом особое внимание на тонкий баланс между окружающей средой и развитием», и признают важным то, что «необходимо уточнить и укрепить связи между существующими международными договорами или соглашениями в области окружающей среды и соответствующими социальными и экономическими соглашениями и документами, с учетом особых потребностей развивающихся стран».

После Рио-де-Жанейро на Саммите Земли, интеграция законов и политики в этих областях непосредственно адресовала вопросы глобальным договорам, используя различные текстовые формулировки в зависимости от контекста и цели инструментов. Этот краеугольный камень и положение выражены в двух документах Рио 1992 года - Рамочной конвенции ООН об изменении климата и Конвенция ООН о биологическом разнообразии. Большинство природоохранных конвенций после документов Рио содержат конкретные материально-правовые положения, которые направлены на решение соответствующих социальных и экономических соображений, связанных с их целью и объектом. Некоторые даже делают это до такой степени, что они отходят от просто природоохранных конвенций, и могут рассматриваться как конвенции в области устойчивого развития. Примеры таких договоров могут включать в себя Конвенции Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке от 1994 года, и Конвенцию Организации Объединенных Наций о праве несудоходных видов использования международных водотоков от 1997 года.

Можно наблюдать сегодня тенденции международной интеграции в разных сферах. Это относится к интеграции в том смысле, что экономики и общества становятся все более интегрированными, на международном уровне, что также иногда называется явлением «глобализации». Например, по словам Александра Кисса:

«Существует множество доказательств глобальной интеграции: региональные единицы торговли, региональные политические и экономические организации, международные режимы, охватывающие вопросы, начиная от банков и торговли до области прав человека, защиты окружающей среды и контроля над вооружениями и распространением финансовых рынках, информационная революция, быстрый технический прогресс, глобальные экологические проблемы, либерализация торговли и других экономических аспектов».

Такая тенденция явно имеет место быть. Однако, есть второе значение к интеграции, которое кажется близким тому, что было выражено в Декларации Рио 1992 года, и которое видит интеграцию именно между экономической и социальной сферами, между правом и политикой. Этот тип интеграции является не просто тенденцией, когда все «собираются вместе» на международном уровне, а, скорее является необходимостью приступить к созданию новых образований и норм таким образом, чтобы в полной мере учитывались все социальные, экономические и экологические аспекты. Это сложный вызов для исследований, планирования, правотворчества и принятия судебных решений. Действительно, как отметил один из комментаторов, «если больше нет больших сомнений в том, что интегративные подходы к исследованию необходимы для поддержки устойчивого перехода, то вопрос того, как достичь такой интеграции в строгих и полезных программах остается проблематичным».

Органы, учрежденные на основе соответствующих договоров

Основные органы, занимающиеся экологической проблематикой³⁸⁸

Межправительственная группа экспертов по изменению климата (МГЭИК).

Активное участие в переговорном процессе ООН в области климатических изменений принимает Межправительственная группа экспертов по изменению климата (МГЭИК) — всемирная сеть в составе 2500 ведущих ученых и экспертов, анализирующих результаты научных исследований в этой области. Их доклады в текстовом формате можно найти на сайте Группы.

Совет управляющих Программы Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП). Совет управляющих, являющийся ответственным за разработку политики ЮНЕП органом, был создан в соответствии с резолюцией Генеральной Ассамблеи 2997 (XXVII) от 15 декабря 1972 года. Совет проводит свои встречи ежегодно и подотчетен в своей работе Генеральной Ассамблее.

³⁸⁸ See United Nations Organizations at <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/specenv.htm#enviromental>.

Комиссия по устойчивому развитию. В своей резолюции 47/191 от 22 декабря 1992 года Генеральная Ассамблея просила Экономический и Социальный Совет учредить комиссию высокого уровня по устойчивому развитию в качестве функциональной комиссии Совета в целях обеспечения эффективного осуществления решений Конференции по окружающей среде и развитию (ЮНСЕД). Таким образом, Комиссия, мандат которой изложен в резолюции Генеральной Ассамблеи 47/191, была создана на основании решения Экономического и Социального Совета 1993/207 от 12 февраля 1993 года. Комиссия проводит свои встречи ежегодно и подотчетна в своей работе Экономическому и Социальному Совету.

Форум Организации Объединенных Наций по лесам. Форум Организации Объединенных Наций по лесам был учрежден на основании резолюции ЭКОСОС 2000/35 от 18 октября 2000 года для «укрепления политической приверженности делу рационального использования, сохранения и устойчивого развития всех типов лесов». Форум проводит свои встречи на ежегодной основе и представляет доклады Экономическому и Социальному Совету.

Межправительственный форум по лесам (МФЛ). Межправительственный форум по лесам (МФЛ) был учрежден на основании резолюции ЭКОСОС 1997/65 от 25 июля 1997 года. Форум проводил свои встречи на ежегодной основе в период с 1997 по 2000 годы и представлял доклады Экономическому и Социальному Совету.

Специальная межправительственная группа открытого состава по лесам. Специальная межправительственная группа открытого состава по лесам была учреждена на основании решения ЭКОСОС 1995/226 от 1 июня 1995 года. Встречи этого форума проводились по мере необходимости в период между 1995 и 1997 годами.

Договоры и органы, учрежденные на основе соответствующих договоров³⁸⁹

Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (РКООНИК)

Конференция Сторон, являющаяся «высшим органом», была учреждена на основании статьи 7 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата. Встречи Конференции проводятся на ежегодной основе. Каждое являющееся Стороной Конвенции в соответствии

³⁸⁹ See, United Nations Organizations, at <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/specenv.htm#treaty>.

со статьей 12 государство представляет Конференции общее описание мер, принимаемых для осуществления Конвенции.

Конференция Сторон, действующая в качестве совещания Сторон Киотского протокола. Конференция Сторон, действующая в качестве совещания Сторон, была учреждена на основании статьи 13 Киотского протокола для обзора хода осуществления Протокола. Сессии Конференции Сторон проводятся ежегодно.

Совещание Сторон Монреальского протокола. Совещание Сторон было учреждено в соответствии со статьей 11 Монреальского протокола для обзора хода осуществления Протокола. Совещания проводятся на ежегодной основе.

Конференция Сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением. Конференция Сторон была учреждена в соответствии со статьей 15 Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением для обзора хода осуществления Конвенции.

Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии. Конференция Сторон была учреждена в соответствии со статьей 23 Конвенции о биологическом разнообразии для обзора хода осуществления Конвенции. Текущий статус Конвенции можно найти на веб-сайте Конвенции. Конференция проводит свои совещания на ежегодной основе.

Конференция Сторон Конвенции по борьбе с опустыниванием

Конвенция по борьбе с опустыниванием в странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в странах Африки, была принята в Париже 17 июня 1994 года и открыта для подписания от 14-15 октября 1994 года. Она вступила в силу 26 декабря 1996 года, через 90 дней после пятидесятой ратификации. На август 2009 года, 193 страны являлись участниками конвенции. Конференция Сторон (КС), которая является высшим руководящим органом Конвенции, провела свою первую сессию в октябре 1997 года в Риме, Италия. Девятая сессия Конференции Сторон, состоялась в Буэнос-Айресе, Аргентина, с 21 сентября по 2 октября 2009 года.

Водные ресурсы

Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая), 2010³⁹⁰

4 мая 2006 года Аргентина подала иск против Уругвая, где указывалось, что Уругвай нарушил обязательство по договору – Статут реки Уругвай, подписанному и ратифицированному Аргентиной и Уругваем. Нарушение заключалось в том, что было выдано разрешение на работу, строительство и введение в эксплуатацию двух целлюлозных заводов на реке Уругвай, со ссылкой, в частности, на влияние такой деятельности на качество воды реки Уругвай и на территории, которые страдают от этого.

1. Обязательство способствовать оптимальному и рациональному использованию реки (статья 1).

170. Согласно утверждениям Аргентины, Уругвай нарушил свои обязательства по способствованию «оптимального и рационального использования реки». Уругвай не исполнил свои обязательства по координации мер совместно с Аргентиной, необходимых, чтобы избежать экологического изменения, и не исполнил обязательства по применению необходимых мер для предотвращения загрязнения окружающей среды. Аргентина также утверждает, что в интерпретации Статута 1975 года (в частности, статей 27, 35, и 36) в соответствии с принципом справедливого и разумного использования, необходимо учитывать все ранее существовавшие способы правомерного использования реки, в частности, ее использование для рекреационных и туристических целей.

171. Уругвай отмечал, что объект и предмет Статута 1975 года заключается в создании структуры для сотрудничества между Сторонами через CARU в достижении общей цели справедливого и устойчивого использования водных и биологических ресурсов реки. Уругвай утверждает, что он никоим образом не нарушил принцип справедливого и разумного использования реки, и, что этот принцип не служит основанием для одобрения только существующих способов использования рек, таких, как туризм или рыболовство, не позволяя использование новых способов.

175. Суд считает, что достижение оптимального и рационального использования требует баланса, с одной стороны, между правами и нуждами

³⁹⁰ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

Сторон использовать реку для экономической и коммерческой деятельности, и, с другой стороны, обязанности защищать ее от любого ущерба окружающей среде, которые могут быть причинены такой деятельностью. Необходимость такого баланса отражается в различных положениях Статута 1975 года, который устанавливает права и обязанности сторон, например, в статьях 27, 36 и 41. Таким образом, Суд оценивает поведение Уругвая при выдаче разрешений на строительство и эксплуатацию завода Орион (Ботния) в свете этих положений Статута 1975 года, а также в свете прав и обязательств, предусмотренных в них.

177. Что касается статьи 27, Суд считает, что в трансграничном контексте ее формулировка отражает не только необходимость согласования различных интересов прибрежных государств, в частности, в использовании общих природных ресурсов, но также в необходимости найти баланс между правом использовать воды реки в соответствии с целями устойчивого развития. Суд рассмотрел обязательства, вытекающие из статей с 7 по 12 Статута, которые должны быть соблюдены, в соответствии со статьей 27, любой из Сторон, желающей осуществить свое право на использование вод реки для любых целей, перечисленных здесь, поскольку такое использование может отрицательно повлиять на режим реки или качество ее вод. Суд хотел бы добавить, что такое использование не может считаться справедливым и разумным, если интересы других прибрежных государств в отношении общего ресурса и вопроса охраны его окружающей среды не были приняты во внимание. Следовательно, Суд считает, что статья 27 воплощает взаимосвязь между справедливым и разумным использованием общих ресурсов и баланс между экономическим развитием и охраной окружающей среды, что является сутью устойчивого развития.

3. Обязательство координировать меры, чтобы избежать изменений в экологическом балансе (статья 36).

181. Аргентина утверждает, что Уругвай нарушил статью 36 Статута 1975 года, которая обязывает Стороны координировать через CARU необходимые меры, в целях избежать изменения экологического баланса реки. Аргентина утверждает, что стоки и выбросы завода Орион (Ботния) изменили экологический баланс реки, и в качестве яркого примера, приводит произошедшее 4-го февраля 2009 года цветение водорослей, что свидетельствует об изменении экологического баланса, а также о сбросе токсинов, которые породили, по мнению Аргентины, плохо сформированные коловратки, чьи картины были показаны Суду.

183. Следует напомнить, что статья 36 предусматривает, что «[С]тороны координируют через Комиссию, необходимые меры, чтобы избежать лю-

бых изменений в экологическом балансе, и чтобы бороться с вредителями и другими вредными факторами в реке и районах, пострадавших от этого».

185. По мнению суда, целью статьи 36 Статута 1975 года является предотвращение любого трансграничного загрязнения, которое может повлиять на изменение экологического баланса реки, координируя через CARU, принятие необходимых мер. Тем самым, устанавливается обязательство обоих государств предпринять позитивные действия, чтобы избежать изменений в экологическом балансе. Эти действия состоят не только в принятии нормативно-правовой базы, как это было сделано Сторонами посредством CARU, но также в соблюдении и применении мер обеими Сторонами. Как подчеркивается в деле Габчиково-Надьмарош:

«В сфере охраны окружающей среды, в силу часто необратимого характера ущерба окружающей среде и ограничений, присущих механизму возмещения этого ущерба, необходимы бдительность и предупреждение» (Габчиково-Надьмарош, Венгрия против Словакии, решение, Доклады МС ООН 1997, стр. 78, пара.140).

188. Эти бдительность и предотвращение еще более важны в сохранении экологического баланса, так как негативное влияние деятельности человека на воды реки может повлиять на другие компоненты экосистемы водотока, такие, как его флора, фауна и почва. Обязательство координировать, в рамках Комиссии, принятие необходимых мер, а также их применение и соблюдение, в этом контексте предполагает важную роль в общей системе защиты реки Уругвай, установленной Статутом 1975 года. Поэтому крайне важно, чтобы стороны соблюдали это обязательство.

189. В свете вышеизложенного, Суд считает, что Аргентина предоставила достаточно доказательств, что Уругвай отказался участвовать в такой координации, как это предусмотрено статьей 36, и тем самым нарушил это положение.

4. Обязательства по предупреждению загрязнения окружающей среды и сохранения водной среды (статья 41).

191. Аргентина заявляет, что, разрешив выброс дополнительных питательных веществ в реку, которая теперь страдает от обратного потока и застоя, Уругвай нарушил обязательства по предотвращению загрязнения. Уругвай не определил соответствующие меры по отношению к заводу Орион (Ботния), и нарушил обязательства по применимым международным экологическим соглашениям, таким, как Конвенция о биологическом разнообразии и Рамсарская конвенция. Аргентина утверждает, что Статут 1975 года запрещает любые загрязнения, которые наносят ущерб защите

и сохранению водной среды, и которая изменяет экологический баланс реки. Аргентина также указывает, что обязательство по предотвращению загрязнения реки является обязательством результата и распространяется не только на надлежащую защиту водной среды, но и на любое разумное и законное использования реки, включая туризм и другие рекреационные цели.

192. Однако, Уругвай утверждает, что обязательства, изложенные в статье 41 (а) Статута 1975 года, о «предотвращении [...] загрязнения» не предполагает запрета на все сбросы в реку. На основании статьи 40 Статута 1975 года, как «загрязнение» можно охарактеризовать только те сбросы, которые превышают стандарты, совместно согласованные сторонами внутри CARU в соответствии с их международными обязательствами. Уругвай также утверждает, что статья 41 создает обязательство поведения, а не результата, но в данном случае это не столь важно, так как Уругвай выполнил свою обязанность по предупреждению загрязнения, требуя от завода быть в соответствии с наилучшими доступными технологиями («НДТ») и стандартами.

193. Прежде чем перейти к анализу статьи 41, Суд напоминает, что:

«Существование общего обязательства государств обеспечивать, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции и контроля не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами национального контроля в настоящее время является частью международного права, касающегося окружающей среды» (законность угрозы или применения ядерного оружия, консультативное заключение, ICJ Reports 1996 (I), стр. 241-242, пункт 29).

194. Кроме того суд имел возможность подчеркнуть, в деле Габчиково-Надьмарош, что «Стороны должны совместно заново взглянуть на воздействие на окружающую среду функционирования электростанции Габчиково» (Габчиково-Надьмарош, Венгрия / Словакия, Решение, Доклады МС ООН 1997, стр. 78, пункт 140). Суд принимает во внимание эти заявления в рассмотрении статьи 41 Статута 1975 года.

195. Учитывая центральную роль этого положения в споре между Сторонами по настоящему делу и их глубокие разногласия относительно его толкования и применения, Суд раскроет несколько замечаний общего характера о нормативном содержании статьи 41, прежде чем решить конкретные аргументы сторон. Во-первых, по мнению суда, статья 41 проводит четкое различие между регулирующими функциями, возложенными на CARU, о которых говорится в статье 56 Статута, и обязательством принять индивидуально Сторонам правила и меры для «защиты и

сохранения водной среды и, в частности, предотвратить ее загрязнение». Таким образом, обязательство, принятое Сторонами в соответствии со статьей 41, которое отличается от тех, которые выражены в статьях 36 и 56 Статута 1975 года, заключается в принятии надлежащих правил и мер в рамках их национальных правовых систем для защиты и сохранения водной среды и для предотвращения загрязнения окружающей среды. Этот вывод подтверждается формулировкой пунктов (б) и (в) статьи 41, которые указывают о необходимости не снижать технические требования и тяжесть наказания, уже действующих в соответствующих законодательствах Сторон, а также необходимости информировать друг друга о правилах, которые будут выработаны с тем, чтобы установить эквивалентные нормы в их правовых системах.

197. В-третьих, обязанность «сохранять водную среду, и в частности, для предотвращения загрязнения, устанавливая соответствующие правила и меры» является обязанностью действовать с должной тщательностью в отношении всех действий, проводимых под юрисдикцией и контролем каждой из сторон. Это обязательство, которое влечет за собой не только принятие соответствующих правил и мер, но и определенный уровень бдительности в обеспечении их соблюдения и осуществления административного контроля, применяемых к государственными и частным лицам, таким как мониторинг деятельности, осуществляемый такими лицами, для защиты прав другой стороны. В связи с этим, Страна будет привлечена к ответственности, если будет доказано, что она не действовала добросовестно, и не приняла все необходимые меры по обеспечению выполнения соответствующих положений государственными или частными лицами, находящимися под ее юрисдикцией. Обязательство проявлять должную осмотрительность в соответствии со статьей 41 (а) в принятии и соблюдении соответствующих правил и мер, подкрепляется условием, что такие правила и меры должны быть «в соответствии с действующими международными соглашениями» и «в соответствии, где необходимо, с руководящими принципами и рекомендациями международных технических органов». Это требование имеет преимущество, чтобы удостовериться, что правила и меры, принятые сторонами, находятся в соответствии с действующими международными соглашениями и учитывают согласованные на международном уровне технические стандарты.

(а) Оценка воздействия на окружающую среду.

203. Суд далее рассмотрит связи между необходимостью оценки воздействия на окружающую среду, где планируемая деятельность наносит ущерб общим ресурсам и трансграничный вред, и обязательством Сторон

в соответствии со статьей 41 (а) и (б) Статута. Стороны договорились о необходимости проведения оценки воздействия на окружающую среду (экологическую экспертизу). Однако, Стороны не пришли к единому мнению касательно охвата и содержания экологической экспертизы, которую Уругвай должен был осуществить по отношению к проекту завода Орион (Ботния).

204. По мнению Суда, для того, чтобы Стороны надлежащим образом выполняли свои обязательства в соответствии со статьей 41 (а) и (б) Статута, они должны, в целях защиты и сохранения водной среды и по отношению к деятельности, которая может являться причиной трансграничного вреда, проводить экологическую экспертизу. Как Суд указывал по делу относительно судоходных и смежных прав, «существуют ситуации, в которых намерение сторон при заключении договора было дано определенному выражению терминов, в которых смысл или содержание способны развиваться, но не одно положение не является фиксированным раз и навсегда, и должно учитывать, среди прочего, развитие международного права» (Спор относительно судоходных и смежных прав, Коста-Рика против Никарагуа, Решение от 13 июля 2009 года, пункт 64). В этом смысле обязательства по защите и сохранению, в соответствии со статьей 41 (а) Статута, должно толковаться в соответствии со сложившейся практикой, которая в последние годы получила столько признания среди государств, что теперь проведение экологической экспертизы может считаться требованием по международному праву, в местах, где имеется риск того, что предлагаемая производственная деятельность может оказать существенное неблагоприятное воздействие в трансграничном контексте, в частности, на общий ресурс. Кроме того, обязательство проявлять должную осмотрительность, которая подразумевает и обязанность бдительности и предупреждения, не будет считаться осуществленной, если сторона, которая запланировала работы, способные отрицательно повлиять на режим реки или качество ее воды, и не предприняла попыток произвести оценку воздействия на окружающую среду относительно потенциальных последствий таких работ.

205. Суд отмечает, что ни Статут 1975 года, ни общее международное право, не определяют объем и содержание экологической экспертизы. Следовательно, Суд считает, что каждое государство самостоятельно определяет в своем внутреннем законодательстве или в процессе авторизации проекта, конкретное содержание экологической экспертизы, которая требуется в каждом конкретном случае с учетом характера и масштабов предлагаемого проекта и его возможные негативные воздействия на окружающую среду, а также на необходимость проявлять должную осмо-

трительность в проведении такой оценки. Суд также считает, что экологическая экспертиза должна быть проведена до начала реализации проекта. К тому же, и после того как операции начались и, при необходимости, на протяжении всего срока реализации проекта, должен быть предпринят непрерывный мониторинг его воздействия на окружающую среду.

Конвенция ООН по морскому праву³⁹¹

Третья конференция Организации Объединенных Наций по морскому праву³⁹²

Первого ноября 1967 года представитель Мальты в ООН Арвид Пардо обратил внимание стран мира на назревающий конфликт, который может опустошить океаны, жизненную силу для выживания человека. В своей речи в Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций он говорил о соперничестве сверхдержав, которое распространяется на океаны, о загрязнении, которое отравляет моря, о противоречивых судебных исках и их последствиях для стабильного порядка, и о богатом потенциале, который находится на дне морей. Пардо закончил свою речь, призывая к «эффективному международному режиму во вопросу дна морей и океанов за пределами четко определенных юрисдикций стран». «Это единственная альтернатива, на которую мы можем надеяться во избежание эскалации напряженности, которые будут неминуемы при нынешнем развитии ситуации», сказал он.

Призыв Пардо пришелся на тот момент, когда многие признавали необходимость обновления доктрины свободы морей, учитывая технический прогресс, который изменил отношение человека к океанам. Приводится в движение процесс, который продолжался 15 лет, где наблюдался процесс создания морского комитета Организации Объединенных Наций, подписания договора о запрещении размещения на дне морей и океанов ядерного оружия, принятия декларации Генеральной Ассамблеи, указывающей, что все ресурсы морского дна за пределами действия национальной юрисдикции являются общим наследием человечества, и созыв Стокгольмской конференции по проблемам окружающей человека среды. ... Это были некоторые из факторов, что привели к созыву Конференции

³⁹¹ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Dec. 10, 1982, 1833, U.N.T.S. 397, entered into force Nov. 16, 1994.

³⁹² U.N. Division of Ocean Affairs and Law of the Sea, Historical Perspective, UNCLOS, at: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm#Historical%20Perspective.

Организации Объединенных Наций по морскому праву, для написания исчерпывающего договора по океанам.

Конференция была созвана в Нью-Йорке в 1973 году, в результате которой, девять лет спустя в 1982 году, была принята конституция морей - Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву. За эти девять лет, путешествуя между Нью-Йорком и Женевой, представители более 160 государств, обсуждали вопросы, обговаривали права и обязанности стран в ходе марафона переговоров, которые привели к Конвенции.

Конвенция

Правила прохода, границы территориального моря, экономическая юрисдикция, юридический статус ресурсов морского дна за пределами действия национальной юрисдикции, проход судов через узкие проливы, сохранение живых ресурсов морей и управление ими, защита морской среды, морские научные исследования и их режимы, и, более уникальная черта, обязательные процедуры урегулирования споров между государствами – все это входит в число важных особенностей договора. Одним словом, Конвенция является беспрецедентной попыткой международного сообщества регулировать все аспекты ресурсов моря и использования океана, и, таким образом, принести стабильный порядок в сам источник жизни человечества.

«Возможно, наиболее значимый правовой документ этого века» – это то, как Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций охарактеризовал договор после его подписания. Конвенция была принята в качестве «пакетного соглашения» в целом во всех своих частях без какой-либо оговорки о любых аспектах. Подписание Конвенции правительствами несет обязательство не предпринимать никаких действий, которые могли бы отменить объекты и предметы Конвенции. Ратификация или присоединение к Конвенции выражает согласие государства следовать положениям Конвенции. Конвенция вступила в силу 16 ноября 1994 года, через год после того, как Гайана стала 60-м государством, присоединившимся к ней.

Определение границ территориального моря избавило от противоречивых требований и споров. Правила прохода через территориальное море и узкие проливы теперь основаны на правовых принципах. Прибрежные государства уже получают преимущества положений, предоставляющие им обширные экономические права в районе 200 миль вдоль их берегов. Теперь однозначно предусмотрено право стран, не имеющих выхода к морю, на доступ к морю и от него.

Комиссия по трансграничным водным ресурсам, Кыргызстан и соседние страны³⁹³

Бассейн Аральского моря в мировой истории относится к древнейшим центрам цивилизации.

Две главные реки бассейна — Амударья и Сырдарья, делящие свою воду между орошением аридных земель региона и Аральским морем, вместе со своими притоками Вахш, Пяндж, Сурхандарья, Кафирниган, Зарафшан, Нарын, Чирчик, Карадарья и другими образуют огромную водную систему, входящую в водохозяйственный комплекс бассейна Аральского моря.



На территории бассейна полностью и частично расположены пять независимых государств, входящих в состав СНГ — Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Туркменистан и Республика Узбекистан, а также часть территории Афганистана.

После распада СССР, во избежание возникновения конфликтов, серьезных осложнений в части управления водными ресурсами, а также наведения порядка в водodelении, лимитировании и учете вод, министры пяти независимых государств Центральной Азии ... в результате переговоров, встреч и обсуждений на совещании 10-12 октября 1991 года в Ташкенте приняли Заявление, в котором, основываясь на исторической общности народов Центральной Азии, их равных прав и ответственности за обеспечение рационального использования водных ресурсов в регионе, учитывая природные и экономические условия, признали, что только объединенные и совместные действия в вопросах координации и управления могут способствовать эффективному решению водохозяйственных проблем региона в условиях возрастающей экологической и социальной напряженности.

³⁹³ Межгосударственная координационная водохозяйственная комиссия Центральной Азии <http://www.icwc-aral.uz/>

18 февраля 1992 года в Алматы пять министров водного хозяйства Центральной Азии (Н. Кипшакбаев, М. Зулпуев, А. Нуров, А. Иламанов, Р. Гиниятуллин) подписали «Соглашение о сотрудничестве в сфере совместного управления, использования и охраны водных ресурсов межгосударственных источников». Этим Соглашением фактически был создан единый орган — Межгосударственная координационная водохозяйственная комиссия (МКВК). Данное Соглашение было подтверждено Решением Глав государств в г. Кызыл-Орде от 26 марта 1993 года и их «Соглашением о совместных действиях по решению проблемы Аральского моря и Приаралья, экологическому оздоровлению и обеспечению социально-экономического развития Аральского региона», а позже — Соглашением пяти стран региона от 9 апреля 1999 года «О статусе МФСА и его организаций».

Межгосударственная координационная водохозяйственная комиссия (МКВК), паритетно представляемая пятью Министрами водного хозяйства, или их первыми заместителями, является органом пяти правительств, доверивших Министерствам (Госкомитетам, Департаментам) водного хозяйства непосредственные функции по управлению и развитию водных ресурсов, по поддержанию устойчивости природных и гидроэкологических процессов на трансграничных водах.

Опасные отходы и токсичные вещества

Краткое описание Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов³⁹⁴

Пробуждение экологического сознания и соответствующего ужесточения природоохранного законодательства в промышленно-развитых странах в 1970-х и 1980-х годах привели к повышению общественного сопротивления к захоронению опасных отходов – который стал известен, как синдром NIMBY (англ. «Not In My Back Yard»: не на моем заднем дворе) - и к увеличению расходов на их утилизацию. Это, в свою очередь, привело некоторых лиц к поиску дешевых вариантов удаления опасных отходов на территории Восточной Европы и развивающихся стран, где

³⁹⁴ The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, adopted 22 March 1989, 28 ILM 652, entered into force May 5, 1992. Summary provided at: <http://www.basel.int/TheConvention/Overview/tabid/1271/Default.aspx>.

экологическое сознание было значительно менее развито и не было правил и механизмов принуждения. На этом фоне была принята Базельская конвенция в конце 1980 года, и главным ее вопросом на момент принятия была борьба с «торговлей ядовитым товаром», как она была названа. Конвенция вступила в силу в 1992 году.

Цель

Базельская конвенция призвана оградить здоровье человека и окружающую среду от пагубного воздействия опасных отходов. Ее сфера применения охватывает широкий спектр отходов, определенных как «опасные отходы» в зависимости от их происхождения и/или состава и их характеристик, а также два других вида отходов, определенных как «другие отходы» – отходы, собираемые из жилищ, или остатки в результате сжигания бытовых отходов.

Задачи и положения

Положения Конвенции основаны на следующих основных задачах:

- снижение образования опасных отходов и содействие экологически обоснованному использованию опасных отходов, где бы не находилось место захоронения;
- ограничение трансграничной перевозки опасных отходов, исключая случаи, когда перевозка была совершена в соответствии с принципами экологически обоснованного регулирования; и
- система регулирования, применяемая в случаях, когда трансграничные перевозки допустимы.

Для разрешения первой задачи необходимо потребовать от государств соблюдать фундаментальные принципы экологически обоснованного использования отходов (статья 4). Для достижения второй задачи, нужно предпринять ряд запретов: опасные отходы не могут быть экспортированы в Антарктиду, в государство, не являющееся стороной Базельской конвенции, или на территорию стороны, запретившей ввоз опасных отходов (статья 4). Тем не менее, Стороны могут вступать в двусторонние или многосторонние соглашения по управлению опасными отходами со Сторонами или государствами, не являющимися Сторонами, при условии, что такие соглашения «не должны быть менее требовательными в отношении экологически обоснованного использования», чем предусмотренные Базельской конвенцией (статья 11). Во всех случаях, когда трансграничное перемещение не является, в принципе, запрещенным,

перемещение может иметь место только, если оно представляет собой экологически обоснованное решение, и если принципы экологически обоснованного использования и недискриминации соблюдены, и если она осуществляется в соответствии с системой регулирования Конвенции.

Система регулирования основана на концепции предварительного согласия, и требует, чтобы до осуществления экспорта, власти государства-экспортера уведомили власти потенциальных государств-импортеров и транзитных государств, обеспечивая им подробную информацию о перевозке. Можно осуществлять перевозку, только если на момент отправления все заинтересованные государства дали свое письменное согласие (статьи 6 и 7). Базельская конвенция также предусматривает сотрудничество между Сторонами, начиная от обмена информацией по вопросам, связанным с технической помощью, особенно для развивающихся стран (статьи 10 и 13). Секретариат должен оказывать содействие и поддержку этому сотрудничеству. ... В случае если трансграничная перевозка опасных отходов была проведена незаконно, то есть в нарушение положений статей 6 и 7, или не может быть завершена в соответствии с оговоренными условиями, то согласно Конвенции, одно или несколько вовлеченных государств, будут нести ответственность и обязанность обеспечить безопасное удаление, что может быть возвратом в государство экспорта или иной способ (статьи 8 и 9).

Специальный докладчик по вопросу о токсичных отходах (выдержки из доклада по Кыргызстану)³⁹⁵

Резюме

По приглашению правительства Кыргызстана Специальный докладчик совершил поездку в Кыргызстан в период с 30 сентября по 9 октября 2009 года. Цель этой миссии заключалась в изучении существующих проблем, касающихся перевозок и захоронения токсичных и опасных продуктов и отходов и их неблагоприятных последствий для осуществления прав человека. В частности, основное внимание в ходе этой поездки было сосредоточено на трех областях: урановые хвосты; устаревшие или запрещенные пестициды; и отходы, содержащие ртуть. В ходе поездки Специальный докладчик встретился со многими государственными и негосударственными служащими и посетил места удаления или хранилища опасных химических веществ или отходов в Орловке, Кара-Балте и Канте.

³⁹⁵ Совет по правам человека ООН, 15-я сессия, 24 июня 2010 г. Доклад Специального докладчика по Миссии в Кыргызстан Окечукву Ибеану (с 30 сентября по 9 октября 2009 года).

Специальный докладчик приветствует прогресс, достигнутый этой страной в устранении серьезных трансграничных угроз, которые урановые хвосты представляют для здоровья населения и окружающей среды стран Центральной Азии, а также в привлечении международной поддержки в целях долгосрочного решения этой проблемы. Кроме того, он с удовлетворением отмечает усилия, предпринятые правительством Кыргызстана для поощрения и защиты прав человека лиц и общин, проживающих в окрестностях хвостохранилищ и объектов для хранения устаревших химических веществ. Эти меры включают разработку национального плана по защите здоровья населения и окружающей среды от неблагоприятного воздействия стойких органических загрязнителей (СОЗ) и осуществление при поддержке со стороны международного сообщества безотлагательных мер по обеззараживанию и восстановлению хвостохранилищ, требующих первоочередного внимания.

Несмотря на достигнутый прогресс, Специальный докладчик определил ряд ключевых задач в области управления радиоактивными отходами и химическими веществами. Он разработал несколько рекомендаций, касающихся мер по ликвидации или сведению к минимуму неблагоприятных последствий, которые радиоактивные отходы и опасные вещества, включая пестициды, имеют для здоровья и окружающей среды затрагиваемых лиц и общин.

Эти рекомендации включают:

- а) перемещение наиболее опасных урановых хвостов и пестицидов, содержащих СОЗ, в более надежно защищенные места;
- б) восстановление заброшенных рудников, урановых хвостохранилищ и объектов для хранения отходов в целях предупреждения загрязнения окружающей среды и несанкционированного доступа;
- в) всеобъемлющую оценку вредного воздействия радиоактивных и опасных веществ на здоровье лиц и общин, проживающих поблизости от хвостохранилищ и хранилищ опасных химических веществ;
- г) улучшение существующих регламентационных основ, касающихся управления удалением радиоактивных отходов и химических веществ, для обеспечения их соответствия международным нормам и стандартам;
- д) уточнение роли и функций различных министерств и

государственных ведомств в области управления радиоактивными отходами и химическими веществами, а также создание надлежащих механизмов по обеспечению более оптимальной координации и сотрудничества между этими учреждениями;

- е) организацию общественно-информационных кампаний и осуществление инициатив по проведению просветительской работы в отношении рисков, которые хранилища радиоактивных и опасных отходов создают для местного населения и окружающей среды, а также мер безопасности в целях уменьшения этих рисков.

Дело о токсичных отходах в Кот-д'Ивуар, Трафигура³⁹⁶

19 августа 2006 судно «Пробо Коала с отходами на борту выгрузила их в Абиджане, Кот-д'Ивуар (Берег Слоновой Кости). Удаление этих отходов происходило на открытых территориях вокруг Абиджана. Фрахтование судна - нидерландский международный нефтяной трейдер - было произведено лондонским офисом «Трафигура». Судно «Пробо Коала» сделало попытку разгрузить эти отходы в порте Амстердама, однако сервисный центр порта отказался принять отходы без дополнительной платы из-за предполагаемой токсичности отходов. Выйдя из порта в Амстердаме, эти отходы с судна были выгружены позже в Абиджане. Вблизи мест удаления отходов, проживающие там люди начали страдать от целого ряда заболеваний (тошнота, диарея, рвота, одышка, головная боль, повреждения кожи, и опухание живота). Предположительно от воздействия этих отходов погибло шестнадцать человек и более чем сто тысяч нуждались во врачебной помощи.

В 2006 году «Трафигура» отправила двух своих руководителей в Абиджан для расследования происшествия. Однако, власти Кот-д'Ивуара арестовали и заключили под стражу этих руководителей, а вместе с ними представителя дочерней компании «Трафигура», энергетической компании «Пума». Позже, 12 февраля 2007 года правительство Кот-д'Ивуара подписало мировое соглашение с компанией «Трафигура», согласно которому компания согласилась выплатить 198 млн долларов США правительству

³⁹⁶ Reprinted with permission from Business and Human Rights Resource Center, London, <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuits-regulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire>, visited May 4, 2012.

Кот-д'Ивуара в компенсационный фонд, на строительство завода по обработке отходов и на оказание помощи в восстановительных работах. Тем не менее, компания подчеркнула, что данный платеж не является «возмещением ущерба» и что она не виновата в случившемся. В ответ на это Кот-д'Ивуар согласилась отказаться от любого уголовного преследования или претензий, сейчас или в будущем, против компании «Трафикура». После заключения мирового соглашения, власти освободили двух руководителей компании «Трафикура» и представителя энергетической компании «Пума».

В ноябре 2006 года Высший суд в Лондоне согласился заслушать групповой иск от 30 тысяч заявителей из Кот-д'Ивуара против компании «Трафикура», по поводу предполагаемого захоронения токсичных отходов из судна «Пробо Коала». Заявители утверждают, что в отходах содержался высокий уровень каустической соды, а также соединения серы и сероводорода, что приравнивает эти отходы к категории «опасных отходов» в соответствии с Базельской конвенцией о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов. Компания «Трафикура» отрицает, что отходы были токсичными и утверждает, что они представляют собой стандартные отходы с бортовой эксплуатации судов («стоки», как это определено Международной конвенцией о предотвращении загрязнения с судов 1973 года). Предположительно компания «Трафикура» отправила необработанные химические отходы в Кот-д'Ивуар, зная, что в стране не имелось средств для удаления этих отходов. Тем не менее, компания «Трафикура» отрицает свою ответственность, заявляя, что они доверили отходы в распоряжение компании «Томми», которая была создана в Кот-д'Ивуаре за несколько недель до прибытия судна. Компания «Трафикура» также утверждает, что у нее не было оснований подозревать, что Томми удалит отходы неправильно. К тому же компания «Трафикура» не согласна с числом заявителей, подавших иск, и уверяет, что только 69 человек понесли значительные травмы. 23 марта 2009 года суд удовлетворил требование заявителей. Согласно требованию компания «Трафикура» не имела права связываться ни с одним из заявителей. Требование было удовлетворено после того, как сторона обвинения представила доказательства, что компания в индивидуальном порядке связывалась с заявителями и призвала их изменить свои заявления. В сентябре 2009 года стороны по данному иску достигли мирового соглашения, в котором компания «Трафикура» согласилась выплатить каждому из 30 тыс. заявителей определенную сумму (около 1500 долларов США). Однако, в октябре 2009 года появился Клод Гохоуроу, который утверждал, что он представляет интересы жертв с помощью его организации - Национальная координация жертв ток-

сичных отходов Кот-д'Ивуара. Г-ну Гохоуроу удалось добиться решения о замораживании банковских счетов, в которых находились средства по мировому соглашению. Адвокаты заявителей оспорили подлинность этой организации и авторитет г-на Гохоуроу по распределению средств заявителям. 22-го января 2010 года Апелляционный суд в Абиджане вынес решение в пользу г-на Гохоуроу и его организации, и приказал передать ему средства по мировому соглашению. В середине февраля 2010 года стороны достигли соглашения о распределении средств мирового соглашения, и компенсация была распределена среди жертв в марте 2010 года.

Помимо всего, в феврале 2008 года голландская прокуратура официально заявила, что они намерены возбудить уголовное дело против компании «Трафигура», в частности, за ее предполагаемое участие в удалении отходов в Кот-д'Ивуаре. В июне 2008 года суд Амстердама начал слушания по этому делу, и Голландский судебный процесс начался в июне 2010 года. Голландская прокуратура обвинила компанию «Трафигура» в незаконном экспорте опасных отходов в Кот-д'Ивуар. Обвинения состоят в том, что компания нарушила голландское законодательство об экспорте и защите окружающей среды, а также в подлоге официальных документов. Компания «Трафигура» отвергала эти обвинения. В июле 2010 года Голландский суд постановил, что компания скрыла факт опасного характера отходов, который находился на борту «Пробо Коала» и оштрафовал компанию на 1 миллион евро. Голландский суд также признал виновным сотрудника компании «Трафигура» и украинского капитана судна «Пробо Коала» за их роль в этом деле. В апреле 2011 года, Апелляционный суд в Гааге постановил, что для обвинения в судебном порядке компании «Трафигура» за удаление отходов в Кот-д'Ивуар не нужен общественный отдел прокуратуры. Помимо всего, организация «Гринпис» попыталась предпринять меры, чтобы заставить прокурора предъявить обвинения против компании больше, чем просто за экспорт токсичных отходов.

В июле 2008 года три жертвы происшествия «Пробо Коала», граждане Франции, подали жалобу на компанию «Трафигура» следователю в Париже, обвиняя компанию в коррупции, произвольном убийстве и нанесении физического вреда, ведущего к смерти.

Дикая природа и биоразнообразие

Охрана дикой природы и сохранение биоразнообразия³⁹⁷

«Биоразнообразие» используется как синоним живой природы, указывая на ее сложность на генетическом, видовом и экосистемном уровнях. Эта сложность имеет решающее значение для поддержания полноценного функционирования экосистем, и важно признать это при разработке политики по защите окружающей среды.

Генетическое разнообразие, присущее большинству видов, является сырьем для быстрого реагирования на перемену обстоятельств. Перемены, конечно, - нормальное состояние в мире живых. То, что делает нашу нынешнюю ситуацию уникальной - это быстрота и масштабы перемен. Действия человека по дроблению и разрушению естественных мест обитания представляют собой массовый неконтролируемый эксперимент в сфере экологии и генетики. Необходимо знание структуры популяции, т.е. способов распределения и количества генетических вариаций, широкого спектра организмов, так же как и намного более глубокое понимание биологического значения разного рода вариаций.

Хотя много споров в сфере биоразнообразия основаны на «видах», важно отметить, что это не является стандартной единицей. То, как определяются виды, отличается между группами и между таксономистами. Однако, несмотря на эти неясности, меры видового богатства и их распределения являются важными показателями в оценке состояния окружающей среды, направлении и скорости перемен. Количество известных видов в настоящее время около 1,7 миллиона. По подсчету, общее число существующих видов колеблется от 10 до 100 миллионов.

Угрозы биоразнообразию³⁹⁸

К ним относятся:

- неконтролируемая добыча природных ресурсов, включая растения, животных и морских животных;
- уничтожение, деградация или дробление экосистем путем преобразования земель для сельскохозяйственных нужд, в

³⁹⁷ U.N. Environment Programme, http://www.unep-wcmc.org/about-biodiversity_133.html.

³⁹⁸ http://www.unep-wcmc.org/threats-to-biodiversity_52.html.

целях вырубki лесов и т.д.;

- внедрение неместных или «чужих» видов в существующие экосистемы, к которой они не приспособлены, т.е. там, где нет хищников, или хищников недостаточное количество, для поддержания экологического баланса;
- загрязнение;
- изменение климата.

Первые две причины имели место на протяжении всей человеческой истории, хотя и не в нынешних масштабах. Возрастающий уровень международных перевозок товаров и торговая система способствовали, если не явились причиной, внедрению «чужих» видов. Две последние, безусловно, являются результатом индустриальной эпохи.

Конвенция ООН о биологическом разнообразии³⁹⁹

Биологические ресурсы Земли являются жизненно важными для экономического и социального развития человечества. Как следствие, растет признание того, что биологическое разнообразие является мировым активом, представляющим огромную ценность для нынешнего и будущих поколений. В то же время, угроза для видов и экосистем никогда не была так велика, как сегодня. Угрожающими темпами растет уровень исчезновения видов в результате деятельности человека.

В ответ на эти развития, Программа ООН по окружающей среде (ЮНЕП) созвала Специальную рабочую группу экспертов по биологическому разнообразию в ноябре 1988 года для изучения вопроса о необходимости создания международной конвенции по биологическому разнообразию. Вскоре после этого, в мае 1989 года она учредила Специальную рабочую группу технических и юридических экспертов по подготовке международно-правового документа, направленного на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия. Эксперты должны были принять во внимание «необходимость распределения затрат и выгод между развитыми и развивающимися странами», а также «способы и средства для поддержки инноваций местным населением».

К февралю 1991 года, Специальная рабочая группа стала известна как Межправительственный комитет по переговорам. Его работа завершилась 22 мая 1992 года на конференции в Найроби после принятия согласованного текста Конвенции о биологическом разнообразии.

³⁹⁹ Overview by CBD Secretariat, <http://www.cbd.int/history>.

Конвенция была открыта для подписания 5 июня 1992 года на Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию («Саммите Земли»). Она оставалась открытой для подписания до 4 июня 1993 года, к этому времени 168 государств подписали ее. Конвенция вступила в силу 29 декабря 1993 года, через 90 дней после 30-й ратификационной грамоты. Первая сессия Конференции Сторон было запланирована на 28 ноября - 9 декабря 1994 года на Багамах.

Растущая приверженность мирового сообщества к устойчивому развитию послужила толчком к созданию Конвенции о биологическом разнообразии. Она представляла собой огромный прорыв в сохранении биологического разнообразия, устойчивому использованию его компонентов и справедливому и равноправному распределению выгод от использования генетических ресурсов.

Выборочные статьи конвенции:

Статья 6. Общие меры по сохранению и устойчивому использованию

Каждая Договаривающаяся Сторона в соответствии с ее конкретными условиями и возможностями:

- (a) разрабатывает национальные стратегии, планы или программы сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия или адаптирует с этой целью существующие стратегии, планы или программы, которые отражают, в частности, изложенные в настоящей Конвенции меры, относящиеся к соответствующей Договаривающейся Стороне; и
- (b) предусматривает, насколько это возможно и целесообразно, меры по сохранению и устойчивому использованию биологического разнообразия в соответствующих секторальных или межсекторальных планах, программах и политике.

Статья 7. Определение и мониторинг

Каждая Договаривающаяся Сторона, насколько это возможно и целесообразно, в частности для целей статей 8–10:

- (a) определяет компоненты биологического разнообразия, имеющие важное значение для его сохранения и устойчивого использования, с учетом ориентировочного перечня категорий, приведенного в Приложении I;

- (b) посредством отбора образцов и других методов осуществляет мониторинг компонентов биологического разнообразия, определенных в соответствии с подпунктом а выше, уделяя особое внимание тем, которые требуют принятия неотложных мер по сохранению, а также тем, которые открывают наибольшие возможности для устойчивого использования;
- (c) определяет процессы и категории деятельности, которые оказывают или могут оказывать значительное неблагоприятное воздействие на сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия, и осуществляет мониторинг их последствий посредством отбора образцов и других методов; и...

Статья 14. Оценка воздействия и сведение к минимуму неблагоприятных последствий

1. Каждая Договаривающаяся Сторона, насколько это возможно и целесообразно:

- (a) внедряет соответствующие процедуры, требующие проведения экологической экспертизы своих предлагаемых проектов, которые могут оказывать существенное неблагоприятное воздействие на биологическое разнообразие, в целях предупреждения или сведения к минимуму таких последствий, и, когда это целесообразно, обеспечивает возможности для участия общественности в таких процедурах;
- (b) принимает соответствующие меры для обеспечения должного учета экологических последствий своих программ и политики, которые могут оказывать существенное неблагоприятное воздействие на биологическое разнообразие;
- ...

Статья 15. Доступ к генетическим ресурсам

1. В силу признания суверенных прав государств на свои природные ресурсы право определять доступ к генетическим ресурсам принадлежит национальным правительствам и регулируется национальным законодательством.

2. Каждая Договаривающаяся Сторона стремится создавать условия для облегчения доступа к генетическим ресурсам в целях экологически

безопасного использования другими Договаривающимися Сторонами и не налагать ограничений, которые противоречат целям настоящей Конвенции.

3. Для целей настоящей Конвенции к генетическим ресурсам, предоставляемым Договаривающейся Стороной, о которых упоминается в настоящей статье и в статьях 16 и 19, относятся лишь те, которые предоставлены Договаривающимися Сторонами, являющимися странами происхождения таких ресурсов, либо Сторонами, получившими эти генетические ресурсы в соответствии с настоящей Конвенцией.

4. Доступ, в случае его предоставления, обеспечивается на взаимно согласованных условиях и регулируется положениями настоящей Статьи.

5. Доступ к генетическим ресурсам регулируется на основе предварительного обоснованного согласия Договаривающейся Стороны, предоставляющей такие ресурсы, если эта Сторона не решит иначе.

6. Каждая Договаривающаяся Сторона стремится подготавливать и проводить научные исследования, основанные на генетических ресурсах, которые предоставлены другими Договаривающимися Сторонами, при полном их участии и, когда это возможно, в таких Договаривающихся Сторонах.

7. Каждая Договаривающаяся Сторона принимает надлежащие законодательные, административные или политические меры и в соответствии со статьями 16 и 19 и, когда это необходимо, через механизм финансирования, созданный согласно статьям 20 и 21, в целях совместного использования на справедливой и равной основе результатов исследований и разработок, а также выгод от коммерческого и иного применения генетических ресурсов с Договаривающейся Стороной, предоставляющей такие ресурсы. Такое совместное использование осуществляется на взаимно согласованных условиях.

Статья 21. Механизм финансирования

1. Для предоставления Сторонам, являющимися развивающимися странами, финансовых ресурсов на безвозмездной или льготной основе для целей настоящей Конвенции создается соответствующий механизм, основные элементы которого изложены в настоящей статье. Для целей настоящей Конвенции этот механизм функционирует под руководством и с учетом рекомендаций Конференции Сторон и подотчетен ей. Деятельность механизма осуществляется с помощью той организационной структуры, о которой Конференция Сторон, возможно, примет решение на ее первом совещании. Для целей настоящей Конвенции Конферен-

ция Сторон определяет меры, стратегию, программные приоритеты и критерии, регулирующие доступ к таким ресурсам и их использование. Взносы делаются с учетом необходимости обеспечить предсказуемый, адекватный и своевременный приток финансовых средств, о которых идет речь в статье 20, соответствующий потребностям в ресурсах, размеры которых периодически определяются Конференцией Сторон, а также важности совместного несения бремени расходов участвующими в финансировании Сторонами, включенными в перечень, упомянутый в пункте 2 статьи 20. Добровольные взносы могут также поступать от Сторон, являющихся развитыми странами, а также от других стран и из других источников. Механизм действует на основе демократической и открытой системы управления....

***Средиземноморская древесная лягушка, Решение
Европейского Суда правосудия, 2007⁴⁰⁰***

Защита средиземноморской древесной лягушки (вымирающего вида).

Факты: Ассоциация по охране природы «Харитзалде» обратилась в Международный суд по экологическому арбитражу и консилиации (примирению) представить консультативное заключение по вопросу защиты средиземноморской древесной лягушки («*Hyla Meridionalis*») и ее местообитаний. Согласно Красной Книге страны Басков о дикой фауне и флоре, находящихся под угрозой, средиземноморская древесная лягушка единственная из амфибий, находящаяся под угрозой вымирания. Территория плотины «Гурелеса» единственное место, где размножается средиземноморская древесная лягушка, и где могут находиться до 85% взрослых особей. Однако, земли плотины «Гурелеса» были проданы компании по строительству промышленных объектов.

В этом деле в полной мере применимы положения ряда международных конвенций. Следует подчеркнуть, что эти положения направлены на применение мер превентивного характера. Смысл этих положений заключается в том, что необходимо предоставлять защиту от любой возможной опасности в настоящее или будущее время вымирающим видам и местам их обитания, которые необходимы для их жизни и размножения. Положения, содержащиеся в этом международном договоре, применимы в данном случае, так как Испания является Договаривающейся Стороной в этой конвенции.

⁴⁰⁰ International Court of Environmental Arbitration and Conciliation, Opinion, Dec. 2000. The International Court of Environmental Arbitration and Conciliation was established in Mexico D.F. (Distrito Federal) in November 1994, by 28 lawyers from 22 different countries. Their opinions are recommendatory.

Конвенция по сохранению европейской дикой природы и естественных сред обитания (Берн, 19 сентября 1979 года). Цели настоящей Конвенции заключаются в сохранении дикой флоры и фауны и их природных мест обитания. Особое внимание уделяется исчезающим и уязвимым видам (статья 1 ч.2). Статья 2 обязывает Договаривающиеся стороны принять меры для сохранения популяций дикой флоры и фауны.

Статья 3 (1) полностью применима для защиты «*Nyla Meridionalis*»: Каждая Сторона, должна разрабатывать национальные программы и меры по сохранению видов дикой фауны и флоры и среды их обитания, обращая особое внимание на виды, находящиеся под угрозой исчезновения, прежде всего эндемичным, а также находящимся под угрозой природным средам обитания в соответствии с положениями настоящей Конвенции».

В данном случае «*Nyla Meridionalis*» является видом, находящимся под угрозой исчезновения, уязвимым видом, эндемичным видом и его естественная среда обитания в настоящее время находится под серьезной угрозой.

Глава II Конвенции касается охраны среды обитания. Положения этой главы наиболее применимы в этом деле, так как разрешение проблемы в большей степени зависит от обеспечения полной защиты естественной среды обитания «*Nyla Meridionalis*», как одного из условий будущего развития охраняемого вида.

Согласно статье 4 ч.1, находящиеся под угрозой исчезновения естественные места обитания находятся под защитой: «Каждая Сторона должна предпринимать соответствующие и необходимые законодательные и административные меры, чтобы гарантировать сохранение среды обитания видов дикой флоры и фауны, особенно тех видов, которые указаны в Приложении I, а также сохранения находящихся под угрозой исчезновения мест обитания».

Приложение II Конвенции содержит список особо охраняемых видов фауны. Только три вида лягушек включены в этот список, и *Nyla Meridionalis* находится в этом списке (кроме «*Nyla Arborea*» и «*Nyla Sarda*»). Это означает, что «*Nyla Meridionalis*» и среда ее обитания рассматривается как объект, требующий высшей защиты по отношению ко всем действиям, которые могут повлиять на развитие и существование этого вида.

Другое обязательство четко сформулировано в статье 4 ч. 2, которая гласит: «Договаривающиеся Стороны в их национальных планах и программах должны отражать требования по сохранению территорий, защищенных согласно предшествующему параграфу, чтобы максимально

снизить отрицательное воздействие и предотвратить любое возможное ухудшение состояния таких территорий».

Так как территория плотины «Гурелеса» будет полностью уничтожена в результате строительства бизнес-парка, то не учитывается требование о максимальном снижении отрицательного воздействия. Единственная возможность в этом случае избежать «ухудшения» (в данном случае полного уничтожения), это сохранить существующее состояние среды обитания и оставить ее в нетронutom состоянии.

Глава III Конвенции содержит положения, направленные на защиту видов. Каждая из Договаривающихся Сторон взяла обязательства (статья б) предпринять соответствующие и необходимые законодательные и административные меры для обеспечения специальной охраны для видов дикой фауны, указанных в Приложении II.

В случае защиты «*Hyla Meridionalis*», как вида, нуждающегося в высокой степени охраны, могут применяться следующие положения настоящей статьи:

(б) – запрещение всех форм намеренного нанесения ущерба или уничтожения мест размножения или обитания;

(в) - запрещение намеренного нарушения спокойствия диких животных, особенно в период размножения, гнездования и зимовки, как действий, противоречащих целям этой Конвенции.

Планируемое строительство бизнес-объектов на территории обитания «*Hyla Meridionalis*» не может рассматриваться иначе, чем намеренное нарушение Бернской конвенции по двум основаниям: нарушение положений по защите естественной среды обитания и нарушение положений по охране видов. По этим причинам, иск Ассоциации борцов за охрану окружающей среды «Хатитзалде» должен быть удовлетворен:

- а) объект иска, вид «*Hyla Meridionalis*» (а также его естественная среда обитания) является видом фауны, требующим высшей степени защиты (Конвенция о сохранении европейской дикой природы и естественной среды обитания);
- б) планируемое строительство бизнес-парка на территории существующей среды обитания «*Hyla Meridionalis*» будет означать нарушение дополнительных положений по высшей степени защиты этого вида, и эти положения в полной мере применимы в данном случае: (а) положения Приказа 167/1996, Баскская Красная Книга дикой фауны и флоры;

(в) положения Закона 16/1994 по охране природы страны Басков; (с) Конвенция о сохранении европейской дикой природы и естественной среды обитания; (d) Конвенция о биологическом разнообразии.

Ассоциация борцов за охрану окружающей среды «Хатитзалде» может потребовать компетентные органы изменить план землепользования территорий Берио и Гурелеса и объявить эту территорию, как относящуюся к охраняемой естественной среде обитания «*Hyla Meridionalis*».

Ассоциация борцов за охрану окружающей среды «Хатитзалде» может подготовить, в сотрудничестве с компетентными органами, документы с указанием статуса указанной охраняемой территории, в которых должны регулироваться соответствующие и необходимые законодательные и административные меры для сохранения среды обитания «*Hyla Meridionalis*» и условий спокойного развития этого вида.

Изменение климата

Рамочная конвенция ООН об изменении климата (РКООНИК/UNFCCC) и Киотский протокол⁴⁰¹

Более десяти лет назад, большинство стран присоединились к международному договору - Рамочной конвенции ООН об изменении климата (РКООНИК) – где стороны рассмотрели вопросы о дальнейших действиях по предотвращению глобального потепления и по действиям в связи с повышением температуры на земле. Недавно, ряд стран утвердил дополнение к этому договору: Киотский протокол, который содержит в себе более действенные меры (и является юридически обязательным документом). Все учреждения, в частности, Конференция Сторон, вспомогательные органы и их бюро, активно участвующие в борьбе с изменением климата, поддерживаются Секретариатом РКООНИК.

Киотский протокол - международное соглашение, в дополнение к Рамочной конвенции ООН об изменении климата. Главной особенностью Киотского протокола является то, что он устанавливает основные цели для

⁴⁰¹ Background from the United Nations Framework Convention on Climate Change Secretariat, at http://unfccc.int/essential_background/items/6031.php. The Kyoto Protocol was adopted in Kyoto, Japan, on 11 December 1997 and entered into force on 16 February 2005. The detailed rules for the implementation of the Protocol were adopted at COP 7 in Marrakesh in 2001, and are called the “Marrakesh Accords.”

37 промышленно развитых стран и Европейского сообщества и обязывает сократить выбросы парниковых газов (ПГ). Это составляет в среднем сокращение выбросов на пять процентов по сравнению с уровнем 1990 года во время пятилетнего периода с 2008-2012 гг.

Основное различие протокола и Конвенции заключается в том, что если конвенция поощряет промышленно развитые страны стабилизировать выбросы парниковых газов, в то время как протокол обязывает их предпринимать эти действия.

За период 150-летней промышленной деятельности, развитые страны несут прямую ответственность за нынешний высокий уровень парниковых газов, выброшенных в атмосферу, поэтому Протокол налагает более тяжкое бремя на развитые страны в соответствии с принципом «общей, но дифференцированной ответственности».

Механизмы Киотского протокола

Согласно Договору, страны при выполнении обязательств осуществляют их в соответствии со своими национальными мерами. Однако, Киотский протокол предоставляет им дополнительные средства достижения целей путем трех рыночных механизмов.

Механизмами Киотского протокола являются:

- торговля выбросами, так же известная как «углеродный рынок»;
- механизм чистого развития (МЧР);
- проект совместного осуществления (СО).

Эти механизмы помогают стимулировать «зеленые» инвестиции, и контролировать количественные показатели выброса экономически эффективным способом.

Мониторинг количественных обязательств по сокращению выбросов

Согласно Протоколу, количественные выбросы страны должны контролироваться и должны храниться точные записи осуществленных торгов, т.е. страны, которые имеют в запасе разрешения на выброс (разрешенные, но не использованные разрешения на выброс), могут продать это избыточное количество странам, которые имеют трудности с выполнением своих обязательств.

Должна вестись система регистрации, отслеживающая и регистрирующая операции совершенные Сторонами в соответствии с этими

механизмами. Секретариат ООН по изменению климата, находящийся в Бонне, Германия, ведет международный регистрационный журнал операций, чтобы удостовериться, что операции совершены в соответствии с правилами протокола.

В определенные сроки стороны предоставляют ежегодные отчеты, реестры по выбросам и национальные доклады в рамках протокола.

Система отслеживания предоставляет возможность отслеживать, как страны выполняют обязательства, и, если у стран возникают проблемы, помогает им выполнить свои обязательства.

Адаптация

Киотский протокол, как и Конвенция, предназначен оказывать помощь странам в адаптации к неблагоприятным последствиям изменения климата. Он способствует развитию и внедрению методов, которые способствуют повышению устойчивости к воздействиям изменения климата.

Для развивающихся стран, Сторон протокола, был учрежден Адаптационный фонд, который финансирует адаптационные проекты и программы. Фонд финансируется главным образом частью поступлений от деятельности по проектам МЧР.

Будущее

Киотский протокол считается важным шагом на пути к глобальному режиму по сокращению выбросов, который позволит стабилизировать выбросы парниковых газов и обеспечит дальнейшее развитие любого другого международного соглашения по изменению климата.

К концу первого периода исполнения обязательств по Киотскому протоколу в 2012 году, необходимо разработать и принять новую систему международных положений, которые максимально могут привести к сокращению выбросов, что крайне необходимо, по мнению Межправительственной группы экспертов по изменению климата (МГЭИК).

Республика Эстония против Европейской комиссии⁴⁰²

3. Рамочная конвенция ООН об изменении климата («Рамочная конвенция») была принята в Нью-Йорке 9 мая 1992 года. Ее цель - стабилизировать концентрации парниковых газов в атмосфере на уровне, который не имеет опасного антропогенного воздействия на климатическую систему. 11 декабря 1997 года стороны Конвенции приняли Киотский протокол к Рамочной конвенции ООН об изменении климата («Киотский протокол»), который вступил в силу 16 февраля 2005 года.

4. Цель Киотского протокола заключается в сокращении общего объема выбросов шести парниковых газов, например, снизить выброс двуоксида углерода (CO₂) в период с 2008 по 2012 год, по крайней мере, на 5% ниже уровня 1990 года. Стороны, отмеченные в Приложении I к Рамочной конвенции, взяли на себя обязательства обеспечить то, что их выбросы парниковых газов не превысят процентную ставку, указанную в Киотском протоколе; для выполнения своих обязательств стороны могут действовать совместно. Европейское сообщество и его государства-члены совместно взяли на себя обязательство по Киотскому протоколу, что их общий объем выбросов парниковых газов сократится на 8% по сравнению с уровнем 1990-го года, согласно вышеуказанным обязательствам.

Законодательство Европейского сообщества

5. От имени сообщества Совет Европейского Союза утвердил, во-первых, Рамочную конвенцию, согласно решению 94/69/ЕС от 15 декабря 1993 года о заключении Рамочной конвенции ООН об изменении климата (ОJ 1994 L 33, р. 11), а во-вторых, Киотский протокол, по решению 2002/358/ЕС от 25 апреля 2002 об официальном утверждении от имени Европейского сообщества Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата и совместном выполнении обязательств по нему (ОJ 2002 L 130, стр. 1). В соответствии со статьей 2 ч.1 второго решения, Сообщество и его государства-члены намерены совместно выполнить их обязательства в рамках Киотского протокола.

⁴⁰² Society Arcelor Atlantique et Lorraine and others v. Premier Ministre, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de l'Écologie et du Développement Durable, Case C-127/07, Official Journal of the European Union, 26/5/2007, C117/8. Decision in favor of applicant and Estonia, and against European Commission on appeal. See, Case C 505/09 P, European Commission v. Republic of Estonia (2009).

7. На основании статьи 175(1) ЕК, 23 октября 2001 года Комиссия представила свои предложения к директиве Европейского парламента и Совета о создании схемы торговли выбросами парниковых газов в рамках Сообщества, и представила изменения в Директиву Совета 96/61/ЕС (СОМ(2001) 581 заключит., «Предложение комиссии»), которые привели к принятию Директивы 2003/87.

8. Как указано в параграфе 5 преамбулы, директива стремится внести эффективный вклад в выполнение обязательств Сообществом и его государствами-членами в рамках Киотского протокола по сокращению антропогенных выбросов парниковых газов, в соответствии с решением 2002/358, через эффективный европейский рынок квот выбросов парниковых газов («квоты»), с наименьшим возможным негативным влиянием на экономическое развитие и занятость.

Национальное законодательство

19. Директива 2003/87 была имплементирована во французское законодательство посредством Постановления № 2004 330 по созданию схемы торговли квотой выбросов парниковых газов от 15 апреля 2004 года, который представил среди прочего статьи с L.229 5 до L.229 19 Кодекса по охране окружающей среды. Подробные правила применения этих статей были раскрыты Указом № 2004 832 от 19 августа 2004 года. Приложение к Указу № 2004 832 воспроизводило Приложение I Директивы 2003/87.

20. Заявителями в основном судопроизводстве являются компании, задействованные в сталелитейной промышленности. Они просили компетентные французские власти отменить статью 1 Указа № 2004 832 в той мере, которой она применяется к сооружениям в сталелитейном секторе. Так как они не получили ответа на их запрос, они подали иск в Государственный совет для судебного пересмотра этого решения об отказе. В иске они просили обязать эти государственные органы осуществить вопрос об отмене статьи. В поддержку их заявления, они полагались на нарушение нескольких конституционных принципов, таких, как право на собственность, свободу вести бизнес, и принцип равноправия и справедливости.

21. Государственный совет отклонил иск заявителей в основных разбирательствах, за исключением заявления о нарушении конституционного принципа равного обращения, в сравнении с другими сопоставимыми ситуациями. По последнему вопросу, Совет отметил, что уровень выброса парниковых газов алюминиевой промышленностью и промышленностью по производству пластмасс идентичны тем, которые ограничены Директивой 2003/87, и что произведенные материалы этих отраслей производства и материалы производства сталелитейной промышленности частично

взаимозаменяемы, и соответственно эти производства конкурентные друг другу. Совет считает, что, даже если решение о не включении в схему торговли выбросами алюминиевой и пластмассовой промышленности зависело от их относительной доли в общем объеме выбросов парниковых газов и от намерений постепенной имплементации законодательства, вопрос о том, является ли объективно оправданным различное обращение между соответствующими отраслями остается проблемным.

22. В свете этих соображений, Государственный совет принял решение приостановить разбирательство и направить вопрос в Европейский суд для предварительного решения этим Судом:

«[Является ли эта Директива 2003/87 правомерной], в свете принципа равноправия и справедливости, поскольку Директива применима к [...] торговым схемам сооружений сталелитейной промышленности, но не включает в сферу ее применения алюминиевую и пластмассовую промышленности [?]»

23. Принцип равноправия и справедливости, как общий принцип законодательства Сообщества, требует того, что сходные ситуации не должны рассматриваться по-разному и разные ситуации не должны рассматриваться похоже, если только такое обращение не оправданно объективно (см., в частности, дело 106 / 83 Сермиде [1984] ECR 4209, пункт 28; объединенные дела C 133/93, C 300/93 и C 362/93 Криполтони и другие [1994] ECR I 4863, пункты 50 и 51, и дело C 313/04 Франца Эгенбергера [2006] ECR I 6331, пункт 33).

24. Так как Совет считает, что секторы стали, пластика и алюминия находятся в сходной ситуации, он хочет знать, является ли, исключение секторов по производству пластмассы и алюминия из сферы действия Директивы 2003/87, нарушением законодателя Сообщества принципа равноправия и справедливости по отношению к сектору по производству стали. Вопрос для предварительного решения, поэтому заключается только в том, нарушил ли законодатель Сообщества этот принцип, применяя неоправданное различное обращение в сопоставимых ситуациях.

28. В соответствии со статьей 1 Директивы 2003/87, ее целью является создание схемы Сообщества по торговле квотами (выбросов). В соответствии с частями 4.2 и 4.3 «Зеленой книги», намерение Сообщества было внедрить, посредством Директивы, такие системы на уровне компаний, таким образом, ссылаясь на экономическую деятельность.

29. Как указано в параграфе 5 преамбулы Директивы 2003/87, ее задачей является создание этой схемы для того, чтобы способствовать вы-

полнению обязательств Сообщества и его государств-членов в рамках Киотского протокола, который направлен на сокращение выбросов парниковых газов до уровня, недопускающего опасного антропогенного воздействия на климатическую систему, с конечной целью защиты окружающей среды.

30. В соответствии со статьей 174(2) ЕК политика Сообщества в области окружающей среды, к которой относится законодательный акт в основном судопроизводстве, одной из главных целей которого является защита окружающей среды, нацелена на высокий уровень защиты и основана, в частности, на принципе предупреждения - должны быть приняты превентивные меры - и на принципе «загрязнитель платит» (см. дело C157/96 Союз Национальных фермеров и другие [1998] ECR I 2211, параг.64, и объединенные дела 14/06 С и С 295/06 Парламент и Дания против Комиссии [2008] ECR I 0000, пункт 75 и дела указанные выше).

31. В то время как конечной задачей схемы торговли квотами является охрана окружающей среды за счет сокращения выбросов парниковых газов, схема сама по себе не сокращает эти выбросы, но поощряет и способствует поиску путей наиболее максимального приближения к заданному количеству сокращения выбросов, как это видно в частности, из части 3 «Зеленой книги» и части 2 мотивировочной части Предложения Комиссии. Приносимая польза окружающей среде зависит от жесткого применения количества выделенных квот, которые представляют собой общий предел разрешенных схемой выбросов.

32. Экономическая логика этой схемы состоит в том, что обеспечение сокращения выбросов парниковых газов для достижения установленного экологического результата должно происходить при минимальных затратах. В том факте, что разрешено продавать свои квоты на выбросы, схема нацелена на поощрение ее участников выбрасывать газы в меньшем количестве, чтобы потом продать остаток разрешенных выбросов другому участнику схемы, кто выбросил газов больше, чем ему полагалось по квоте.

33. Таким образом, чтобы схема работала надлежащим образом, необходимо присутствие спроса и предложения на квоты со стороны участников схемы, что также означает, что потенциал сокращения выбросов этих сфер деятельности, указанных в схеме, может значительно варьироваться. Более того, согласно «Зеленой книге», чем шире область применения системы, тем больше вариаций в цене соответствия отдельных предприятий, и, в целом, больший потенциал уменьшения затрат.

34. Отсюда следует, что, относительно предмета Директивы 2003/87, цели этой директивы, указанные выше в пункте 29, и принципы, на кото-

рых основывается политика Сообщества в области окружающей среды, различная экономическая деятельность, в результате которой происходит выброс парниковых газов, находится в похожей ситуации, так как все выбросы парниковых газов влияют на опасное вмешательство в климатическую систему, и все секторы экономической деятельности, где происходит выброс газов, могут повлиять на работу схемы по торговле квотами.

35. Кроме того, следует отметить, во-первых, что параграф 25 преамбулы к Директиве 2003/87 говорит, что политика и меры должны быть реализованы во всех секторах экономики Европейского Союза в целях существенного сокращения выбросов, и, во-вторых, статья 30 Директивы 2003/87 предусматривает, что может проводиться пересмотр, с целью включения других секторов в сферу применения директивы.

36. Из этого следует, что в отношении сопоставимости секторов в данном деле, на основании Директивы 2003/87, возможное существование конкуренции между этими секторами не может служить решающим критерием, как отмечает Генеральный адвокат в пункте 43 своего заключения.

37. Несмотря на приведенные аргументы институтов, приложивших свои замечания суду, количество CO₂, выбрасываемого каждым промышленным сектором, также не может служить критерием для оценки их сопоставимости, с учетом, в частности, целей Директивы 2003/87 и функционирования схемы торговли, как это описано в пунктах с 31 по 33 выше.

38. Поэтому металлургический, химический сектора и сектор цветных металлов, для целей рассмотрения действия Директивы 2003/87 с точки зрения принципа равноправия и справедливости, находятся в сопоставимых положениях, в то время как положения к ним применяются по-разному.

60. В данном случае, во-первых, вовлечение слишком большого количества участников помешает реализации и функционированию схемы торговли квотами, которая, введена директивой 2003/87 и является новой и сложной схемой, и, во-вторых, изначальное определение сферы применения директивы предусматривала задачу вовлечения как можно большего числа участников, необходимых для создания и работы схемы.

63. Тем не менее, как отмечает Генеральный адвокат, в частности, в пункте 48 своего заключения, свобода действия законодателя Сообщества в отношении поступенчатого подхода принятия Директивы, не может освободить его от обязательства, в свете принципа равноправия и справедливости, прибегнуть к объективным критериям, основанных на технической

и научной информации, имеющихся на момент принятия директивы, чтобы с самого начала определить сектора промышленности, на которые будет распространяться сфера применения Директивы 2003/87.

64. Что же касается, прежде всего, химического сектора, как следует из истории Директивы 2003/87, этот сектор имеет особенно большое количество сооружений, порядка 34 000, и не только с точки зрения уровня выбросов, но также по отношению к количеству сооружений, включенных в сферу действия Директивы, которая порядком 10 000.

65. Поэтому включение этого сектора в сферу применения Директивы 2003/87 могла бы усложнить управление схемой торговли квотами и увеличить административное бремя, так что можно было предположить, что в результате включения этого сектора, на стадии реализации схемы, ее функционирование было бы нарушено. Кроме того, законодатель Сообщества увидел, что для достижения цели Директивы 2003/87 преимущества исключения целого сектора на начальной стадии имплементации схемы перевешивали преимущества его включения. Из этого следует, что законодатель Сообщества, по требуемым правовым стандартам, использовал объективные критерии, чтобы исключить всю химическую отрасль из сферы применения Директивы 2003/87 на начальных стадиях реализации схемы торговли квотой.

66. Аргументы заявителей в основном производстве в том, что включение в сферу применения Директивы 2003/87 секторов промышленности, выброс газов CO₂ которых выше определенного порога, не вызывает административных проблем, не могут поставить под вопрос оценку данную выше.

67. Статистика, на которой основываются заявители, относится к данным об 'объектах/установках', как это видно из статьи 1 Решения Комиссии 2000/479/ЕС от 17 июля 2000 года о реализации европейского регистра по выбросам загрязнителей (ЕРВЗ) в соответствии со статьей 15 Директивы Совета 96/61/ЕС о комплексном предотвращении и контроле загрязнений (КПКЗ) (ОJ 2000 L 192, стр. 36). Объект/установка, в соответствии с этим решением, не представляет собой сооружение в значении Директивы 2003/87, так как, согласно определениям, содержащимся в Приложении А4 этого решения, такой объект/установка является «[п]ромышленным комплексом с одним или несколькими сооружениями на той же территории, где один оператор осуществляет одну или несколько деятельностей Приложения I». Поэтому, данные, на которые ссылаются заявители в основном производстве, относятся только к объектам/установкам, и количество сооружений не указано.

68. Следовательно, данные, представленные заявителями в основном производстве в поддержку своих вышеуказанных аргументов, не позволяют Суду проверить утверждение, что небольшое количество сооружений химической отрасли ответственны за большую часть общего объема выбросов CO₂ на этот сектор, так чтобы законодатель Сообщества должен был включить это в сферу применения Директивы 2003/87.

69. В свете вышеизложенного и с учетом поступенчатого подхода, на котором основана Директива 2003/87, на начальном этапе реализации схемы торговли квотами, различие в обращении между сектором химической и стальной промышленности может рассматриваться как оправданное.

70. Что касается второго сектора цветных металлов, как видно из научного доклада, упомянутого выше в пункте 52, который, по наблюдениям Парламента, Совета и Комиссии, законодатель Сообщества использовал в разработке и принятия Директивы 2003/87 о том, что прямые выбросы CO₂ от этого сектора составили 16,2 млн тонн в 1990 году, в то время как стальной сектор выбрасывал 174,8 млн CO₂.

71. В связи с тем, что при определении сферы применения Директивы 2003/87 на начальной стадии не было включено слишком большое количество участников, чтобы не нарушить административные возможности схемы торговли, законодатель Сообщества для достижения задачи Директивы не должен был только лишь указать максимальный порог выброса для каждого сектора экономики, что выбрасывают CO₂. Поэтому, в обстоятельствах, при которых Директива 2003/87 была принята, при внедрении схемы законодатель Сообщества мог правомерно разграничить сферу ее применения на секторы, не превышая при этом пределы свободы действия.

72. Различия в уровне прямых выбросов этих двух секторов в деле настолько существенны, что, на начальной стадии реализации схемы торговли и с учетом поступенчатого подхода, на котором основана Директива 2003/87, различное обращение к этим двум секторам оправданно, без какой-либо необходимости учитывать законодателем косвенные выбросы различных секторов.

73. Соответственно, законодатель Сообщества не нарушил принцип равноправия и справедливости при рассмотрении подобных/аналогичных ситуаций по-разному, когда он исключил химический сектор и сектор цветных металлов из сферы применения Директивы 2003/87.

74. В свете всего вышеизложенного, ответ на вопрос национального

суда должен быть в том, что рассмотрение Директивы 2003/87 с точки зрения принципа равноправия и справедливости не выявило ничего, что могло бы повлиять на ее законность, ввиду того, что схема торговли выбросами парниковых газов применима к сталелитейной промышленности, без включения в сферу применения Директивы химического сектора и сектора цветных металлов.

Права человека и окружающая среда

***Дубецкая и другие против Украины, Решение Европейского суда по правам человека, 2011*⁴⁰³**

Заявители, 11 граждан Украины, начали процесс против Украины за неспособность защитить их дома, частную и семейную жизнь от чрезмерного загрязнения, источником которого служили два государственных объекта угольной промышленности.

105. Суд отмечает со ссылкой на свою уже сложившуюся прецедентную практику, что ни статья 8, ни любые другие положения Конвенции не гарантируют отдельно право на охрану окружающей среды (см. Киртатос против Греции, № 41666/98, § 52, ECHR 2003-VI). Аналогичным образом, вопрос не будет возникать, если вред, на который жалуются, является незначительным по сравнению с экологическими угрозами, которые являются неотъемлемой составной частью жизни каждого современного города. Однако обоснованная жалоба о нарушении статьи 8 может возникнуть тогда, когда экологическая угроза достигает настолько серьезного уровня, что приводит к значительному ухудшению возможности заявителя пользоваться своей домашней, частной или семейной жизнью. Оценивание такого минимального уровня является относительным и зависит от всех обстоятельств дела, таких, как интенсивность и продолжительность причинения вреда или неудобств, а также его физического или психического воздействия на здоровье человека или качество жизни (см., среди других документов, упомянутое выше решение в деле Фадеевой, §§ 68-69)

106. Хотя и нет сомнения в том, что промышленное загрязнение может негативно повлиять на здоровье населения в целом и ухудшить качество жизни человека, часто невозможно измерить результат его воздействия

⁴⁰³ Dubetska and Others v. Ukraine, Application no. 30499/03, European Court of Human Rights, 10 February 2011.

в каждом отдельном случае. Что касается нарушения здоровья, например, то трудно отделить воздействие экологического вреда от влияния других факторов, таких, как возраст, профессия или образ жизни. «Качество жизни», в свою очередь является субъективной характеристикой, которая вряд ли поддается точному определению (см. Ледяева и другие против России, №№ 53157/99, 53247/99, 53695/00 и 56850/00, § 90, 26 октября 2006 года).

108. Кроме того, чтобы определить, действительно ли государство может нести ответственность в соответствии со статьей 8 Конвенции, Суд должен установить, была ли возникшая ситуация результатом внезапного и неожиданного поворота событий или, напротив, она длится уже долго, и органы государственной власти хорошо с ней знакомы (см. Фадеева, процитированное выше, §§ 90-91); были ли государственные органы уведомлены или должны были быть уведомлены о том, что опасность или вредное воздействие повлияло на личную жизнь заявителя (см. Лопес Остра против Испании, 9 декабря 1994 года, § § 52-53, Серия А, 303-С), а также в какой мере заявитель сам способствовал созданию ситуации, в которой он оказался, и насколько он был в состоянии устранить такую ситуацию дозволенными средствами (см. Ледяева, упомянутое выше, § 97).

109. Суд повторяет, что в данном деле речь идет об утверждениях о неблагоприятном воздействии на право заявителей, закрепленное в статье 8, в результате промышленного загрязнения, причиненного двумя государственными объектами – угольной шахтой «Визейская» и Червоноградской горно-обогачительной фабрикой (в частности, их отвалом из отходов, высотой в 60 метров).

110. Жалобы заявителей касаются прежде всего ухудшения их здоровья по причине того, что загрязнение воды, воздуха и почвы токсичными веществами превышало допустимые концентрации. Кроме того, эти жалобы также содержат обеспокоенность ухудшением качества жизни в связи с ущербом, причиненным домам в результате проседания почвы и постоянных трудностей в доступе к чистой воде, что отрицательно влияет на повседневную жизнь заявителей и взаимоотношения между членами семьи.

111. При оценке того, в какой степени здоровье заявителей пострадало от указанного загрязнения, Суд согласился с правительством в том, что нет никаких доказательств, позволяющих в данном деле установить измеряемый вред. Он, однако, считает, что проживание в загрязненной местности с явным превышением допустимых норм безопасности представляло повышенный риск для здоровья заявителей.

112. Что касается качества жизни заявителей, то Суд отмечает фотографии воды заявителей, а также их рассказы о повседневной жизни и

общении (см. пункты 24-30 выше), которые явно пострадали от экологических факторов.

113. Он отмечает, что в деле заявителей, как предположило правительство, на качество воды и оседание почвы могли влиять различные естественные факторы (см., например, пункт 21 выше). Кроме того, в настоящее время вопрос о доступе к пресной воде, как представляется, уже разрешен после того, как недавно был открыт центральный водопровод. В то же время, имеющиеся в деле материалы содержат достаточные доказательства того, что работа шахты и фабрики (в частности, их отвал из отходов) в течение ряда лет усугубляли указанную проблему, по крайней мере, до определенной степени.

115. Согласившись с правительством, что нормативные показатели не обязательно отражают фактические уровни загрязнения, с которыми столкнулись заявители, Суд отмечает, что заявители в этом деле представили значительный объем данных в доказательство того, что фактическое превышение уровня загрязняющих веществ было зарегистрировано неоднократно в пределах этих расстояний от указанных объектов (см. пункты 17-18 и 22-23 выше).

116. Принимая решение о том, был ли уровень ущерба (или риск ущерба), который понесли заявители в данном деле таким, что требовал гарантии статьи 8, Суд также принимает во внимание тот факт, что в разное время власти рассматривали вопрос о переселении заявителей. Необходимость переселить семью Дубецких-Найд была в конечном итоге подтверждена окончательным решением Червоноградского суда от 26 декабря 2005 года.

118. Следовательно, становится очевидным, что в течение периода, превышающего двенадцать лет после вступления Конвенции в силу в отношении Украины, заявители постоянно проживали на территории, которая, как с точки зрения законодательства, так и с точки зрения эмпирических исследований, была небезопасной для проживания из-за загрязнения воздуха и воды, а также проседания почвы в результате работы двух государственных промышленных предприятий.

119. В этих обстоятельствах Суд считает, что указанный заявителями экологический вред достигал того уровня, который необходим, чтобы заявление попало в сферу действия статьи 8 Конвенции.

123. По мнению Суда, сочетание всех этих факторов показывает достаточно сильную связь между выбросами загрязняющих веществ и государством, чтобы поднять вопрос об ответственности государства в соответствии со статьей 8 Конвенции.

155. Суд в своей оценке устанавливает, что решение экологических проблем, связанных с работой двух крупных промышленных загрязнителей, которые, как видно, функционировали с нарушением норм с самого начала и нагромождали отходы на протяжении более пятидесяти лет, было сложной задачей, которая требует времени и значительных ресурсов, тем более в контексте низкой рентабельности этих объектов и общенациональных экономических трудностей, о чем заявляло уже правительство. В то же время, Суд отмечает, что эти промышленные объекты были расположены в сельской местности, а заявители принадлежали к очень небольшой группе людей (как видно, не более двух десятков семей), которые жили поблизости и наиболее серьезно пострадали от загрязнения. В этих условиях правительство не представило достаточных объяснений, почему ему не удалось в течение более чем двенадцати лет либо переселить заявителей, либо найти какие-то другие эффективные решения их индивидуального бремени.

156. Следовательно, в данном деле имело место нарушение статьи 8 Конвенции.

Будаева против России, Решение Европейского суда по правам человека, 2008⁴⁰⁴

1. Обстоятельства дела

13. Город Тырнауз расположен в горной местности, около горы Эльбрус, на центральном Кавказе. Его население составляет около 25000 жителей. Общий план города был разработан в 1950-х годах, как части крупного промышленного проекта строительства. Через Тырнауз проходят два притока реки Баксан, Герхожансу и Камыксу, и известны как причины оползней.

14. Первые документальные свидетельства оползня в реке Герхожансу восходит к 1937 году. Впоследствии оползни были зарегистрированы почти каждый год, а иногда они сходили в город, причиняя ущерб. Разрушительные оползни, зарегистрированные до 2000 года, произошли 1 августа 1960 г., 11 августа 1977 г., и 20 августа 1999 года. По данным правительства, самые разрушительные оползни из всех произошедших пришились на 18-25 июля 2000 года.

⁴⁰⁴ Budayeva v. Russia, Application nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, European Court of Human Rights, 20 March 2008.

15. Жители и власти Тырнауза, как правило, знают об опасности, и привыкли к сходу оползней, которые обычно происходят летом и ранней осенью.

2. Состояние плотины в лето 2000 года.

18. 20 августа 1999 поток грязи и мусора, нахлынув на плотину, серьезно повредил ее.

19. 30 августа 1999 года директор Горного института, государственного органа, чьим обязательством также является мониторинг погодных катаклизмов в высокогорных районах, потребовал проведения независимой экспертизы ущерба, нанесенного плотине в результате оползня. Он предложил свои рекомендации Министру по ликвидации последствий стихийных бедствий КБР в отношении состава Государственной комиссии по экспертизе.

20. В тот же день он обратился с письмом к Президенту КБР, требуя экстренных мер по очистке и реставрационным работам на плотине, а также мер по установке системы раннего предупреждения, которая будет поднимать тревогу в случае оползня.[...]

21. 17 января 2000 года исполняющий обязанности директора Горного института обратился с письмом к премьер-министру КБР, предупреждая о повышенном уровне риска схода оползней в предстоящем сезоне. Он заявил, что плотина была серьезно повреждена, [...] и единственный способ избежать потерь и уменьшить ущерб - это установка наблюдательных пунктов, чтобы в случае опасности предупредить гражданское население. Для этих целей необходима было предоставление полномочий на деятельность и финансовая поддержка (см. полный текст в разделе С ниже).

22. 7 марта 2000 года глава районной администрации Эльбруса обратился с письмом к Премьер-министру Кабардино-Балкарии, в котором он указал на опасность предстоящих крупномасштабных оползней и просил финансовой помощи для проведения определенных срочных работы на плотине. В этом заявлении, он подчеркнул о возможных «рекордных убытках» и жертвах.

23. 7 июля 2000 года помощник директора и руководитель исследовательского отдела Горного института приняли участие в заседании в Министерстве по ликвидации последствий стихийных бедствий КБР. В ходе встречи они повторили еще раз свое положение о высоком риске схода оползней. [...]

24. 10 июля 2000 года заместитель директора Горного института сообщил директору агентства, что он предупредил Министерство по ликвидации последствий стихийных бедствий КБР о предстоящем оползне и попросил о создании круглосуточных наблюдательных пунктов.

25. Казалось, что ни одна из указанных мер не были когда-либо реализованы.

3. Оползни 18-25 июля 2000 г.

26. Примерно в 11 часов вечера 18 июля 2000 года поток грязи и мусора сошел на город Тырнауз и затопил некоторые жилые кварталы.

27. По мнению правительства, в результате первой волны оползня никто не пострадал. Тем не менее, заявители утверждали, ... что они были свидетелями смерти своего соседа г-жи Б., родившейся в 1934 году, которая попала в ловушку под развалинами и утонула в грязи прежде, чем кто-либо смог ей помочь. Заявитель также утверждала, что видела как поток уносил автомашину Жигули с четырьмя мужчинами внутри нее.

28. По мнению правительства, после оползня от 18 июля 2000 г. власти приказали экстренно эвакуировать жителей Тырнауза. Полиция и местные чиновники пошли по домам людей, чтобы оповестить о селевых потоках и помочь в эвакуации пожилых и инвалидов. Кроме того, полицейские машины, оснащенные динамиками ехали по городу, призывая жителей эвакуироваться из-за опасности.

29. ... Заявители согласились, что селевой поток сошел во время объявления тревоги по громкоговорителю, но предупреждений заранее не было сделано. Они утверждали, что они не знали об указании эвакуироваться и сомневались в вопросе, был ли такой указ принят. Они также утверждали, что никаких спасательных организаций или какой-либо другой помощи не было организовано на месте происшествия, который стал местом хаоса и паники.

30. На утро 19 июля 2000 года уровень грязи опустился и жители вернулись в свои дома. Правительство утверждало, что они сделали это в нарушение указа об эвакуации, а заявители утверждали, что они не знали, что указ об эвакуации все еще действовал, указывая на то, что не было никаких барьеров или предупреждений, чтобы люди не возвращались в свои дома. Они не заметили ни полицейских, ни работников МЧС возле их домов, но видели, что их соседи были дома, и дети играли на улице. Вода, газ и электричество были подключены после того, как отрезаны ночью.

31. В час дня того же дня второй поток оползня, более разрушительный, уничтожил плотину. Грязь и мусор мгновенно спустились на город, сметая обломки плотины перед собой. По ул. Отарова 17 оползень разрушил часть девятиэтажного жилого дома, с четырьмя официальными жертвами. [...]

32. Оползни продолжали сходить на город до 25 июля 2000 года.

33. Восемь человек были официально зарегистрированы умершими. По словам заявителей, еще 19 человек пропали без вести.

34. По данным правительства, 3 августа 2000 года прокуратурой района Эльбруса было решено не начинать уголовное расследование по факту аварии.

Б. Оценка судом (цитаты опущены).

1. Общие принципы, применимые в данном деле.

(а) Применимость статьи 2 Конвенции и общих принципов, касающихся основных аспектов этой статьи

128. Суд повторяет, что статья 2 не только регулирует вопросы гибели людей в результате применения сил агентами государства, но также [...] устанавливает позитивное обязательство государств по принятию необходимых мер с целью уменьшения угрозы жизни людей в рамках их юрисдикции [...]

129. Эта позитивная обязанность влечет за собой прежде всего первичную обязанность государства ввести в действие законодательные и административные меры, предназначенные для обеспечения эффективного сдерживания угрозы жизни людей.

130. Это обязательство должно быть истолковано как применяемое в контексте любой деятельности, государственной или нет, где право на жизнь может быть под угрозой.

131. Обязательство со стороны государства защитить жизни тех, кто находится под их юрисдикцией, было истолковано таким образом, чтобы включить [...] позитивное обязательство принимать меры регулирования и адекватного оповещения общественности о каких-либо опасных для жизни чрезвычайных ситуациях, а также обеспечить судебное расследование по любому случаю гибели, вызванных этими ситуациями.

132. [...] в конкретном контексте опасных видов деятельности, Суд пояснил, что особый акцент должен быть сделан на правила, связанные с особенностями деятельности в деле, особенно в связи с уровнем потенциального риска для человеческой жизни. Они должны регулировать

лицензирование, создание, эксплуатацию, безопасность и надзор за деятельностью и должны стать обязательными для всех заинтересованных лиц, кто примет практические меры по обеспечению эффективной защиты граждан, чья жизнь может оказаться под угрозой. Среди этих превентивных мер, особое внимание должно быть уделено праву ответственности на получение информации, как это установлено в судебной практике институтов Конвенции. [...]

138. Обязательство, вытекающее из статьи 2 на этом не заканчивается. В случаях, когда гибель людей произошла от деятельности, в которой государство может быть потенциально привлечено к ответственности, статья содержит в себе обязательство государств обеспечить, всеми имеющимися в его распоряжении способами, адекватную реакцию – судебную или иную – так, чтобы осуществились законодательная и административная базы для защиты жизни, и любые нарушения этого права повлекут за собой ответственность и наказание.

142. [...] Судебная система, в соответствии со статьей 2 должна предусматривать независимую и беспристрастную официальную процедуру расследования, которая удовлетворяет определенным минимальным стандартам в отношении эффективности и обеспечения уголовного наказания, которое применяется в мере, оправданной результатами расследования. [...]

158. В свете вышеизложенных выводов ... Суд приходит к заключению, что нет никаких оправданий для бездействия властей по осуществлению вопросов землеустройства и политики оказания чрезвычайной помощи в опасной зоне Тырнауза, и таким образом подвергать всех жителей, включая заявителей, смертельному риску. Более того, Суд считает, что существует причинно-следственная связь между серьезными административными недостатками, которые препятствовали их реализации, и смерти Владимира Будаева, так же как и травм первого и второго заявителей и членов их семей.

159. Власти, таким образом, не выполнили позитивное обязательство по принятию необходимых законодательных и административных мер с целью уменьшения угрозы жизни, а также снижения риска причинения вреда, как того требует статья 2 Конвенции.

160. Соответственно, материальные требования статьи были нарушены.

Корпоративная ответственность и защита окружающей среды

Руководящие принципы ООН предпринимательской деятельности в аспекте прав человека⁴⁰⁵

Совет по правам человека ООН принял Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций, касающихся «защиты, соблюдения и средств правовой защиты» 16-го июня 2011 г. Эти принципы были предложены Специальным представителем ООН Джоном Рутги.

*Резолюция, принятая Советом по правам человека**

17/4 Права человека и транснациональные корпорации и другие предприятия

Совет по правам человека,

признавая, что надлежащее регулирование, в том числе посредством национального законодательства, деятельности транснациональных корпораций и других предприятий и их ответственное поведение могут содействовать поощрению, защите и осуществлению, а также уважению прав человека и способствовать использованию выгод, которые дает предпринимательская деятельность, в целях обеспечения прав и основных свобод человека,

будучи обеспокоен тем, что неэффективность национальных законов и их осуществления не позволяет реально смягчать негативное воздействие глобализации на уязвимые экономики, в полной мере использовать выгоды глобализации или извлекать максимальную выгоду из деятельности транснациональных корпораций и других предприятий и что поэтому необходимы дальнейшие усилия по ликвидации пробелов в системе управления на национальном, региональном и международном уровнях,...

1) приветствует работу и вклад Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях и одобряет Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление Рамок Организации Объединенных Наций, касающихся «защиты,

⁴⁰⁵ Human Rights Council resolution 17/4, July 6, 2011, on Human Rights and Transnational Business Enterprises, U.N. Doc. A/HRC/RES/17/4 (2011).

соблюдения и средств правовой защиты», которые приводятся в приложении к докладу Специального представителя;...

3) выражает признательность Специальному представителю за разработку Рамок и за повышение уровня осведомленности об этих Рамках, которые строятся на трех главнейших принципах: обязанности государства защищать от нарушений права человека со стороны или с участием транснациональных корпораций и других предприятий, обязанности корпораций уважать все права человека, а также необходимости доступа к эффективным средствам правовой защиты, включая соответствующие судебные и внесудебные механизмы;

4) признает роль Руководящих принципов в деле реализации Рамок, в котором возможен дальнейший прогресс, а также в качестве руководящих положений, которые будут способствовать совершенствованию стандартов и практики в сфере предпринимательской деятельности и прав человека и тем самым вносить вклад в обеспечение социально устойчивой глобализации, не исключая при этом появления в долгосрочной перспективе каких-либо других изменений, включая дальнейшее совершенствование стандартов;

...

б) постановляет учредить Рабочую группу по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях в составе пяти независимых экспертов, на основе сбалансированного географического представительства, на три года, которые будут назначены Советом по правам человека на его восемнадцатой сессии, и просит Рабочую группу:

- (а) содействовать эффективному и всестороннему распространению и осуществлению Руководящих принципов;
- (б) выявлять передовую практику и уроки осуществления Руководящих принципов, обмениваться ими и пропагандировать их, а также оценивать их и выносить по ним рекомендации и в этом контексте запрашивать и получать информацию из всех соответствующих источников, включая правительства, транснациональные корпорации и другие предприятия, национальные правозащитные учреждения, гражданское общество и правообладателей;
- (в) поддерживать усилия по содействию укреплению потенциала и применению Руководящих принципов, а также давать по запросам, консультации и рекомендации от-

носителем разработки национального законодательства и политики, касающихся предпринимательской деятельности и прав человека;

- (г) осуществлять поездки в страны и своевременно реагировать на приглашения от государств;
- (д) продолжать изучать варианты и формулировать рекомендации на национальном, региональном и международном уровнях для расширения доступа к эффективным средствам правовой защиты, имеющимся в распоряжении тех, чьи права человека оказываются затронутыми деятельностью корпораций, в том числе тех, кто находится в зонах конфликтов;
- (е) учитывать гендерные аспекты в своей работе на протяжении всего периода действия мандата и уделять особое внимание лицам, находящимся в уязвимом положении, особенно детям;

....

- (ж) развивать регулярный диалог и обсуждать возможные сферы сотрудничества с правительствами и всеми соответствующими субъектами, включая соответствующие органы, специализированные учреждения, фонды и программы Организации Объединенных Наций, в частности, Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека, Глобальный договор, Международную организацию труда, Всемирный банк и его Международную финансовую корпорацию, Программу развития Организации Объединенных Наций и Международную организацию по миграции, а также транснациональные корпорации и другие предприятия, национальные правозащитные учреждения, представителей коренных народов, организации гражданского общества и другие региональные и субрегиональные международные организации;
- (и) направлять работу Форума по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека, учреждаемого в соответствии с пунктом 12 ниже;
- (j) ежегодно представлять доклады Совету по правам человека и Генеральной Ассамблее;

7) призывает все правительства, соответствующие учреждения, фонды и программы Организации Объединенных Наций, договорные органы, субъекты гражданского общества, включая неправительственные организации, а также частный сектор в полной мере сотрудничать с Рабочей группой в осуществлении ею своего мандата, в частности, путем положительного реагирования на просьбы Рабочей группы о посещениях;

8) предлагает международным и региональным организациям запрашивать мнения Рабочей группы при составлении или разработке соответствующих стратегий и программных документов;

9) просит Генерального секретаря и Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека оказывать Рабочей группе всю помощь, необходимую для эффективного осуществления ею своего мандата;

10) приветствует важную роль национальных правозащитных учреждений, созданных в соответствии с Парижскими принципами, в контексте предпринимательской деятельности и прав человека и призывает национальные правозащитные учреждения и далее укреплять свою способность эффективно играть эту роль, в том числе при поддержке Управления Верховного комиссара и во взаимодействии со всеми соответствующими субъектами;

11) просит Генерального секретаря подготовить доклад по вопросу о том, каким образом система Организации Объединенных Наций в целом ... может способствовать продвижению повестки дня, касающейся предпринимательской деятельности и прав человека, и распространению и осуществлению Руководящих принципов, ...

12) постановляет учредить Форум по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека под руководством Рабочей группы для обсуждения тенденций и вызовов в деле осуществления Руководящих принципов и содействия налаживанию диалога и сотрудничества по вопросам, касающимся предпринимательской деятельности и прав человека, включая вызовы, возникающие в конкретных секторах, в конкретной операционной среде или в отношении конкретных прав или групп, а также выявления передовой практики;

13) постановляет также, что Форум будет открыт для участия государств, механизмов, органов, специализированных учреждений, фондов и программ Организации Объединенных Наций, межправительственных организаций, региональных организаций и механизмов в области прав человека, национальных правозащитных учреждений и других

соответствующих органов, транснациональных корпораций и других предприятий, ассоциаций предпринимателей, профсоюзов, ученых и экспертов в сфере предпринимательской деятельности и прав человека, представителей коренных народов и неправительственных организаций, имеющих консультативный статус при Экономическом и Социальном Совете; Форум будет также открыт для участия других неправительственных организаций, цели и задачи которых соответствуют духу, целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, в том числе для затронутых лиц и групп, на основе договоренностей, закрепленных в том числе в резолюции 1996/31 Экономического и Социального Совета от 25 июля 1996 года, и практики, сложившейся в Комиссии по правам человека, посредством открытой и транспарентной процедуры аккредитации в соответствии с правилами процедуры Совета по правам человека;

....

16) предлагает Рабочей группе включать в свой доклад соображения относительно работы Форума и рекомендации относительно будущих тематических вопросов для рассмотрения Советом по правам человека;

...

18) постановляет продолжить рассмотрение этого вопроса в соответствии с годовой программой работы Совета по правам человека.

33-е заседание.

16 июня 2011 [принята без голосования].

Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций в отношении «защиты, соблюдения и средств правовой защиты»⁴⁰⁶

Настоящие руководящие принципы исходят из признания:

(а) принятых государствами обязательств соблюдать, защищать и осуществлять права человека и основные свободы;

(б) роли предприятий, выполняющих специализированные функции в качестве специализированных органов общества, которым предъявляется требование соблюдать все действующие законы и уважать права человека;

⁴⁰⁶ Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, March 21, 2011, Human Rights Council, U.N. Doc. HRC/17/31 (2011).

(в) необходимости обеспечивать соблюдение прав и обязанностей - в случае их нарушения - с помощью соответствующих эффективных средств правовой защиты.

Настоящие руководящие принципы применяются ко всем государствам и ко всем транснациональным и иным предприятиям независимо от их размеров, сферы деятельности, места нахождения, форм собственности и структуры.

Обязанность государства защищать права человека

А. Базовые принципы

1. Государства в пределах своей территории и/или юрисдикции должны обеспечивать защиту от нарушений прав человека третьими сторонами, включая предприятия. Это требует принятия необходимых мер, направленных на предупреждение и расследование таких нарушений, наказание за них и компенсацию ущерба посредством эффективной политики, законодательства, нормативного регулирования и судопроизводства.

II. Корпоративная ответственность по уважению прав человека

Б. Операционные принципы

18. С целью оценки рисков для прав человека предприятиям следует выявлять и оценивать любое фактическое или потенциальное неблагоприятное воздействие на права человека, к которому они могут быть причастны либо в результате своей деятельности, либо в результате своих деловых отношений. Этот процесс должен:

(а) опираться на имеющиеся у предприятия экспертные знания и/или знания независимых внешних экспертов в области прав человека;

(б) включать в себя проведение конструктивных консультаций с потенциально затрагиваемыми группами и другими соответствующими заинтересованными сторонами с учетом размеров предприятия и характера и условий его деятельности.

Комментарий

Первым шагом в деле проявления должной заботы о правах человека должно стать выявление и оценка характера фактического и потенциального неблагоприятного воздействия на права человека, к которому предприятие может быть причастно. Его цель - понять конкретный характер воздействия на конкретных лиц с учетом конкретных условий деятельности. Как правило, это предполагает оценку положения с права-

ми человека, по возможности, до начала реализации предлагаемого вида деятельности; выявление тех, кто может быть им затронут; подготовку перечня соответствующих норм и вопросов в области прав человека; и прогнозирование того, каким образом предлагаемый вид деятельности и связанные с ним деловые отношения могли бы оказать неблагоприятное воздействие на права человека выявленных лиц. В этом процессе предприятиям следует уделять особое внимание любым конкретным видам воздействия на права человека отдельных лиц, относящихся к группам или общинам, которые могут подвергаться повышенному риску уязвимости или маргинализации, а также учитывать различные риски, с которыми могут сталкиваться женщины и мужчины.

Хотя процессы оценки воздействия на права человека могут включаться в другие процессы, такие, как оценки рисков или оценки воздействия на окружающую среду и общество, ориентиром для них должны служить все международно признанные права человека, поскольку предприятия могут потенциально воздействовать на осуществление практически любых из этих прав.

С учетом динамики изменения положения с правами человека, оценки воздействия на права человека следует проводить через регулярные промежутки времени: до начала реализации нового вида деятельности или налаживания новых отношений; до принятия крупных решений или осуществления серьезных изменений в своей деятельности (например, до выхода на рынок, начала сбыта продукции, изменения стратегии или более широких изменений, затрагивающих предприятие); в ответ на изменение условий деятельности или в их ожидании (например, в связи с усилением социальной напряженности); а также периодически в течение цикла определенного вида деятельности или деловых отношений.

Международное сообщество за экономические, социальные и культурные права (ЭСКИП-нетворк) и организация «Хьюман Райтс Вотч» - совместное заявление Совету по правам человека ООН, от 4 июня 2010⁴⁰⁷

Мы хотели бы предоставить наши замечания по докладу Специального представителя Генерального секретаря (СПГС) по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях.

⁴⁰⁷ Reprinted courtesy of Business and Human Rights Resource Center <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2010/Comments>.

Мы согласны с высказанным мнением в докладе, что одним из основных недостатков является неспособность обеспечить соблюдение законов, и то, что «в первую очередь, существующее законодательство не предоставляет достаточной защиты для уязвимых слоев населения»

Мы также приветствуем утверждение в докладе, что «корпоративная ответственность в соблюдении прав человека не зависит от возможностей и/или готовности государств и представляет собой универсально применимую ответственность за нарушение прав человека во всех компаниях, и в любых ситуациях». Тем не менее, доклад Специального представителя Генерального секретаря относит в значительной степени бизнес-ответственность за соблюдением прав человека к общим социальным нормам и ожиданиям рынка ... Эта точка зрения является спорной и в любом случае, закон очень динамичен ...

Некоторые задачи Совета в отношении бизнеса и прав человека дублируются: защита прав людей, пострадавших от злоупотреблений корпораций во всем мире и формулирование глобальных стандартов в этой области. Мы искренне приветствуем, чтобы оба элемента заняли центральное место в следующем мандате.

Доклад юридической фирмы Алленс Артур Робинсон, Аннет Хьюз, Рэйчел Николсон и Кати Шавин, 4 мая 2010⁴⁰⁸

Последний доклад ... подробно расписывает прогресс, сделанный для осуществления деятельности этой структуры, и при этом, предоставляет дальнейшие указания корпорациям, о возможных шагах для удовлетворения ответственности по соблюдению прав человека.

Как сообщалось, усилия Специального представителя в течение последних 12 месяцев заключались в разработке карты корпоративного права и регулирования рынка ценных бумаг, имеющих отношение к правам человека в более чем 40 странах ..., в отношении ответственности корпораций по соблюдению прав человека и дальнейшего развития и тестирования принципов рамочной конвенции о механизмах подачи жалоб на компании.

В докладе говорится о ее выводах по каждому базовому элементу (защита, уважение, средство защиты) конвенции.

⁴⁰⁸ Reprinted courtesy of Business and Human Rights Resource Center <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2010/Comments>.

ГЛАВА 6 МЕЖДУНАРОДНОЕ ТОРГОВОЕ ПРАВО

*История и основные принципы ВТО*⁴⁰⁹

Международной организацией, призванной руководить и регулировать торговлю между различными государствами-участниками, является Всемирная торговая организация (ВТО). Более чем 150 стран являются ее государствами-участниками, представляющими более 95% участников мировой торговли. Главная цель ВТО заключается в либерализации международной торговли путем снижения или устранения различных торговых барьеров, таких, как таможенные пошлины, квоты, запреты на импорт или другие нетарифные барьеры. Помимо этих функций, ВТО является местом проведения различных торговых переговоров, а также местом урегулирования торговых споров.

Основные принципы ВТО:

1. Режим наибольшего благоприятствования (РНБ) является одним из фундаментальных принципов ВТО, согласно которому запрещено дискриминировать торговых партнеров. Этот режим обязывает государства применять все привилегии и иммунитеты, поддержки, преимущества, предоставленные продуктам одной стороны, в тот же момент, в такой же мере и таком же размере к аналогичным товарам другой торговой стороны.

2. Принцип Национального режима очень схож с принципом РНБ. Согласно этому принципу, страны-члены ВТО должны предоставлять одинаковый и равноправный режим для товаров национального производства и аналогичным импортируемым товарам. Благодаря этому принципу государства-члены не должны предоставлять защиту внутреннему производству, используя налоги, сборы, правила и требования внутреннего законодательства.

3. Принцип прозрачности регулирований и предсказуемости действий является еще одним краеугольным камнем правовой системы ВТО.

⁴⁰⁹ <http://www.wto.org/>.

Если страны-члены ВТО оговорили и обязались, что их тарифы будут на определенном уровне, то они не могут произвольно изменить ставки этих тарифов. Этот принцип обеспечивает стабильность и предсказуемость в многосторонней торговой системе.

Краткий обзор истории ВТО:

После второй мировой войны возникла идея создания международной торговой системы, которая была бы открыта для всех и не дискриминировала ее участников. После войны страны пытались создать три экономические организации, которые бы устранили экономические последствия войны: Международный валютный фонд, Всемирный банк и Международная торговая организация (МТО). Однако, Международная торговая организация так и не была создана, т.к. конгресс США не согласился утвердить устав МТО. В апреле 1947 года во время конференции ООН в Женеве 23 страны провели переговоры по созданию Генерального соглашения о тарифах и торговле (ГАТТ 1947) и приняли комплекс документов по уменьшению ставок тарифов. Из-за отсутствия международной организации по торговле страны заключили соглашение о временном применении ГАТТ до момента создания международной торговой организации. ГАТТ 1947 стал системой и договором по руководству и осуществлению международных торговых правил. В 1995 году соглашение по торговле товарами стало Международной торговой организацией.

С момента учреждения ГАТТ 1947 страны провели ряд международных переговоров, известных как раунды, для дальнейшего уменьшения ставок тарифов и принятия дополнительных торговых соглашений. Первые раунды были в основном сосредоточены на снижении тарифных ставок. Затем, результатом раунда «Кеннеди» стало принятие ГАТТ об антидемпинге и раздела по развитию. Токийский раунд являлся серьезной попыткой стран решить вопросы о нетарифных барьерах к торговле. Уругвайский раунд привел к созданию Международной торговой организации и ряда новых соглашений.

Обязательства по тарифам и ГАТТ, статья II

Аргентина - меры, затрагивающие импорт обуви, текстиля, одежды и других предметов (Отчет комиссии ВТО), 1997⁴¹⁰

Большинство тарифов импорта Аргентины зафиксированы в соответствии со стоимостью товара. Что касается текстиля, одежды и обуви, Аргентина поддерживает режим минимальных специальных пошлин на импорт, начиная с 1993 года. Аргентина была связана пошлиной со ставкой в 35 процентов с объявленной цены в отношении текстиля, одежды и обуви, импортируемых в Аргентину. Параллельно с этим, Аргентина продолжала применять системы минимальных специфических пошлин на импорт в обувной, текстильной и швейной отраслях. Система работает следующим образом: для каждого соответствующего тарифа HS партии текстильных изделий, одежды и обуви, Аргентина рассчитала среднюю цену импорта. Определив среднюю импортную цену для определенной категории, Аргентина умножила эту цену на обязательную ставку в 35 процентов, в результате чего получила специальную минимальную пошлину для всех продуктов в этой категории. После импорта покрытого текстиля, одежды или обуви, в зависимости от таможенной стоимости соответствующих товаров, Аргентина применяла либо специальную минимальную пошлину, надлежащую на эти предметы или адвалорную ставку в зависимости от того, какая была выше.

6.3. Этот спор поднимает, следовательно, различные правовые вопросы, которые мы определили и сгруппировали следующим образом:

Статья II ГАТТ. Является ли введение Аргентиной минимальной специальной пошлины, которая связала рассматриваемые тарифы по адвалорной ставке, нарушением статьи II? Имеет ли тарифная система Аргентины потенциал/возможность, чтобы нарушать статью II и обоснован/достаточен ли этот потенциал, чтобы представлять собой нарушение? Установила ли Аргентина пошлины сверх своей обязательной ставки в 35 процентов

⁴¹⁰ Argentina-Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items, World Trade Organization Panel Report, WT/DS56/R (25 Nov 1997). [цитаты опущены].

от стоимости товара? Как мы должны относиться к вопросам, поднятым Сторонами в отношении доказательств, представленных в комитете?

6.22. Статья II (1) (а) ГАТТ гласит следующее:

Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет торговле других Договаривающихся Сторон режим не менее благоприятный, чем тот, который предусматривается в соответствующей части соответствующего Перечня, приложенного к настоящему Соглашению.

6.23. Соединенные Штаты утверждают, что вид пошлин, применяемый государством-членом ВТО - даже ниже любой обязательной ставки - должен соответствовать той, которая указана в Перечне. Так как Аргентина связала свои тарифы с 35 процентами с объявленной цены в своем Перечне уступок (в дальнейшем «Перечень»), Соединенные Штаты утверждают, что Аргентина может накладывать адвалорные пошлины. Аргентина в ответ утверждает, что пока пошлины, которые она налагает ниже эквивалента 35 процентов с объявленной цены, она может использовать любые виды пошлин. Таким образом, мы должны решить, будет ли введение минимальной специальной пошлины Аргентиной, которая связала рассматриваемые тарифы, представлять собой нарушение статьи II.

6.24. Формулировка статьи II, кажется, не адресует в явном виде вопрос обязаны ли члены ВТО использовать определенный тип долга. Тем не менее, формулировка статьи II должна толковаться в свете сложившейся практики ГАТТ, как уже упоминалось в статье XVI:1 Соглашения ВТО и пункте 1 (б) (IV) Приложения 1А, включающей ГАТТ 1994 года в Соглашение ВТО, и указанные Апелляционным органом в Японии - налоги на алкогольные напитки. Вопросы, аналогичные приведенным в этом случае, возникали в ряде случаев.

6.30. Доклад комитета Бананы II четко признает практику ГАТТ и может быть прочитан как заключительный о том, что введения специальных пошлин, когда пошлины с объявленной цены связаны/определены, достаточно чтобы установить нарушение статьи II.

6.31. Отметим, что прошлая практика ГАТТ очевидна: ситуация, при которой контрагент применяет один вид пошлин, а его Перечень относится к обязанностям другого типа пошлин, является нарушением статьи II ГАТТ, без каких-либо обязательств от жалующейся стороны представить дополнительные доказательства того, что такое отклонение приводит к эффективному нарушению обязанностей. Тот факт, что Аргентина утверждает, что она просто следует своей прошлой практике использования специальных пошлин кажется не актуальной, так как она сделала

концессию тарифов с объявленных цен на рассматриваемые товары и тем самым создала для себя обязанность назначить такого типа пошлины. В качестве гарантии для предсказуемости и обеспечения полного уважения переговоров в соответствии со статьей II, по практике ГАТТ обычно требуется, чтобы член/участник указал тип (ы) пошлин в определении его обязательной/пограничной ставки, и он должен применять такой вид (виды) пошлин. Соответственно, столкнувшись с таким расхождением в типе пошлин, применяемых Аргентиной, от отраженных в его Перечне, мы считаем, что нет нужды изучать последствия такого расхождения в возможном будущем импорте. Действительно, такая разница подрывает стабильность и предсказуемость Перечня.

6.32. Следовательно, мы считаем, что Аргентина, при использовании системы специальных минимальных тарифов, хотя и связала только свои тарифы на адвалорные ставки, нарушает положения статьи II ГАТТ, и что Соединенные Штаты не должны предоставлять дополнительные доказательства того, что результирующие пошлины превышают обязательную ставку тарифа. Такое расхождение между Перечнем Аргентины и ее применяемыми тарифами, составляет менее благоприятный режим для торговли других стран-членов, чем предусмотрено в Перечне Аргентины, вопреки положениям статьи II ГАТТ.

(Б) Минимальные специальные пошлины обязательно приведут к нарушению обязательств Аргентины

6.41. Соединенные Штаты утверждают, что способ специальных минимальных пошлин был первоначально определен Аргентиной, то есть по «представительной международной цене», основанной в основном на рыночной цене Америки, всегда будет приводить к нарушениям обязательной тарифной ставки в 35 процентов тех экспортов, которые оцениваются существенно ниже такой средней цены. США приводит в пример футбольные бутсы, которые подлежат к уплате специальной минимальной пошлины США 3,50 долларов США и применяемая адвалорная пошлина в размере 20 процентов. Для обуви, импортированной по стоимости 5,00 долларов США, минимальная специальная пошлина, оцененная в 3,50 долларов США, представляет собой пошлину в 70 процентов от стоимости товара. Действительно, вся обувь, импортированная по стоимости ниже 10,00 долларов США будет зависеть от адвалорной пошлины выше 35 процентов. Другими словами, каждый раз, когда товар ввозится по цене ниже «представительной международной цены», специальная пошлина - которая устанавливается на основе соображений Аргентины какой «должна быть цена», и, как утверждает Аргентина, чтобы нейтралит-

зовать проблемы импорта с заниженной ценой - была бы выше обычно применяемой адвалорной пошлины, и, возможно выше обязательной ставки в 35 процентов от стоимости товара. Для Соединенных Штатов, цель такой схемы минимальной специальной пошлины состоит в наложении пошлин свыше 35 процентов со стоимости товара, собранной по эффективной цене импорта, потому что, якобы, товары часто импортируются в Аргентину по цене ниже представительной международной цены, чтобы обязательная ставка в 35 процентов была недостаточной. США также утверждают, что на не менее 32 заголовков ГС была установлена специальная пошлина в размере даже больше, чем 35 процентов так называемых «представительных международных цен» и передали на рассмотрение Комитета свою диаграмму, показывающую на основе расчетов Аргентины, вышеуказанные факты нарушений. Позднее, Соединенные Штаты представили дополнительный список из 104 категорий линии HS, которые показали, что адвалорные эквиваленты специфических пошлин, даже при применении на экспортные цены США были выше 35 процентов.

6.42. Ответ Аргентины в трех частях. Во-первых, она утверждает, что минимальная специальная пошлина всегда была установлена так, чтобы быть ниже 35 процентов адвалорной представительной международной цены на любой такой предмет. Таким образом, если бы импорт был оценен по представительной международной цене, то не было бы никаких проблем. Во-вторых, для Аргентины, обвинения США носят слишком общий, гипотетический и теоретический характер, и, следовательно, не уместны. Комитет не должен рассматривать такие «гипотетические» ситуации без доказательств о конкретных операциях, где имело место нарушение, так как в противном случае система урегулирования споров будет нагружена/перегружена необоснованными исками. Для Аргентины, потенциальное нарушение будет являться нарушением, только если торговля была затронута и когда, в соответствии с Аргентиной, панели отказалась санкционировать саму возможность нарушения.

6.43. Мы понимаем, что специальные пошлины были установлены на основе представительной международной цены. В случаях, когда специальные пошлины устанавливаются так, чтобы быть эквивалентными 35-процентной адвалорной ставке, очевидно, что каждый раз, когда товары будут ввозиться по сделке стоимостью ниже представительной международной цены, специальная пошлина будет более чем 35 процентов адвалорной стоимости сделки. В случае специальной пошлины, установленной так, чтобы быть эквивалентной тарифной ставке менее 35 процентов, если товар ввозится по сделке стоимостью существенно ниже представительной международной цены, используемой для установки по-

шлины, то обязательная ставка 35 процентов со стоимости товара также будет преувеличена. Например, если представительная международная цена на продукт США 100,00 долларов США и специальная пошлина установлена на уровне 20,00 долларов США для отражения эквивалента стоимости товара в размере 20 процентов, если товар ввозится по цене ниже США 57,00 долларов США, эффективная адвалорная ставка всегда будет превышать 35 процентов. Таким образом, во многих случаях представляется очевидным, что рассматриваемые специфические пошлины обязательно приведут к пошлинам, превышающим 35 процентов обязательной ставки, когда таможенная стоимость продукта ниже представительной международной цены на такой продукт.

6.44. Отметим, что таможенные пошлины, как правило, должны быть наложены на ввозимые товары по цене сделки, как это определено в Соглашении о выполнении статьи VII ГАТТ 1994 («Таможенная оценка Соглашения»). Цена сделки определяется как «цена, фактически уплаченная или подлежащая уплате за товары при их продаже на экспорт в страну импорта». Очевидно, что если таможенная стоимость объявленная импортером не является ценой фактически уплаченной, власти Аргентины могут принять меры, чтобы нейтрализовать ложное заявление через, например, пересмотр таможенной стоимости, заявленной в конкретных случаях, и даже уголовное преследование. Однако, ни Соглашение по таможенной оценке, ни любые другие положения Соглашения ВТО не позволяют нарушение тарифных обязанностей в соответствии со статьей II ГАТТ на основании общих подозрений, что заявленные таможенные цены иногда занижены. Отметим, таким образом, что механизмы нейтрализация практики предполагаемой заниженной цены не являются оправданием нарушения статьи II.

6.45. В отношении аргумента Аргентины, что претензии США не должны рассматриваться, поскольку они относятся только к потенциальным нарушениям - в поддержку которых она ссылается на доклад Комитета по Табаку - отметим, что аргентинские меры, специальные пошлины, являются обязательными мерами. Аргентина признает, что ее должностные лица из таможенного органа обязаны собирать специальные пошлины на весь импорт. Прецедентное право ГАТТ / ВТО ясно в том, что обязательная мера может быть предъявлена в Комитете, даже если такая принятая мера еще не вступила в силу, и независимо от отсутствия влияния такой меры на торговлю жалующейся стороны: «Само существование обязательного законодательства, предусмотренного для внутреннего налога, не будучи применимым на определенную импортируемую продукцию, должно рассматриваться как подпадающее под действие статьи III: 2, первое

предложение». Мы также считаем, что отчет Комитета по Табаку лишь подтверждает этот принцип.

6.46. Более того, в Бананы III 192, Апелляционный орган подтвердил, что принципы, разработанные в Superfund¹⁹³ были еще применимы к спорам ВТО и что любые меры, которые изменяют конкурентные отношения членов, отменяют преимущества таких членов в соответствии с Соглашением ВТО. «Статья III:2, первое предложение, не может быть истолковано так, чтобы защищать ожидаемый объем экспорта, она защищает ожидаемые конкурентные отношения между импортной и отечественной продукцией. Изменение в конкурентных отношениях, не соответствующее этому положению должно, следовательно, рассматриваться в силу самого факта, как аннулирование или сокращение выгод, получаемые в рамках Генерального соглашения». Мы считаем, что этот принцип также подходит при работе с применением обязательств, содержащихся в статье II ГАТТ, в котором требуется «режим не менее благоприятный, чем тот», предусмотренный в Перечне. В настоящем споре мы считаем, что конкурентные отношения сторон были изменены в одностороннем порядке, Аргентиной, потому что его обязательная мера, очевидно, имеет потенциал нарушить свои обязательства, тем самым подрывая безопасность и предсказуемость системы ВТО.

6.47. Таким образом, мы находим, что Соединенные Штаты установили презумпцию того, что сама природа системы минимальной специальной пошлины, проводимая Аргентиной, нарушает положения статьи II ГАТТ и, как показано выше, эта презумпция не была опровергнута Аргентиной.

Национальный режим и ГАТТ, статья III

Япония и налоги на алкогольные напитки (Отчет апелляционной комиссии ВТО), 1996⁴¹¹

Япония и США обращаются с некоторыми вопросами права и правовой интерпретации в докладе Комитета, Япония - налоги на алкогольные

⁴¹¹ Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, World Trade Organization Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R (4 Oct 1996). [цитаты опущены].

напитки («Отчет Комитета»). Этот Комитет был создан для рассмотрения жалоб Европейских сообществ, Канады и Соединенных Штатов Америки против Японии, относительно японского Закона о налоге на ликер.

Доклад Комитета был распространен среди членов Всемирной торговой организации («ВТО») 11 июля 1996 года. В нем содержатся следующие выводы:

(I) Саке и водка являются равноценными продуктами, и Япония за счет налогообложения последнего в избыток первого, нарушает свои обязательства в соответствии со статьей III:2, первое предложение, в рамках Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года.

(II) Саке, виски, бренди, ром, джин, Genever и ликеры, «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары», и Япония, не делая аналогичного налогообложения, нарушает свои обязательства в соответствии со Статьей III:2, второе предложение Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994.

Е. Толкование статьи III

Соглашение ВТО является договором - международным эквивалентом контракта. Само собой очевидно, что в осуществление своего суверенитета, и в преследовании своих национальных интересов, члены ВТО пришли к соглашению. В обмен на выгоды, которые они ожидают получить в качестве членов ВТО, они согласились осуществлять свой суверенитет в соответствии с обязательствами в Соглашении ВТО.

Одним из таких обязательств является статья III ГАТТ от 1994 года, которая озаглавлена как «Национальный режим внутреннего налогообложения и регулирования». Для целей этого обращения, соответствующие части статьи III звучат следующим образом:

- Статья III: Национальный режим внутреннего налогообложения и регулирования

Договаривающиеся Стороны признают, что внутренние налоги и другие внутренние сборы, законы, правила и требования, затрагивающие внутреннюю продажу, предложение о продаже, покупку, перевозку, распределение или использование товаров, и внутренние правила количественного регулирования, требующие смешения, переработки или использования товаров в определенных количествах или долях, не должны применяться к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для отечественного производства*.

2. Товары с территории любой Договаривающейся Стороны, ввозимые на территорию другой договаривающейся стороны, не подлежат обложению, прямо или косвенно, внутренними налогами или иными внутренними сборами любого рода, превышающими, прямо или косвенно, налоги и сборы, применяемые к аналогичным отечественным товарам. Более того, ни одна из договаривающихся сторон не применяет иным образом внутренние налоги или другие внутренние сборы к импортированным или отечественным товарам, чтобы это противоречило принципам, изложенным в пункте 1.

Налог соответствующий требованиям первого предложения пункта 2 будет считаться несовместимым с положениями второго предложения только в тех случаях, когда возникает конкуренция между, с одной стороны, налогооблагаемым продуктом и, с другой стороны, непосредственно конкурирующим или взаимозаменяемым продуктом, который неодинаково облагался налогом.

Широкие и фундаментальные цели статьи III в избегании протекционизма в применении внутреннего налогообложения и регулирования. В частности, целью статьи III «является обеспечение того, что внутренние меры» не применяются к импортированным или отечественным товарам, чтобы обеспечить защиту внутреннего производства». С этой целью статья III обязывает членов ВТО обеспечить равенство конкурентных условий для импортной продукции по отношению к внутренней продукции. «Намерение авторов Соглашения очевидно было в том, чтобы к импортной продукции относились таким же образом, как к аналогичным отечественным товарам, сразу после прохождения таможни. В противном случае могла быть предоставлена косвенная защита». Более того, это неуместно, что «торговые последствия «налоговой разницы между импортной и отечественной продукцией, как это отражено в объемах импорта, незначительны или даже не существуют»; статья III защищает ожидания не какого-либо конкретного объема торговли, но, скорее, равные конкурентные отношения между импортной и отечественной продукцией. 36 членов ВТО имеют право преследовать собственные внутренние цели во внутреннем налогообложении и регулировании до тех пор, пока они не действуют таким образом, что нарушало бы статью III или любые другие обязательства в Соглашении ВТО.

Широкие цели статьи III это избежать протекционизма, что следует помнить при рассмотрении связи между статьей III и другими положениями Соглашения ВТО. Хотя защита согласованных тарифных уступок, безусловно, одна из целей статьи III, заявление в пункте 6.13 доклада коми-

тета, что «одной из главных целей статьи III является гарантия, что члены ВТО не подорвут за счет внутренних мер свои обязательства по статье II» не следует преувеличивать. Прикрывающая сфера действия статьи III не ограничивается товарами, которые являются предметом тарифных льгот в соответствии со статьей II. Статья III и обязательство национального режима являются общим запретом на использование внутренних налогов и других внутренних мер регулирования, чтобы обеспечить защиту внутреннего производства. Это обязательство четко распространяется и на продукты, не связанные в соответствии со статьей II. Это подтверждается историей переговоров по статье III.

G. Статья III:1

Положениям статьи III должно быть дано обычное значение - в их контексте и в свете общей задачи и цели Соглашения ВТО. Таким образом, слова, фактически используемые в статье, служат основой для интерпретации, которая должна придать смысл и влияние на все условия. Правильная интерпретация статьи это, прежде всего, текстовая интерпретация. Следовательно, Комитет прав в нахождении различия между статьей III:1, которая «содержит общие принципы», и статьей III:2, которая «предусматривает конкретные обязательства в отношении внутренних налогов и внутренних сборов». Статья III:1 формулирует общий принцип того, что внутренние меры не должны применяться таким образом, чтобы обеспечивать защиту внутреннего производства. Этот общий принцип наполняет смыслом остальную часть статьи III. Цель статьи III:1 заключается в установлении этого общего принципа в качестве руководства к пониманию и интерпретации конкретных обязательств, содержащихся в статье III:2 и в других пунктах статьи III, соблюдая и не сокращая, так или иначе, смысла слов, фактически используемых в текстах в этих и других пунктах. Короче говоря, статья III:1 составляет часть контекста статьи III:2, таким же образом, что она является частью контекста каждого из других пунктов статьи III. Любое другое прочтение статьи III будет иметь эффект бессмысленного изложения слов статьи III:1, тем самым нарушая основополагающий принцип эффективности при толковании договора. В соответствии с этим принципом эффективности, так и с текстовыми различиями двух предложений, мы считаем, что статья III:1 по-разному наполняет смыслом первое и второе предложения статьи III: 2.

Н. Статья III:2

1. Первое предложение

Статья III:1 сообщает статью III:2, первое предложение, устанавливая, что если импортируемые товары облагаются больше, чем аналогичные отечественные товары, то, такие налоговые меры не согласуются со статьей III. Статья III:2, первое предложение не относится конкретно к статье III:1. Не существует конкретных требований в этом первом предложении общего принципа статьи III:1, которые предостерегают членов ВТО не применять меры «с тем чтобы обеспечить защиту». Это упущение должно иметь какое-то значение. Мы считаем, что смысл лишь в том, что наличие защитного приложения не должно быть установлено отдельно от конкретных требований, включенных в первое предложение для того, чтобы показать, что налоговая мера не согласуется с общим принципом, изложенным в первом предложении. Однако это не означает, что общий принцип статьи III:1 не распространяется на это предложение. Наоборот, мы считаем, что первое предложение статьи III:2, по сути, и есть применение этого общего принципа. Обычный смысл слов статьи III:2, первое предложение, неизбежно приводит к этому выводу. Читайте в их контексте и в свете общей задачи и цели Соглашения ВТО слова первого предложения требуют изучения соответствия внутренней налоговой меры со статьей III, определяя, во-первых, аналогичны ли облагаемые налогом импортируемые и отечественные товары и, во-вторых, чрезмерны ли налоги, применяемые к импортируемым товарам чем те, которые применяются к аналогичным отечественным товарам. Если импортируемые и отечественные товары это аналогичные товары, и если налоги, применяемые к импортируемым товарам больше чем те, которые применяются к аналогичным отечественным товарам, то такая мера не согласуется со статьей III:2, первое предложение.

Такой подход к рассмотрению статьи III:2, первое предложение, согласуется со сложившейся практикой в рамках ГАТТ 1947. Более того, он согласуется с предметом и целью статьи III:2, которые Комитет в предшествующей к данному случаю, рассматривая более ранние версии закона о налоге на ликер (Япония - таможенные пошлины, налоги и маркировка практики импортированных вин и спиртных напитков, «1987 Япония - Алкоголь»), справедливо заметил, что «продвижение недискриминационной конкуренции между импортной и отечественной продукцией, не может быть достигнута, если статья III:2 была истолкована таким образом, чтобы позволять дискриминационные и защитные внутренние обложения импортируемых товаров больше аналогичных отечественных товаров».

(а) «Аналогичные Продукты»

Так как второе предложение статьи III:2 предусматривает отдельный и отличительный разбор защитного аспекта мер при рассмотрении его применения к более широкой категории продуктов, которые не являются «аналогичными товарами», как предусмотрено в первом предложении, то мы согласны с Комитетом, что первое предложение статьи III:2 должно толковаться узко, чтобы не было осуждения, так как его жесткие термины не предназначены для этого. Следовательно, мы также согласны с Комитетом, что определение «аналогичные товары» в статье III:2, первое предложение, должно толковаться узко.

Насколько же узок вопрос, который должен быть определен отдельно по каждой налоговой мере в каждом конкретном случае? Мы согласны с практикой в рамках ГАТТ 1947 г. при определении аналогичны ли импортные и отечественные продукты от случая к случаю. В докладе Рабочей группы по корректировке пограничного налога, принятого Договаривающимися Сторонами в 1970 году, определен основной подход к интерпретации «подобных и аналогичных товаров» в целом в различных положениях ГАТТ 1947 года:

[...] толкование термина следует рассматривать в каждом конкретном случае на индивидуальной основе. Это привело бы к справедливой оценке в каждом конкретном случае различных элементов, которые составляют «подобный» продукт. Некоторые критерии были предложены для определения, от случая к случаю, аналогичен ли продукт для потребителей продукта на данном рынке; вкусов и привычек потребителей, которые меняются от страны к стране; свойств, природы и качества продукта.

Понятие «аналогичны» является относительным, которое вызывает образ аккордеона. Аккордеон «аналогичности» растягивается и сжимается в разных местах, как и применяются различные положения Соглашения ВТО. Ширина аккордеона в любом из этих мест должна быть определена конкретным положением, в котором термин «аналогичный» встречается, и в контексте и в обстоятельствах, существующих в каждом конкретном случае, к которым могут применяться положения. Мы считаем, что в статье III:2, первое предложение, ГАТТ 1994 г., аккордеон «аналогичности» предназначен для узкого использования.

Группа установила, что в этом случае, sake и водка – это «аналогичные продукты» для целей статьи III:2, первое предложение. Отметим, что определение о том, что водка это «аналогичный товар» с sake в соответствии со статьей III:2, первое предложение, или «непосредственно конкурирующий или взаимозаменяемый продукт» к sake в соответствии со Статьей III:2,

второе предложение, существенно не влияет на исход этого дела.

Единая классификация тарифов на продукты может иметь важное значение в определении того, что является «аналогичным товаром». Если смотреть достаточно подробно, то тарифная классификация может быть полезным знаком сходства продуктов. С этими изменениями в юридической аргументации в докладе Комитета мы подтверждаем правовые заключения и выводы Комитета по отношению к «аналогичным товарам» во всех других отношениях.

(b) «Сверх»

Единственный оставшийся вопрос в соответствии со статьей III:2, первое предложение, это являются ли налоги на импортируемые продукты «выше/больше» тех, что налагаемы на аналогичные отечественные товары. Если так, то члены ввели такой налог не в соответствии со статьей III. Даже маленькое количество «чрезмерных» слишком много. «Запрещение дискриминационных налогов в статье III:2, первое предложение, не зависит от торговых последствий испытаний», и не определены минимальным стандартом». Мы согласны с правовой аргументацией Комитета и с его выводами по этому аспекту толкования и применения положений статьи III:2, первое предложение.

2. Второе предложение

Статья III:1 сообщает статье III:2, второе предложение, через конкретные ссылки. Статья III:2, второе предложение, содержит общий запрет на «внутренние налоги или другие внутренние сборы» применяемые к «импортированным или отечественным товарам в целях, противоречащих принципам, изложенным в пункте 1». Как упоминалось ранее, статья III:1 утверждает, что внутренние налоги и другие внутренние сборы «не должны применяться к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы обеспечивать защиту внутреннего производства». Опять же, статья III:2 гласит:

Налог, соответствующий требованиям первого предложения пункта 2, будет считаться несовместимым с положениями второго предложения только в тех случаях, когда есть конкуренция между, с одной стороны, товаром облагаемым налогом и, с другой стороны, непосредственно конкурирующим или взаимозаменяемым товаром, который неодинаково облагается налогом.

Статья III:2, второе предложение, а также сопровождающее дополнение статьи имеют эквивалентный правовой статус в том, что оба являются договорным языком, который был обсужден и согласован в то же время.

Дополнение к статье не заменит и не изменит формулировку, содержащуюся в статье III:2, второе предложение, но, по сути, разъясняет его смысл. Соответственно, язык второго предложения и дополнение следует читать вместе, чтобы дать им правильное значение.

В отличие от статьи III:2, первое предложение, формулировка статьи III:2, второе предложение, в частности, ссылается на статью III:1. Важность этого различия заключается в том, что в то время как статья III:1 действует неявно в решении двух вопросов, которые необходимо учитывать при применении первого предложения, она действует в явном виде как совершенно отдельный вопрос, который необходимо решать вместе с двумя другими вопросами, которые возникли в применении второго предложения. Предоставляя полный смысл текста и его контекста, три отдельных вопроса должны быть решены для определения несовместимости внутренней налоговой меры со статьей III:2, второе предложение. Эти три вопроса в том:

(1) являются ли импортируемая и отечественная продукция «непосредственно конкурирующими или взаимозаменяемыми товарами», которые находятся в конкуренции друг с другом; (2) непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые импортные и отечественные продукции «не облагаются похожим налогом», и (3) применяется ли неодинаковое налогообложение непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых импортированных и отечественных товаров»... таким образом, чтобы обеспечивать защиту внутреннего производства».

Опять же, это три отдельных вопроса. Каждый должен быть установлен отдельно заявителем перед Комитетом, чтобы обнаружить, что налоговые меры, введенные каким-либо членом ВТО, не согласуются со статьей III:2, второе предложение.

(а) «Непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары»

Если импортированные и отечественные товары, не являются «аналогичными товарами» для узких целей Статьи III:2, первое предложение, то они не подлежат строгой критике этого предложения, а несоответствия с требованиями этого предложения не существуют. Однако, в зависимости от их природы, и в зависимости от условий конкуренции на соответствующем рынке, те же продукты, могут быть, среди более широкой категории «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товаров», которые входят в область статьи III:2, второе предложение. Насколько более широкой может быть та категория «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товаров», в каждом конкретном случае этот

вопрос определяет Комитет на основе всех соответствующих фактов в этом случае. Как и «аналогичные товары» под первым предложением, соответствующий диапазон «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товаров» во втором предложении должен определяться в каждом конкретном случае на индивидуальной основе.

В этом случае, Комитет подчеркнул необходимость обратить внимание не только на такие вопросы, как физические характеристики, общие направления использования и тарифные классификации, но и на «рынок». Это представляется целесообразным. ГАТТ 1994 года - это коммерческое соглашение, и ВТО, в конце концов, связано с рынками. Это не кажется неуместным рассмотреть конкуренцию на соответствующих рынках как одно из ряда средств выявления более широкой категории продуктов, которые могут быть описаны как «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые».

Также не уместно рассматривать эластичность замещения как одно из средств изучения тех соответствующих рынков. Комитет не утверждает, что кросс-ценовая эластичность спроса является «решающим критерием» для определения являются ли продукты «непосредственно конкурирующими или взаимозаменяемыми». Комитет заявил следующее:

По мнению Комитета, решающим критерием для того, чтобы определить два продукта непосредственно конкурирующими или взаимозаменяемыми, является, имеют ли они общие области применения, в частности, как показала эластичность замещения. Мы согласны. И мы находим правильным юридический анализ Комитета в определении продуктов «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товаров» в пунктах 6.28-6.32 доклада комитета.

Отметим, что выводы Комитета об «аналогичных товарах» и «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товарах», содержащиеся в пунктах 7.1 (I) и (II), соответственно, в докладе Комитета не относятся ко всему спектру алкогольных напитков, включенных в Условия Группой. В частности, выводы Комитета в пункте 7.1 (II) о «непосредственно конкурирующих или взаимозаменяемых товарах» относятся только к «саке, виски, бренди, рому, джину, Genever и ликеру», который уже, чем спектр продуктов, направленный Органу по урегулированию споров одним из истцов, Соединенными Штатами, которые включили требование о создании группы «всех других крепких спиртных напитков и ликеров, входящих в заголовки HS 2208».

(b) «Не аналогично облагаемые налогом»

Чтобы дать должное значение различию в формулировке статьи III:2, первое предложение, и статьи III:2, второе предложение, фраза «неодинаково облагаются налогом» в дополнении статьи второго предложения не должно быть истолковано таким образом, чтобы означать то же самое, что и фраза «сверх/чрезмерно» в первом предложении. На первый взгляд, фраза «сверх» в первом предложении означает любые суммы налога на импортируемую продукцию «сверх/больше», чем налог на отечественные «аналогичные товары». Фраза «неодинаково облагаются налогом» в дополнительной статье ко второму предложению должна, поэтому означать что-то другое. Это требует другого стандарта, так же как «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары» требуют другого стандарта по сравнению с «аналогичными товарами» для этих же целей толкования.

Укрепление такого вывода заключается в необходимости дать должное значение различию между «аналогичными товарами» в первом предложении и «непосредственно конкурирующими или взаимозаменяемыми товарами» в доп. статье ко второму предложению. Если «сверх» в первом предложении и «неодинаково облагаются налогом» в доп. статье ко второму предложению были истолкованы как означающие одно и то же, то, «аналогичные товары» в первом предложении и «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары» в доп. статье ко второму предложению также будут означать одно и то же. Это бы нарушило отличительное значение, что не должно нарушаться в словах текста.

Для интерпретации фраз «сверх» и «неодинаково облагаются налогом» не отрицается различие между первым и вторым предложениями статьи III:2. Таким образом, в каждом конкретном случае, может быть какое-то количество налогов на импортируемые товары, которые могут быть «сверх» налога на отечественные «аналогичные товары», но, возможно, не настолько, чтобы сделать вывод, что «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые «импортированные и отечественные продукции» неодинаково облагаются налогом» для целей статьи III:2, второе предложение. Другими словами, возможно количество избыточного налогообложения, которое вполне может быть большей нагрузкой на импортируемые товары, чем на внутренние «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары», но, тем не менее, это может быть недостаточным, чтобы оправдать вывод, что такие товары неодинаково облагаются налогом «для целей статьи III:2, второе предложение. Мы согласны с Комитетом, что эта сумма дифференциального

налогообложения должна быть больше минимального, чтобы считаться «не облагаются налогом так же» в любом случае. Как Комитет, мы считаем, что определять является ли такая конкретная сумма дифференциального налогообложения минимальной или не минимальной и здесь надо в каждом конкретном случае на индивидуальной основе. Таким образом, чтобы быть «неодинаково облагаемым налогами», налоговая нагрузка на импортируемые товары должна быть тяжелее, чем на «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые» отечественные товары, и это бремя должно быть больше минимального в каждом конкретном случае.

В этом случае, Комитет применил правильную юридическую аргументацию в определении того, что «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые» импортируемые и отечественные товары «неодинаково облагаются налогом». Однако, Комитет ошибся в размывании различий между этим вопросом и совершенно отдельным вопросом о том, была ли применена налоговая мера в вопросе «таким образом, чтобы обеспечить защиту». Опять же, это отдельные вопросы, которые необходимо решать в индивидуальном порядке. Если «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары» не «неодинаково облагаются налогом», то нет ни необходимости, ни оправдания согласно статье III:2, второе предложение, для дальнейшего выяснения вопроса, был ли налог применен «таким образом, чтобы обеспечить защиту». Но если такие товары «неодинаково облагаются налогом», то обязательно должно быть проведено дальнейшее расследование.

(с) «с тем чтобы предоставить защиту»

Это третье расследование в соответствии со статьей III:2, второе предложение, должно определить, неодинаково ли облагаются налогом «непосредственно конкурирующие или взаимозаменяемые товары», таким образом, чтобы обеспечивает защиту. Это не вопрос о намерениях. Для Комитета нет необходимости разбираться в причинах законодателей и регуляторов того, что они делают, и определять значимость этих причин, чтобы установить законодательные или нормативные намерения. Если мера применяется к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы обеспечивать защиту внутреннего производства, то не имеет значения, что возможно, не было никакого желания заниматься протекционизмом в мыслях законодателей или регулирующих органов, которые ввели меры. Не имеет значения, что протекционизм не был намеченной целью, если конкретная налоговая мера в вопросе, тем не менее, если повторить статью III:1, «применима к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы обеспечить защиту внутреннего производства». Это вопрос о том, как рассматриваемая мера применяется.

В таком случае, мы считаем, что экспертиза в любом случае от того, было ли неодинаковое налогообложение применено таким образом, чтобы позволить защиту, требует всестороннего и объективного анализа структуры и применения мер, о которых идет речь, на внутренние, в сравнении с импортируемыми товарами. Мы считаем, что можно объективно оценить основные критерии, используемые в конкретной налоговой мере, его структуру, и общее применение так, чтобы установить, применяется ли оно таким образом, чтобы обеспечить защиту для отечественной продукции.

Хотя это правда, что цель меры не может быть легко установлена, тем не менее, ее защитные приложения могут чаще всего определены по дизайну, архитектуре и открытой структуре меры. Сама величина неодинакового налогообложения в каждом конкретном случае может свидетельствовать о таких защитных приложениях, как верно заключено Комитетом в этом случае. Чаще всего, будут и другие факторы, которые также следует рассматривать. При проведении этого исследования, Комитет должен в полной мере учитывать все соответствующие факты и все соответствующие обстоятельства в каждом конкретном случае.

Режим наибольшего благоприятствования и ГАТТ

Индонезия – меры в отношении автомобильной промышленности (Отчет комиссии ВТО) 1998⁴¹²

Этот спор возник в отношении ряда мер, примененных Индонезией к транспортным средствам, их деталям и комплектующим. На транспортные средства, ввозимые в Индонезию и не нуждающиеся в дальнейшей доработке («CBUS»), налагается налог на роскошь, а также к этим транспортным средствам применимы пошлины на импорт. Согласно национальной автомобильной программе Индонезии, если транспортное средство было собрано в Индонезии, то предусматривается освобождение от уплаты пошлин на импорт и освобождение (или уменьшение размера) налога на роскошь. Эта программа и служила поводом для разногласий. Европей-

⁴¹² Indonesia-Certain Measures Affecting The Automobile Industry, World Trade Organization Panel Report, WT/DS54/R; WT/DS55/R; WT/DS59/R; WT/DS64/R (2 July 1998). [цитаты опущены].

ское сообщество, Япония и США заявили, что освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов на роскошь по импорту «национальных транспортных средств» и их комплектующих, и связанных с ними мер, является нарушением обязательств Индонезии в соответствии со статьями I и III ГАТТ 1994.

2. Критерии нарушения статьи I ГАТТ

14.137. Статья I ГАТТ предусматривает, чтобы любые привилегии, предоставленные импортируемой продукции той или иной страны, применимы немедленно и безоговорочно к подобным товарам, происходящими из, или предназначенными для территорий всех других членов.

«1. В отношении таможенных пошлин и сборов всякого рода, налагаемых на ввоз и вывоз, или в связи с ними, или налагаемых на международный перевод платежей за импорт или экспорт, и в отношении метода взимания таких пошлин и сборов, и в отношении всех правил и формальностей в связи с ввозом и вывозом, и в отношении всех вопросов, указанных в пунктах 2 и 4 статьи III⁴, любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляемые любой Договаривающейся Стороной любому товару, происходящему из, или предназначенному для любой другой страны, должны немедленно и, безусловно, предоставляться аналогичному товару, происходящему из, или предназначенному для территорий всех других Договаривающихся Сторон.»

14.138. Апелляционный орган, в деле о мерах, примененных к бананам (III), подтвердил, что для установления нарушения статьи I необходимо существование преимуществ, охватываемых статьей I и которые не предоставляются безоговорочно для всей «подобной продукции» стран-членов ВТО. Следуя этому анализу, во-первых, следует изучить вопрос о том, являются ли налоговые и таможенные льготы преимуществом, подпадающим под действие статьи I. Во-вторых, мы должны решить, применяется ли преимущество (а) для всех аналогичных товаров и (б) безусловно.

(А) являются ли налоговые и таможенные льготы, принятые в рамках автомобильных программ в феврале и июне 1996 года, преимуществом, подпадающим под действие статьи I?

14.139. Преимущества в виде льгот по таможенным пошлинам различных индонезийских автомобильных программ явно подпадают под действие формулировки статьи I. Что касается налоговых льгот по этим программам, мы отмечаем, что в статье I:1 идет прямая отсылка ко «всем вопросам, указанным в пунктах 2 и 4 статьи III». Мы уже решили, что вопросы налоговой дискриминации Национальной автомобильной про-

граммы подпадают под действие статьи III:2 ГАТТ. Поэтому, таможенные пошлины и налоговые льготы, принятые в феврале и июне 1996 года согласно автомобильным программам, подпадают под действие статьи I Генерального соглашения.

(Б) Применяются ли эти преимущества «безусловно» ко всем «подобным/аналогичным товарам»?

(а) «аналогичные товары»

14.140. Следуя той же логике, используемой для определения аналогичного продукта в соответствии со статьей III, Европейское сообщество утверждает, что национальные автомобили, их части и компоненты, импортированные из Кореи, будут рассматриваться как «аналогичные» любому автотранспортному средству, его частям и комплектующим, импортируемым из других государств-членов. Так как понятие «Национальный автомобиль», его части и комплектующие не основаны на каких-либо факторах, которые могут повлиять на их физическую характеристику или использование, Европейское сообщество указывает, что импортируемые детали, комплектующие и транспортные средства являются аналогичной национальной продукцией. Соединенные Штаты утверждают, что автомобили, ввозимые в Индонезию, являются аналогичным товару *Kia Sephia*, ввезенному из Кореи. Япония заявляет, что части, компоненты и автомобили, ввозимые из Японии или из любой другой страны, и товары, импортируемые из Кореи, представляют собой «аналогичные товары».

14.141. При анализе «аналогичных товаров» в соответствии со статьей III:2, орган пришел к выводу, что некоторые импортируемые автомобильные средства являются аналогичными автомобилям по национальной программе. Такую же аналогию можно применить, чтобы сказать, что для целей статьи I импортируемые автомобили могут рассматриваться как аналогичные национальным автомобилям, импортируемым из Кореи. Мы также считаем, что части и компоненты, импортируемые из стран истцов аналогичны товарам, импортируемым из Кореи. К тому же Индонезия признает тот факт, что некоторые детали и комплектующие одинаковы для всех автомобилей. Касательно частей и комплектующих, ввозимых специально для национальных автомобилей, то Индонезия не отрицает тот факт, что эти части могут быть также изготовлены компаниями на территории стран истцов. Этот факт подтверждает, что части и комплектующие, импортируемые для использования в автомашине национального производства, не являются уникальными. Как и ранее, мы отмечаем, что критерии, по которым товарам предлагаются преимущества в виде сниженных таможенных пошлин и налогов не основаны на факторах,

которые могут, как таковые повлиять на физические характеристики этих машин, частей и комплектующих, или их конечное потребление. В связи с изложенным, хотим отметить, что решения предыдущих органы, интерпретирующие статью I, пришли к выводу, что законодательство как такое может нарушить эту статью, если законодательство может привести, в принципе, к менее благоприятному режиму для аналогичных товаров.

В связи с этим, мы приходим к выводу, что для целей статьи I Генерального соглашения по обязательству РНБ, национальные автомашины, их части и комплектующие, импортируемые из Кореи в Индонезию, следует

14.142. Мы находим, таким образом, что для целей РНБ обязательства статьи I ГАТТ, национальные автомобили, их части и компоненты, импортируемым в Индонезию из Кореи, будут рассматриваться как «аналогичные» другим подобным транспортным средствам, их частям и комплектующим, импортируемых из других государств-членов.

(ii) «безусловные преимущества»

14.143 Необходимо теперь рассмотреть вопрос о том, предоставляются ли преимущества «безусловно» для товаров других договаривающихся сторон так же как и для национальных автомашин, их частей и компонентов, импортируемых из Кореи, как того требует статья I. Предыдущие решения по Генеральному соглашению ясно указывали на то, что любые преимущества (в данном случае льготы по налоговым и таможенным пошлинам) не могут быть обусловлены на каких-либо условиях, которые не связаны с самими импортируемыми товарами.

14.144. Например, в докладе третьей группы по спору о семейных пособиях в Бельгии, группа не поддержала меры, которые дискриминировали импортируемые товары в зависимости от вида семейных пособий панели осудил меры, которые подвергались дискриминации импорта в зависимости от типа применимых семейных пособий:

«3. В соответствии с положениями пункта 1 статьи I Генерального соглашения, любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставленные Бельгией любому товару, происходящему из территории любой страны, в отношении всех вопросов, упомянутых в пункте 2 статьи III должны быть предоставлены немедленно и безоговорочно, к аналогичным товарам, происходящим из территории всех договаривающихся сторон. Бельгия предоставила освобождение от уплаты сбора на товары, приобретенные государственными органами, когда они поступают из Люксембурга

и Нидерландов, а также Франции, Италии, Швеции и Соединенного Королевства. В соответствии со статьей XXVI Генерального соглашения, ясно, что освобождение должно быть предоставлено безусловно для всех других Договаривающихся Сторон (в том числе Дании и Норвегии). Соответствие или отсутствие системы семейных пособий на территории данной Договаривающейся Стороны с требованиями бельгийского законодательства было бы неуместны в этом отношении, и бельгийское законодательство должно было бы быть изменено, поскольку оно представило положения содержащие дискриминацию между странами, у которых имеется такая же система семейных пособий и между странами, у которых была другая система или эта система отсутствовала, и сделало предоставление освобождений в зависимости от определенных условий». (добавлено подчеркивание)

14.145. Фактически, выходит так, что по автомобильной программе от июня 1996 года, товары, импортируемые из других стран, и аналогичные товары, импортируемые компанией PT TPN из Кореи облагаются более высокими пошлинами и налогами, чем товары по автомобильной программе из Кореи. Например, готовые импортируемые автомобильные средства облагаются таможенными пошлинами в размере до 200% выше, тогда как автомобильным средствам, импортируемым по Национальной программе, предоставляются 0% ставки по пошлинам. К автомашинам по Национальной программе не применяются налоги, в то время как к автомашинам импортируемым из других Договаривающихся стран применяется налог с продаж в размере 35%. Это различие в том, что одни товары не облагаются пошлиной, а другие платят ее в 200% или в том, что на одни товары нет необходимости платить налог, когда на другие его нужно платить в размере 35%, основано на существовании «соглашения» между PT TPN и компанией, импортирующей товары для производства автомашины по Национальной программе и имеются ли утверждения соответствия с автомашинами Киа, произведенными в Корее. Согласно принципам Генерального Соглашения ВТО, права Договаривающихся Сторон не могут быть обусловлены или зависимы или воздействованы какими-либо частноправовыми обязательствами. Наличие этих условий не соответствуют положению статьи I:1, в которой говорится, что налоговые или таможенные льготы, предоставляемые одним товарам (в данном случае, товарам из Кореи) должны быть также «незамедлительно и безусловно» предоставлены аналогичным товарам, импортируемых из других договаривающихся сторон.

14.146. Необходимо также отметить, что согласно автомобильной программе от февраля 1996 года, предоставление льгот по таможенным пошлинам для частей и комплектующих автомашин обусловлено тем, будут ли они использованы в сборе национальной автомашины в Индонезии. Предоставление налоговых льгот обусловлено и ограничено только для компании «Пионер», которая производит национальные автомашины. Также имеется третье условие для предоставления льгот: это соответствие определенным индонезийским целям по содержанию. Действительно, согласно этим автомобильным программам, таможенные пошлины и налоговые льготы обусловлены достижением определенной стоимости местного содержания изготовленной автомашины.

14.147. По причинам, описанным выше, мы считаем, что в автомобильная программа от июня 1996 года, которая ввела дискриминацию между импортируемыми товарами в предоставлении налоговых и таможенных льгот, основываясь на различных условиях и критериях, не связанных с самим импортом, и автомобильная программа от февраля 1996 года, которая также ввела дискриминацию между импортируемыми товарами в предоставлении таможенных льгот, основанных на различных условиях, не связанных с самим импортом, не соответствуют положениям статьи I ГАТТ.

Защита окружающей среды и торговля

США – Ограничения импорта тунца (Отчет комиссии ВТО) 1994⁴¹³

2.2 Тунец в восточных тропиках Тихоокеанского региона, часто плавает вблизи дельфинов на более низких глубинах. В этом регионе рыболовецкие суда определяют по дельфинам местоположение тунца, и, как правило, окружают стаи дельфинов кошельковым неводом при ловле тунца, с ожиданием тунец плавает ниже. С 1960-х годов, практика ловли тунца с помощью установки кошелькового невода привела к гибели или вреду многим дельфинам.

2.5 Закон о защите морских млекопитающих 1972 г. запрещал вылов, включая отслеживание, отлов или убийство любых морских млекопита-

⁴¹³ United States – Restrictions on Imports of Tuna, GATT Panel Report, DS29/R (16 June 1994), [цитаты опущены].

ющих, независимо от того, связано ли это напрямую с ловом рыбы, или случайным образом попавшие во время отлова рыбы. Закон далее запрещает импорт в Соединенные Штаты всякого морского млекопитающего или продуктов из них, и любой рыбы и продуктов из рыбы, отлов которых сопровождался случайным отловом морских млекопитающих. Цель Закона была направлена на сохранение морских млекопитающих, которые могут находиться под угрозой исчезновения или истощения.

2.9 Закон запрещает импорт любой рыбы или продуктов из рыб, лов которых производится с использованием методов, приводящих к гибели или нанесению серьезного вреда морским млекопитающим в масштабах, превышающих стандарты США.

2.12 Закон предусматривает, что любая страна (страна-посредник), экспортирующая желтоперого тунца или продукты из него в США, или импортирующая желтоперого тунца или продукты из него, на которые распространяется прямой запрет на импорт в США, должна предоставить подтверждение и разумные доказательства того, что она не импортировала продукты, на которые распространяется прямой запрет в США, в течение предшествующих шести месяцев.

С. Статья XX(g)

5.11 Группа отметила, по утверждению США эмбарго, введенные в США как в отношении основного импортера, так и страны-посредника, хоть и является нарушением статей III или XI, подпадает под действие исключений, предусмотренных статьей XX (g), как меры, направленные на сохранение дельфинов, истощаемого природного ресурса. США заявляли, что статья XX (g) не содержит требования, чтобы эти ресурсы находились в пределах территориальной юрисдикции государства, принимающего меры. Далее США утверждали, что меры были проведены одновременно с ограничением внутреннего производства и потребления.

Также, было отмечено, что проведенные меры отвечали требованиям преамбулы статьи XX. Однако, Европейское сообщество и Нидерланды не согласились с доводами США, утверждая, что ресурсы к сохранению должны находиться в пределах территориальной юрисдикции государства, принимающего меры. К тому же, они считали, что меры США не относились к сохранению истощаемых природных ресурсов в соответствии со статьей XX (g), и не проводились одновременно с ограничением внутреннего производства или потребления.

5. 12 Группа изучила текст статьи XX(g), который, вместе с преамбулой, предусматривает:

«При условии, что такие меры не применяются таким образом, который мог бы стать средством произвольной или неоправданной дискриминации между странами, в которых преобладают одинаковые условия, или скрытые ограничения международной торговли, ничто в настоящем Соглашении не препятствует принятию или применению любой Договаривающейся Стороной мер:

(g) относящихся к сохранению истощаемых природных ресурсов, если подобные меры проводятся одновременно с ограничением внутреннего производства или потребления;»

Группа отметила, что текст статьи XX(g) предполагает трехступенчатый анализ:

-- Во-первых, необходимо установить, подпадает ли политика, в отношении которой были применены настоящие положения, к категории политических инициатив, направленных на сохранение истощаемых природных ресурсов.

-- Во-вторых, необходимо установить, была ли мера, к которой применяется исключение – конкретная торговая мера, которая противоречит обязательствам по ГАТТ – «относящейся» к сохранению истощаемых природных ресурсов, и проводилась ли она «одновременно/вместе» с ограничением внутреннего производства или потребления.

-- В-третьих, необходимо установить, применялась ли мера в соответствии с требованием преамбулы статьи XX, чтобы такие меры не применялись таким образом, который мог бы стать средством произвольной или неоправданной дискриминации между странами, в которых преобладают одинаковые условия, или скрытым ограничением международной торговли.

1. Сохранение истощаемых природных ресурсов

5.13 В отношении первого из трех перечисленных вопросов, Группа отметила, что США заявляли, что дельфины являются истощаемым природным ресурсом. Европейское сообщество не согласилось с этим утверждением. Группа, отметив, что популяция дельфинов потенциально может быть истощена, и что политика в отношении их сохранения не зависела от того, истощалась ли популяция дельфинов в настоящее время, приняла, что политика в отношении сохранения дельфинов являлась политикой сохранения истощаемых природных ресурсов.

5.14 Группа отметила, что Европейское сообщество и Нидерланды утверждали, что истощаемый природный ресурс, подлежащий сохране-

нию в соответствии со статьей XX(g), не может находиться вне пределов территориальной юрисдикции страны, которая принимает определенные меры. Эта позиция была основана на изучении статьи XX (g) в ее контексте и в свете объекта и предмета Генерального соглашения. США в свою очередь не соглашались, указывая на отсутствие текстуальных или иных оснований для такого чтения требований статьи XX (g).

5.15 Группа отметила, во-первых, что текст статьи XX (g) не содержит каких-либо ограничений в отношении местонахождения истощимого природного ресурса, подлежащего сохранению. Она отметила, что условия, сформулированные в тексте статьи XX (g) и преамбулы к ней, касаются только обоснования («относящейся») или способа применения торговой меры («одновременно/вместе с», «произвольной или неоправданной дискриминации», «скрытым ограничением международной торговли»). Природа и определенная сфера применения политики, названной в статье - сохранения истощаемого природного ресурса - не раскрываются и не обуславливаются текстом статьи, в частности, в отношении места расположения истощаемого природного ресурса, подлежащего сохранению. Группа также отметила, что по двум ранее рассмотренным делам постановили, что статья XX (g) применима к политикам, в отношении мигрирующих видов рыб, и не проводили разграничений между рыбой, выловленной в пределах или за пределами территориальной юрисдикции Договаривающейся Стороны, которая ссылалась на данное положение.

5.16 Группа указала, что меры, предусматривающие разные режимы в отношении товаров различного происхождения, в принципе могут рассматриваться в соответствии с другими параграфами статьи XX (g) и другими статьями Генерального соглашения в отношении предметов, расположенных, или действий происходящих, за пределами территориальной юрисдикции Стороны, принимающей меру. Примером является положение статьи Article XX (e), которое относится к товарам, произведенным с помощью труда заключенных. Поэтому, нельзя сказать, что Генеральное Соглашение абсолютно запрещает действия по отношению мер, которые относятся к предметам или действиям за пределами территориальной юрисдикции Стороны, принимающей меры.

5.17 Группа далее отметила, что в соответствии с нормами международного права государствам не запрещается регулировать поведение своих граждан в отношении людей, животных, растений и других природных ресурсов за пределами их территорий. Также государства могут, в принципе регулировать командование национальных судов, или людьми на этих судах в отношении людей, животных, растений и природных

ресурсов за пределами их территорий. Государство может в особенности регулировать поведение рыбаков, или судов, которые из национальной принадлежности, или любых рыбаков на этих судах, в отношении рыбы, плавающей в открытом море.

5. 18 Группа отметила, что стороны основывали многие свои аргументы по поводу местонахождения истощимого природного ресурса, предусмотренного статьей XX (g), на иных природоохранных и торговых соглашениях, чем Генеральное соглашение. Однако, в первую очередь необходимо было определить в какой степени эти соглашения применимы для толкования текста Генерального соглашения. Группа напомнила, что в международном праве применяются основные правила толкования соглашений, изложенные в Венской Конвенции о праве международных договоров (см. приложение В), и что стороны в споре разделяют данную точку зрения. В связи с этим правилом Группа продолжила рассмотрение соглашений.

5. 19 Группа напомнила, что Венская конвенция предусматривает общие правила толкования (статья 31) и дополнительные средства толкования (статья 32). В первую очередь Группа изучила вопрос о том, можно ли учитывать соглашения, на которые ссылаются Стороны, в целях толкования ГАТТ в соответствии с общими правилами толкования Венской конвенции. Общие правила предусматривают, что «любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений» является одним из элементов, который должен учитываться при толковании соглашения. Однако, Группа отметила, что соглашения, на которые ссылаются стороны в споре, были двусторонними или многосторонними договорами, которые не были заключены между Договаривающимися Сторонами Генерального соглашения, и они не применимы для толкования Генерального соглашения или практике применения его положений. Действительно, многие из соглашений, на которые ссылаются стороны, и не могли применяться таким образом, поскольку они были заключены до проведения переговоров по Генеральному соглашению. Группы также отметила, что в соответствии с общими правилами толкования Венской конвенции следует учитывать «последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашения участников относительно его толкования». Однако, Группа отметила, что практика применения названных двусторонних и многосторонних соглашений не может рассматриваться как практика в рамках Генерального соглашения, и поэтому не может влиять на его толкование. Таким образом, Группа установила, что в соответствии с общими правилами толкования, предусмотренными статьей 31 Венской конвенции, эти

соглашения не могут быть учтены в качестве основных средств толкования текста Генерального соглашения.

5.20 Затем Группа рассмотрела вопрос о том, могут ли соглашения, на которые были сделаны ссылки, учитываться в качестве дополнительных средств толкования Генерального соглашения в соответствии с Венской конвенцией. Группа отметила, что дополнительные средства толкования, предусмотренные статьей 32 Венской конвенции, включают «подготовительные материалы и обстоятельства заключения договора». Однако, условия этого положения делают очевидным ограниченность его применения. Подготовительная работа и иные дополнительные средства толкования могут использоваться только для того, чтобы «подтвердить» значение, вытекающее из применения общих правил толкования или определить значение, когда применение общих правил толкования «оставляет значение двусмысленным или неясным» или «приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными». Даже если бы толкование в соответствии с общими правилами привело к таким результатам, Группа посчитала, что соглашения, заключенные до Генерального соглашения, не могли оказать существенной помощи в толковании текста статьи XX (g), поскольку, по мнению, Группы, основанном на предоставленных ей материалах, ни в тексте Генерального соглашения, ни в Гаванской хартии, ни в подготовительных материалах к этим документам не содержится каких-либо прямых ссылок на эти соглашения. Группа также установила, что заявления и редакционные изменения, сделанные в ходе переговоров по Гаванской хартии и Генеральному соглашению, на которые ссылаются стороны, не могут служить четким подтверждением какого-либо из конкретных утверждений сторон по вопросу о местонахождении истощаемого природного ресурса в соответствии со статьей XX (g). С учетом вышесказанного Группа не нашла достаточных оснований в поддержку вывода, что положения статьи XX (g) применимы только к политике, относящейся к сохранению истощимых природных ресурсов, расположенных в пределах территории Договаривающейся Стороны, воспользовавшейся этим положением. Следовательно, Группа сделала вывод, что политика сохранения дельфинов в восточных тропиках Тихоокеанского региона, которую проводили США в пределах своей юрисдикции в отношении своих граждан и судов, относится к категории мер, предусматриваемых статьей XX (g).

«Относящиеся» к сохранению истощаемых природных ресурсов; проводимые «одновременно/вместе с» ограничением внутреннего производства или потребления

5.21 Группа изучила второй из трех вышеперечисленных вопросов, а именно, могут ли применяемые США эмбарго в отношении основных импортеров и стран-посредников рассматриваться как «относящиеся» к сохранению истощаемых природных ресурсов в значении статьи XX (g) и применялись ли они «одновременно/вместе с» ограничением внутреннего производства или потребления. США утверждали, что их меры отвечали обоим требованиям. Европейские сообщества выразили несогласие, утверждая, что меры должны иметь «основной целью» сохранение истощаемых природных ресурсов и ограничение внутреннего производства и потребления.

5.22 Группа изучила отношения, устанавливаемые статьей XX (g) между торговой мерой и политикой сохранения истощаемых природных ресурсов, между торговой мерой и ограничением внутреннего производства или потребления. Было отмечено, что по ранее рассматриваемому делу третейская группа установила, что рамки применения терминов «относящиеся к» и «одновременно/вместе с» должны толковаться таким образом, чтобы границы применения положений статьи XX (g) соответствовали целям, в которых эти положения были включены в текст Генерального соглашения. Группа постановила, что расширение сферы применения мер, служащих целям проведения торговой политики, но лишь обеспечение того, чтобы обязательства по Генеральному соглашению не препятствовали проведению политики, направленной на сохранение истощаемых природных ресурсов». В предшествующем деле было установлено, что термин «относящиеся к» должен пониматься в значении «имеет основной целью» сохранение истощаемых природных ресурсов, и что термин «одновременно/вместе с» должен пониматься в значении «имеет основной целью» введение ограничений внутреннего производства или потребления. Группа согласилась с этими выводами, учитывая, что слова «имеет основной целью» относятся не только к цели меры, но также и к ее воздействию на сохранение истощаемых природных ресурсов.

5.23 Далее Группа приступила к изучению того, могут ли эмбарго, введенные США, рассматриваться в качестве мер, имеющих основной целью сохранение истощаемых природных ресурсов и имеющих основной целью ограничение внутреннего производства или потребления. В частности, Группа изучила отношение мер, введенных США, и заявленной цели сохранения численности дельфинов. Группа отметила, что меры, принимаемые в рамках эмбарго в отношении стран-посредников, запрещали импорт из страны тунца независимо от того, осуществлялся ли лов тунца способом, который наносил или мог нанести вред дельфинам, и независимо от того, применяла ли страна практику лова и политику,

которые наносили или могли нанести вред дельфинам, или тунец происходил из страны, которая импортировала его из стран, применяющих политику и практику ловли тунца, не соответствующих аналогичной практике и политике в США. Группа отметила, что запрет на импорт тунца в США, введенный в рамках эмбарго в отношении стран-посредников, не мог сам по себе способствовать достижению поставленной США цели сохранения дельфинов. Эмбарго в отношении стран-посредников могли достичь желаемого результата только в случае, если в результате их применения происходили изменения в практике и политике не только стран, которые экспортировали тунца в США, но и третьих стран, из которых экспортирующие страны импортировали тунца.

5.24 Группа также отметила, что меры, принятые в рамках эмбарго в отношении основных импортеров, запрещали импорт из страны любого тунца независимо от того, осуществлялся ли лов тунца способом, который наносил или мог нанести вред дельфинам, если политика и практика ловли тунца такой страны не соответствовали аналогичной практике и политике в США. Группа указала, что, как и в случае эмбарго в отношении стран-посредников, запрет на импорт тунца в США, введенный в рамках эмбарго в отношении основных импортеров, не мог сам по себе способствовать достижению поставленной США цели сохранения дельфинов. Эмбарго в отношении основных импортеров могли достичь желаемого результата только в случае, если в результате их применения происходили изменения в практике и политике стран-экспортеров. В свете сказанного Группа пришла к выводу, что как эмбарго на импорт тунца в отношении основных импортеров, так и эмбарго в отношении стран-посредников, введенные в США, применялись с целью заставить другие страны изменить свою политику в отношении лиц и предметов в пределах их юрисдикции, поскольку эмбарго требовали таких изменений, чтобы оказать какой-либо эффект на сохранение дельфинов.

5.25 Затем Группа рассмотрела вопрос о том, могут ли в соответствии со статьей XX (g) меры, основной целью которых являлись сохранение истощаемых природных ресурсов или основной целью которых являлось ограничение внутреннего производства или потребления, включать в себя действия, вынуждающие другие страны изменить свою политику в отношении людей или предметов в пределах их юрисдикции и требующие таких изменений для достижения своей цели. Группа отметила, что текст статьи XX (g) не дает четкого ответа на этот вопрос. Поэтому далее изучение текста статьи XX (g) осуществлялось в свете предмета и цели Генерального соглашения.

5.26 Группа отметила, что статья XX (g) представляет исключение из требований выполнения обязательств по Генеральному соглашению. В устоявшейся практике рассмотрения споров принято узкое толкование этих положений при сохранении основных целей и задач Генерального соглашения. Если принять толкование статьи XX как разрешающей Договаривающимся Сторонам отступать от обязательств, взятых на себя в рамках Генерального соглашения, путем введения торговых мер с целью проведения политики сохранения истощаемых природных ресурсов в пределах их собственной юрисдикции, основные цели Генерального соглашения будут соблюдены. Однако, если допустить толкование статьи XX как разрешающей Договаривающимся Сторонам принимать торговые меры таким образом, чтобы заставить другие Договаривающиеся Стороны изменить их политику в пределах их собственной юрисдикции, включая политику сохранения истощаемых природных ресурсов, то баланс прав и обязательств Договаривающихся Сторон, в частности, права доступа к рынкам, будет серьезно нарушен. В случае применения такого толкования Генеральное соглашение не может служить многосторонней основой для торговли между Договаривающимися Сторонами.

5.27 Группа пришла к выводу, что меры, принимаемые чтобы заставить другие страны изменить свою политику и которые могут достичь своего эффекта только при условии совершения таких изменений, не могут иметь своей основной целью сохранение истощаемых природных ресурсов или ограничение внутреннего производства или потребления в значении статьи XX (g). Поскольку существенное условие статьи XX (g) не было выполнено, Группа не усмотрела необходимости изучения вопроса, отвечали ли меры США другим требованиям статьи XX. Таким образом, Группа установила, что запрет на импорт тунца и продуктов из тунца, применяемый США в нарушении статьи XI: 1, не подпадает под действие исключений, предусмотренных статьей XX (g).

Соединенные Штаты – Стандарты для измененного и обычного бензина (Отчет апелляционной комиссии ВТО)⁴¹⁴

Соединенные Штаты просят Апелляционный орган рассмотреть выводы по вопросам права и по определенным вопросам правового толкования, отраженным в Докладе Группы по делу США о стандартах для измененного и обычного бензина, WT/DS2/R, 29 января 1996 года («До-

⁴¹⁴ United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, World Trade Organization Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (29 April 1996).

клад Группы»). Спор возникает в связи с Законом США о чистом воздухе, который нацелен на регулирование и уменьшение уровня загрязнения воздуха в Соединенных Штатах. Закон устанавливает определенные стандарты по качеству бензина, которые способствуют уменьшению уровня загрязнения воздуха, включая изменения озонового слоя из-за выбросов автомобильных газов. Данное правило о бензинах применяется к переработчикам, смесителям и импортерам бензина. Однако, страны Венесуэла и Бразилия заявляли, что правила США о стандартах бензина содержат нормы, дискриминирующие иностранных импортеров бензина, путем установления отличных стандартов соответствия для них.

IV. Вводные положения статьи XX Генерального соглашения: Применение вводной части статьи, содержащей общие исключения.

В предыдущем разделе мы пришли к выводу, что установление определенных стандартов соответствия Правил о стандартах бензина подпадает под действие статьи XX(g), необходимо теперь рассмотреть вопрос о том, удовлетворяют ли эти требования вводной части статьи XX. Чтобы меры, предпринимаемые государством, подпадали под исключения статьи XX Генерального соглашения, не только они должны удовлетворять требованиям одного из пунктов (a)-(j) статьи XX, но также они должны соответствовать условиям вводных положений статьи XX. Таким образом, анализ статьи XX должен состоять из двух уровней: первый, обоснование мер положениями статьи XX(g); второй, дальнейшая оценка этой меры в соответствии с положениями вводной части статьи XX.

Вводная часть изучает не столько саму примененную меру или ее конкретное содержание, а скорее то, каким образом эта мера применяется. Соответственно, важно подчеркнуть, что целью и предметом вводных положений статьи XX, как правило, - предотвращение «злоупотреблением исключениями [что позже стало] статьи [XX]». Этот вывод, к которому можно прийти из истории разработки статьи XX, является ценным. Вводная часть руководствуется принципом, что, даже если использование исключений статьи XX является законным правом государств, эти исключения не должны применяться таким образом, чтобы нарушать или отменять правовые обязательства обладателей этих прав в отношении материально-правовых норм Генерального соглашения. Эти предусмотренные исключения не должны быть предметом злоупотребления или неправильного применения, другими словами, меры, подпадающие под действие исключений, должны применяться разумно, с учетом как правовых обязанностей Стороны, которая применяет исключения, и законных прав других Заинтересованных Сторон. Бремя доказывания того, что мера,

оправданная одним из исключений, изложенных в пунктах статьи XX, не представляет, в его применении, собой злоупотребление вводной частью статьи, лежит на стороне, применяющей исключение. Это является более сложной задачей, чем доказывание, что исключение, например, статьи XX(g), включает в себе примененную оспариваемую меру.

Инициатива применения статьи XX, безусловно, была бы невыгодной, если бы она заключалась лишь в выводе, что применении стандарта приводит к заключению, что правила по установке определенных стандартов не соответствуют статье III:4. То же можно сказать, если бы пришли к выводу о несоответствии с некоторыми другими материально-правовыми нормами Генерального соглашения. Логически, положения вводной части статьи не могут привести к тем же самым стандартам, в рамках которых было выявлено нарушение материально-правовых норм. Если следовать этой логике, то она приведет к тому, что вводная часть потеряет свое содержание, и лишит смысла содержание пунктов (а)-(j) статьи XX. Такой ход мыслей также запутывает в вопросе о том, существовало ли несоответствие материально-правовым нормам, а также в дальнейшем и отдельном вопросе, возникающем из вводной части статьи XX, о том, является ли это несоответствие, тем не менее, оправданным. Одним из результатов «общего правила толкования» Венской конвенции является то, что интерпретация должна придавать смысл и содержание всем условиям договора. Толкователь не имеет права интерпретировать нормы договора, которые могут привести целые нормы или пункты договора к несоответствию с реальностью или их бесполезности.

Вводная часть, как будет показано, запрещает применение таких спорных мер (подпадающие под действие статьи XX (g)), которые будут представлять собой

- (а) «произвольную дискриминацию» (между странами, где преобладают одинаковые условия);
- (б) «неоправданную дискриминацию» (с одинаковыми квалификаторами); или
- (в) «скрытое ограничение» международной торговли.

Текст вводной части не без двусмысленности, включая положения в применении его стандартов: стандарт произвольной или необоснованной дискриминации и стандарт скрытого ограничения международной торговли. Может возникнуть вопрос о том, имеют ли эти стандарты различные области применения. Такой вопрос был поставлен перед США в ходе устного слушания. Возник вопрос о том, относятся ли слова вклю-

ченные в первые два стандарта «между странами, в которых преобладают одинаковые условия» к условиям в импортируемых и экспортируемых странах, или только к условиям в странах-экспортерах. Ответ Соединенных Штатов заключался в том, что они интерпретировали эту фразу, как ссылаясь на страны-экспортеры и страны-импортеры, а также между странами-экспортерами. Они также сказали, что норма говорит сама за себя, но не имеет никаких ссылок на третьих лиц; в то время как некоторые думали, что это было только между странами-экспортерами, но в тексте нет никакой поддержки этой точкой зрения. Перед США не был поставлен вопрос о сфере применения третьего стандарта - скрытого ограничения международной торговли. Но Соединенные Штаты выдвинули аргументы, призванные показать, что в этой апелляции, они отвечают всем стандартам, установленным вводной частью. При этом они явно исходили из предположения, что еще они могут быть связаны с другим случаем, что они имеют отношение к вопросу национального режима, где Орган нашел нарушение статьи III:4. Ни разу во время апелляции это предположение не было оспорено Венесуэлой или Бразилией. Венесуэла утверждала, что Соединенные Штаты не выполнили все требования стандартов вводной части статьи XX. Также утверждали Норвегия и Европейское сообщество в качестве третьих участников. В общем, область применения этих стандартов не была предметом спора.

Предположение, из которого исходили все участники, подкрепляется тем, что вводная часть говорит, что «ничто в настоящем Соглашении не препятствует принятию или применению любой Договаривающейся Стороной мер ...». Исключения, перечисленные в статье XX, относятся ко всем обязательствам в рамках Генерального соглашения: обязательства по национальному режиму и обязательства режима наибольшего благоприятствования, и других. Проще придать смысл словам «ничто в настоящем Соглашении», и статью XX, включая ее вводную часть, легче интегрировать в остальную часть Генерального соглашения, если вводная часть означает, что стандарты, которые она устанавливает, применимы ко всем ситуациям, где имеются заявления в нарушение основного обязательства, и в свою очередь, утверждалось применение одного из исключений, содержащихся в статье XX. На этом основании мы не видим необходимости решать вопрос о сфере применения стандартов, изложенных в вводной части, или же решать противоречия между общими пониманиями участников.

«Произвольная дискриминация», «неоправданная дискриминация» и «скрытое ограничение» международной торговли могут, соответственно, быть интерпретированы вместе, они придают смысл друг другу. Это понятно нам, что «скрытое ограничение» включает в себя скрытую дис-

криминацию в международной торговле. Также понятно, что скрытое или необъявленное ограничение или дискриминация в международной торговле не исчерпывает значение «скрытого ограничения». Мы считаем, что «скрытое ограничение», что бы оно ни покрывало, может быть понято как охватывающие ограничения, которые приводят к произвольной или необоснованной дискриминации в международной торговле, принятые формально в соответствии с положениями исключений, перечисленных в статье XX. Иначе, виды действий в решении вопроса о том, является ли применение меры «произвольной или необоснованной дискриминацией», также могут быть приняты во внимание для определения наличия «скрытого ограничения» международной торговли. Основная тема основана на цели и предмете недопущения злоупотребления или незаконного использования исключений статьи XX по отношению к основным обязательствам Соглашения.

У Соединенных Штатов имелось более одного вариантов действий, при реализации правил Закона. Например, установление законодательного уровня стандартов не разграничивающего отечественный и импортируемый бензин. Применение такого подхода, если реализовать должным образом, но могло бы избежать какой-либо дискриминации. Другим вариантом для США было бы установление индивидуальных базовых уровней стандартов для иностранных переработчиков, а также внутренних переработчиков. Соединенные Штаты выдвинули ряд причин, по которым любой из этих вариантов не был, по их мнению, реальным, и почему, вместо этого, они разработали и применяли базовый уровень стандартов, содержащихся в Законе о бензине.

В своем объяснении, почему индивидуальные базовые уровни для иностранных переработчиков не были предложены, Соединенные Штаты указывали на трудности, с которыми столкнулось бы Агентство по охране окружающей среды. Эти трудности были связаны с административными вопросами и проблемами, которые создавали бы эти индивидуальные базовые уровни для иностранных переработчиков.

Так, по данным США, правила к импортируемому бензину были более требовательными из-за трудностей контроля и обеспечения исполнения. Соединенные Штаты утверждали, что процесс проверки и обеспечения соблюдения требований Закона о Бензине к импортируемому бензину «гораздо легче, когда установлен определенный уровень стандарта», и если будут применяться индивидуальные уровни стандарта, то нагрузка в администрировании будет «драматически отлична». В то время как ожидаемые трудности, связанные с проверкой и последующим обеспечением,

несомненно, в какой-то степени реальна, однако, Орган посчитал их недостаточными, чтобы оправдать отказ в установлении индивидуальных уровней стандартов для иностранных переработчиков, так же как это разрешено для внутренних переработчиков.

Орган считает, что Соединенные Штаты имели достаточное количество данных и мер для проверки и оценки, которые более или менее соответствуют требованиям статьи III:4. Например, хоть и зарубежные данные могут быть формально менее подвержены полному контролю властей США, это не служит основанием, что зарубежные данные не могут ни при каких обстоятельствах быть достаточно надежными для целей США. Это, однако, был практический эффект применения Закона о бензине. По мнению Органа, Соединенные Штаты не продемонстрировали, что данные, полученные от иностранных переработчиков, были по своей природе менее значимы для устоявшихся методов проверки, перепроверки, оценки и обеспечения по сравнению с данными по другим торговым товарам, регулирующимся США. Характер данных в этом случае был схож с характером данных, используемых США в других контекстах, например, как при применении антидемпинговых законов. В делах по антидемпингу, США ссылались и использовали другую информацию лишь в тех случаях, когда информация не поступила или считается непроверяемой. В этом случае с бензином, можно сказать, что если у импортера имеются индивидуальные удостоверяющие данные о стандарте бензина, происходящего из зарубежных компаний производителей, то им бы разрешалось использовать эти данные. А в случае, когда у импортера отсутствуют какие-либо данные об источнике этого бензина или о его стандарте, то к этим можно было бы применить предусмотренные законодательные требования по уровню стандарта бензина.

Мы согласны с выводом выше, сделанным в докладе Группы. Существуют, как указано в докладе, методы проверки, перепроверки, оценки и приведения в исполнение данных, касающихся импортируемых товаров; методы, которые во многих случаях считаются адекватными для продолжения и роста международной торговли между государствами. Соединенные Штаты должны были знать, для того, чтобы эти методы и процедуры работали, необходимы и уместны сотрудничество и соглашения с иностранными переработчиками и иностранными правительствами соответствующих стран.

Апелляционный орган считает, что Соединенные Штаты не использовали возможность заключения соглашений о сотрудничестве с правительствами Венесуэлы и Бразилии, а если и использовали, то не до той

степени, чтобы правительства изъявили свое нежелание в сотрудничестве. В записях данного дела изложены подробные обоснования, выдвинутые Соединенными Штатами. Однако, в записях не имеется информации, указывающей на предпринятые усилия США, заключить соответствующие процедуры о сотрудничестве с правительствами Венесуэлы и Бразилии, с тем чтобы уменьшить административные вопросы и проблемы, на которые ссылаются Соединенные Штаты.

В своих представлениях, Соединенные Штаты также разъяснили, почему требование закона об уровне стандарта не было также применено к внутренним переработчикам. В данном случае, США ссылались на проблемы и трудности, с которыми бы столкнулись национальные перерабатывающие заводы, чтобы следовать требованиям закона. Очевидно, что Соединенные Штаты не считали выполнимым требовать от своих национальных переработчиков, при этом неся физические и финансовые затраты, немедленное соответствие с уставными базовыми стандартами. Соединенные Штаты решили предоставить время национальным переработчикам, чтобы они смогли реструктурировать свои операции и приспособиться к требованиям Закона о бензине. С точки зрения Агентства по охране окружающей среды и переработчиков, это являлось правильной национальной политикой. Тем не менее, мы вынуждены отметить, что, в то время как Соединенные Штаты принимали во внимание затраты его внутренних переработчиков, в записях нет ничего, чтобы указать, что США только проигнорировал такое же суждение, когда дело касалось иностранных переработчиков.

Мы выявили два упущения со стороны Соединенных Штатов: рассмотреть и изучить достаточное количество мер, включая, в частности, сотрудничество с правительствами Венесуэлы и Бразилии, для уменьшения административных вопросов, на которых Соединенные Штаты обосновывали отказ в установлении индивидуальных базовых уровней для иностранных переработчиков; и принять во внимание затраты иностранных переработчиков в результате введения базовых уровней. На наш взгляд, эти два упущения выходят далеко за рамки того, чтобы в первую очередь определить нарушение статьи III:4. Произошедшая дискриминация должна была быть предусмотрена, и не являлась чем-то просто случайным или неизбежным. В свете вышесказанного, мы приходим к выводу, что правила об уровне стандарта бензина в законе, в их применении, являются «неоправданной дискриминацией» и «скрытым ограничением международной торговли». В итоге, мы считаем, что правила об уровне стандарта бензина, хоть и соответствует положениями статьи XX (г), не могут быть обоснованы и мотивированы статьей XX в целом.

Региональные торговые соглашения⁴¹⁵

Региональная интеграция представляет собой деятельность государств по либерализации и упрощению процедур торговли на региональном уровне путем формирования зон свободной торговли, таможенных союзов или единого рынка. В соответствии со статьей XIV ГАТТ 1947 г. под зоной свободной торговли понимается группа из двух или более таможенных территорий, в которых отменены пошлины и другие ограничительные меры регулирования торговли практически ко всем товарам, произведенных на этих территориях⁴¹⁶. Тогда, как таможенный союз представляет собой зону свободной торговли с общими внешними таможенными тарифами и пошлинами при торговле с третьими странами.

Сегодня почти все государства мира являются участниками, по крайней мере, одного или нескольких региональных торговых соглашений⁴¹⁷. Однако, уровень интеграции и их успех значительно варьируются от одного регионального торгового соглашения к другому. На сегодняшний день Европейский Союз представляется самой успешной моделью процесса региональной интеграции, которая не только эффективно функционирует в качестве таможенного союза и общего рынка, но и эффективно интегрирована в систему ВТО и международного торгового порядка в целом.

Постсоветские страны так же, как и многие страны в мире, образуют ряда региональных организаций интеграции с попыткой воспользоваться преимуществами свободной торговли⁴¹⁸, одной из которых является Евразийское экономическое сообщество (ЕврАзЭС). Членами ЕврАзЭС являются Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан и Россия, которая является самым большим, самым сильным и самым влиятельным членом. Республика Молдова, Украина и Армения имеют статус наблюдателей в сообществе. Основные задачи ЕврАзЭС включают эффективное формирование таможенного союза и единого рынка. Однако наряду с этими целями ЕврАзЭС была также создана в целях более эффективного содействия интеграции региона в мировую экономику, формируя ту же позицию в отношении их вступления в ВТО.

⁴¹⁵ Нурзат Мырсалиева, неопубликованная статья (выдержки), 2011.

⁴¹⁶ General Agreement on Tariffs and Trade 1947, Article XXIV, para 8 (b), Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, T.I.A.S. 1700, 55 U.N.T.S. 194.

⁴¹⁷ For the list of registered regional trade agreements visit <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx>.

⁴¹⁸ Regional Integration in the Post-USSR: Legal and Institutional Aspects, Roman Petrov, 10 SUM L. & Bus.Rev.Am. 631.

В настоящее время ЕврАзЭС функционирует как зона свободной торговли, где отсутствуют таможенные пошлины или количественные ограничения на импорт товаров, происходящих из государств-членов ЕврАзЭС, и где налоговые ставки на импорт не превышают внутренних ставок. Таким образом, главной задачей, которую необходимо достигнуть на данный момент, является установление общего таможенного тарифа со всеми третьими странами, который требует согласования или унификации существующих в торговле таможенных пошлин государств-членов. Основные члены ЕврАзЭС, Россия, Казахстан и Белоруссия, уже сформировали единый таможенный тариф приблизительно на 62% тарифных линий. Кроме того, члены ЕврАзЭС в общей сложности приняли около 100 соглашений и других документов, направленных на согласование внешней торговли, налогового, таможенного и тарифного / нетарифного законодательства, а также валютного регулирования, пограничных вопросов, энергетики и транспорта⁴¹⁹. Однако, несмотря на весь этот прогресс и приложенные усилия, успешное формирование таможенного союза все еще далеко от завершения, поскольку одновременное членство Кыргызстана в ВТО создает определенные трудности для создания общих таможенных тарифов. Проблема состоит в том, что Кыргызстан уже установил внешние таможенные пошлины с третьими странами в рамках ВТО и одностороннее изменение таможенных пошлин может привести к нарушению обязательств Кыргызстана в соответствии со статьями I и II Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ).

Система разрешения споров ВТО

Всемирная торговая организация⁴²⁰

ДОГОВОРЕННОСТЬ О ПРАВИЛАХ И ПРОЦЕДУРАХ, РЕГУЛИРУЮЩИХ РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Настоящим члены договариваются о следующем:

Статья 1

Сфера действия и применение

1. Правила и процедуры настоящей Договоренности применяются к спорам, передаваемым на рассмотрение на основе положений о кон-

⁴¹⁹ Trade Policy Review, WT/TPR/S/170, p. 47.

⁴²⁰ http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

сультациях и об урегулировании споров Соглашений, перечисленных в Дополнении 1 к настоящей Договоренности (именуемых в настоящей Договоренности «охваченные соглашения»). Правила и процедуры настоящей Договоренности применяются также к консультациям и урегулированию споров между членами в отношении их прав и обязательств согласно положениям Соглашения об учреждении Всемирной торговой организации (именуемого в настоящей Договоренности «Соглашение о ВТО») и настоящей Договоренности, взятым в отдельности или совместно с любым другим из охваченных соглашений.

Статья 2

Механизм применения Договоренности

1. В целях применения настоящих правил и процедур, а также, при отсутствии иных положений, содержащихся в охваченном соглашении, положений о консультациях и урегулированию споров охваченных соглашений настоящим учреждается Орган по разрешению споров. Соответственно ОРС имеет полномочия создавать третейские группы, принимать доклады третейских групп и Апелляционного органа, контролировать выполнение решений и рекомендаций и разрешать приостановление уступок и других обязательств, которые вытекают из охваченных соглашений. В отношении споров, возникающих в рамках охваченного соглашения, которое является торговым соглашением с ограниченным кругом участников, термин «член», как он используется в настоящей Договоренности, относится лишь к тем членам, которые являются сторонами соответствующего торгового соглашения с ограниченным кругом участников. В случаях, когда ОРС применяет положения об урегулировании споров, изложенные в торговом соглашении с ограниченным кругом участников, только члены, которые являются сторонами этого соглашения, могут участвовать в процессе принятия решений или мер, которые ОРС применяет в отношении данного спора.

В случаях, когда правила и процедуры, изложенные в настоящей Договоренности, предусматривают, что ОРС должен принять решение, оно принимается на основе консенсуса⁴²¹.

⁴²¹ Считается, что ОРС принял решение на основе консенсуса по вопросу, переданному ему на рассмотрение, если ни один из членов, присутствующих на заседании ОРС, в ходе которого было принято решение, официально не возражает против предложенного решения.

Статья 3

Общие положения

1. Члены подтверждают свою готовность соблюдать принципы урегулирования споров, применявшиеся до настоящего времени в соответствии со статьями XXII и XXIII ГАТТ 1947, а также правила и процедуры, в том виде как они развиты и изменены в настоящей Договоренности.

2. Система урегулирования споров ВТО является центральным элементом, обеспечивающим безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы. Члены признают, что система урегулирования споров имеет целью охранять права и обязательства членов по охваченным Соглашениям и вносить ясность в отношении действующих положений этих Соглашений в соответствии с обычными правилами толкования международного публичного права. Рекомендации и решения ОРС не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями.

3. Безотлагательное урегулирование ситуаций, в которых член считает, что выгоды, прямо или косвенно возникающие для него из охваченных Соглашений, сокращаются в результате мер, принятых другим членом, необходимо для эффективного функционирования ВТО и сохранения надлежащего баланса между правами и обязательствами членов.

4. Рекомендации или решения, принимаемые ОРС, должны быть направлены на достижение удовлетворительного урегулирования по данному вопросу в соответствии с правами и обязательствами, вытекающими из настоящей Договоренности и охваченных Соглашений.

5. Все решения по вопросам, официально поставленным на основе положений о консультациях и урегулировании споров охваченных Соглашений, включая арбитражные решения, должны быть совместимы с этими Соглашениями и не должны аннулировать или сокращать выгоды, вытекающие для любого члена из этих соглашений, или препятствовать достижению какой-либо из целей этих соглашений.

6. О решениях, принятых по взаимному согласию, по вопросам, официально поставленным на основе положений о консультациях и урегулировании споров охваченных Соглашений, уведомляются ОРС и соответствующие Советы и Комитеты, в которых любой член может поднять любой вопрос, относящийся к этому.

7. Прежде, чем возбудить дело, член осуществляет свою оценку, будет ли плодотворным действие на основе настоящих процедур. Целью

механизма урегулирования споров является позитивное разрешение спора. Решение, взаимоприемлемое для сторон спора и совместимое с охваченными соглашениями, несомненно, является предпочтительным. При отсутствии взаимоприемлемого решения, первая цель механизма урегулирования споров, как правило, состоит в том, чтобы обеспечить отмену принятых мер, если устанавливается, что они несовместимы с положениями какого-либо из охваченных Соглашений. К применению положения о компенсации следует прибегать только в том случае, если немедленная отмена принятой меры неосуществима, и лишь на временной основе до отмены меры, несовместимой с охваченным Соглашением. Последняя возможность, которую настоящая Договоренность предоставляет члену, прибегающему к процедурам урегулирования споров, - это приостановление действия уступок или других обязательств по охваченным Соглашениям на дискриминационной основе по отношению к другому члену при условии, если ОРС разрешает такие меры.

8. В случаях нарушения обязательств, принятых на основе охваченного соглашения, возбуждаемое дело считается *prima facie* - делом об аннулировании или сокращении выгод. Это означает, что обычно имеется презумпция того, что нарушение правил влечет неблагоприятные последствия для других членов, являющихся сторонами этого охваченного соглашения, и в таких случаях член, на которого подана жалоба, должен опровергнуть обвинение.

10. Понимается, что просьбы о согласительной процедуре и использование процедур урегулирования споров не должны подразумеваться и рассматриваться в качестве спорных действий, и если спор возникает, то все члены должны прибегать к этим процедурам добросовестно с целью разрешения спора. Понимается также, что жалобы и встречные жалобы, касающиеся разных вопросов, не должны объединяться.

11. Настоящая Договоренность применяется только в отношении новых запросов на проведение консультаций, представленных на основе положений о консультациях охваченных соглашений на дату вступления в силу Соглашения о ВТО или после нее. В отношении споров, по которым просьба о консультациях на основе ГАТТ 1947 или любого другого соглашения, предшествующего охваченным соглашениям, была представлена до даты вступления в силу Соглашения о ВТО, продолжают применяться соответствующие правила и процедуры по урегулированию споров, которые действовали непосредственно перед датой вступления в силу Соглашения о ВТО.

12. Несмотря на пункт 11, если на основе одного из охваченных Со-

глашений развивающаяся страна-член подаёт жалобу на развитую страну-члена, то сторона, подавшая жалобу, вместо положений статей 4, 5, 6 и 12 настоящей Договоренности, имеет право ссылаться на соответствующие положения Решения от 5 апреля 1966 г. (BISD 14S/18), за исключением случаев, когда третейская группа сочтет, что срок, предусмотренный пунктом 7 этого Решения, является недостаточным для подготовки ее доклада и, с согласия стороны, подавшей жалобу, этот срок может быть продлен. В тех пределах, в которых имеются различия между правилами и процедурами, изложенными в статьях 4, 5, 6 и 12, и соответствующими правилами и процедурами указанного Решения, последние имеют преимущественную силу.

Статья 4

Консультации

1. Члены заявляют о своей решимости усилить и повысить эффективность процедур проведения консультаций, применяемых членами.

2. Каждый член обязуется с пониманием рассматривать любые заявления, сделанные другим членом по поводу мер, затрагивающих функционирование любого охваченного соглашения, принятых на территории первого члена, и предоставлять соответствующие возможности для консультаций по этим представлениям⁴²².

5. В ходе консультаций, проводимых в соответствии с положениями охваченного Соглашения, до принятия дальнейших шагов на основе настоящей Договоренности, членам следует прилагать усилия для приемлемого урегулирования имеющегося вопроса.

6. Консультации носят конфиденциальный характер и не наносят ущерба правам любого члена при любом дальнейшем разбирательстве.

7. Если консультации не завершаются урегулированием спора в течение 60 дней с даты получения просьбы о консультациях, сторона, подавшая жалобу, может попросить об учреждении третейской группы. Сторона, подавшая жалобу, может попросить учредить третейскую группу в течение указанного 60-дневного периода, если стороны, принимавшие участие в консультациях, совместно сочтут, что в результате консультаций не удалось урегулировать спор.

⁴²² Если положения любого другого из охваченных Соглашений по поводу мер, принятых региональными или местными правительствами или властями на территории члена, отличаются от положений настоящего пункта, то положения такого другого охваченного Соглашения имеют преимущественную силу.

8. В срочных случаях, включая случаи, когда речь идет о скоропортящихся товарах, члены начинают консультации не позднее 10 дней с даты получения просьбы о консультациях. Если консультации не завершаются урегулированием спора в течение 20 дней с даты получения указанной просьбы, то сторона, подавшая жалобу, может потребовать учреждения третейской группы.

9. В срочных случаях, включая случаи, когда речь идет о скоропортящихся товарах, стороны спора, третейские группы и Апелляционный орган прилагают все усилия, чтобы, насколько это, возможно, ускорить разбирательство.

10. В ходе консультаций членам следует уделять особое внимание конкретным проблемам и интересам развивающихся стран-членов.

11. Каждый раз, когда какой-либо член, не входящий в число членов, принимающих участие в консультациях, считает, что он имеет существенный торговый интерес в консультациях, проводимых на основе пункта 1 статьи XXII ГАТТ 1994, пункта 1 статьи XXII ГАТС или соответствующих положений других охваченных Соглашений⁴²³, он может уведомить указанных членов, а также ОРС, в течение 10 дней после даты рассылки просьбы о консультациях, согласно указанной статье, о своем желании присоединиться к консультациям. Указанный член допускается к участию в консультациях при условии, что член, которому была направлена просьба о консультациях, соглашается, что утверждение о наличии существенного интереса обосновано. В этом случае они сообщают об этом ОРС. Если просьба об участии в консультациях отклоняется, то член-заявитель вправе просить проведения консультаций на основе пункта 1 статьи XXII

⁴²³ Соответствующие положения о консультациях в охваченных Соглашениях перечислены ниже: Соглашение по сельскому хозяйству, статья 19; Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных мер, пункт 1 статьи 11; Соглашение по текстильным изделиям и одежде, пункт 4 статьи 8; Соглашение по техническим барьерам в торговле, пункт 1 статьи 14; Соглашение по связанным с торговлей инвестиционным мерам, статья 8; Соглашение по применению статьи VI ГАТТ 1994, пункт 2 статьи 17; Соглашение по применению статьи VII ГАТТ 1994, пункт 2 статьи 19; Соглашение по предотгрузочной инспекции, статья 7; Соглашение по правилам происхождения, статья 7; Соглашение по процедурам импортного лицензирования, статья 6; Соглашение по субсидиям и компенсационным мерам, статья 30; Соглашение по защитным мерам, статья 14; Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, статья 64.1; и соответствующие положения о консультациях торговых соглашений с ограниченным кругом участников, как они определены компетентными органами каждого такого соглашения и уведомлены в ОРС.

или пункта 1 статьи XXIII ГАТТ 1994, пункта 1 статьи XXII или пункта 1 статьи XXIII ГАТС, или соответствующих положений других охваченных Соглашений.

Статья 5

Добрые услуги, согласительная процедура и посредничество

1. Добрые услуги, согласительная процедура и посредничество являются процедурами, которые применяются добровольно, если стороны спора договорятся об этом.

3. Добрые услуги, согласительная процедура или посредничество могут быть запрошены в любое время любой стороной спора. Они могут быть начаты и прекращены в любое время. Когда процедура добрых услуг, согласительная процедура или процедура посредничества прекращена, сторона, подавшая жалобу, может затем обратиться с просьбой об учреждении третейской группы.

6. Генеральный директор может, действуя *ex officio*, предложить добрые услуги, согласительную процедуру или посредничество с целью оказания содействия членам в урегулировании спора.

Статья 6

Учреждение третейских групп

1. Если сторона, подавшая жалобу, попросит об этом, то третейская группа создается, самое позднее, на заседании ОРС, следующим за тем, в ходе которого эта просьба была впервые включена в повестку дня ОРС, если только на указанном заседании ОРС не решает на основе консенсуса не создавать третейскую группу⁴²⁴.

Статья 8

Состав третейских групп

1. Третейские группы формируются из высококвалифицированных правительственных и/или неправительственных специалистов, включая лиц, которые входили в состав третейской группы или представляли дело перед ней, были представителями члена или Договаривающейся Стороны ГАТТ 1947, представителями в Совете или Комитете любого охваченного Соглашения или предшествующего ему Соглашения, в Секретариате, или

⁴²⁴ Если сторона, подавшая жалобу, попросит об этом, заседание ОРС созывается с этой целью в течение 15 дней после подачи просьбы, при условии, что по крайней мере, за 10 дней до заседания о нем будет направлено уведомление.

которые преподавали международное торговое право или торговую политику либо имели публикации в этой области, или служили в качестве старших должностных лиц по вопросам торговой политики какого-либо члена.

2. Члены третейской группы выбираются таким образом, чтобы обеспечить независимость членов, достаточно разностороннюю профессиональную подготовку и широкий спектр практического опыта.

3. Граждане членов, правительства⁴²⁵ которых являются сторонами спора, или третьими сторонами, как это определено в пункте 2 статьи 10, не должны включаться в состав третейской группы по этому спору, если только стороны спора не договорятся иначе.

5. Третейские группы состоят из трех членов, если только в течение 10 дней с даты учреждения третейской группы стороны спора не достигнут соглашения о формировании третейской группы в составе пяти членов. Члены незамедлительно уведомляются о составе третейской группы.

8. Члены принимают на себя обязательство, как правило, разрешать своим должностным лицам входить в состав третейских групп.

9. Члены третейских групп участвуют в них в личном качестве, а не в качестве представителей правительств или организаций. В связи с этим члены не должны давать им указания или стремиться оказывать на них влияние в отношении вопросов, рассматриваемых третейской группой.

10. В случае спора между развивающейся страной-членом и развитой страной-членом третейская группа включает, если развивающаяся страна-член об этом попросит, по крайней мере, одного члена третейской группы из развивающейся страны-члена.

11. Расходы членов третейских групп, включая расходы на поездки и проживание, покрываются из бюджета ВТО в соответствии с нормами, устанавливаемыми Генеральным советом на основе рекомендаций Комитета по бюджету, финансам и административным вопросам.

⁴²⁵ В случае, когда стороной спора являются таможенные союзы или общие рынки, это положение применяется к гражданам всех стран-членов таможенных союзов или общих рынков.

Статья 10

Третьи стороны

1. В ходе рассмотрения в третейских группах полностью учитываются интересы сторон спора и интересы других членов в рамках охваченного Соглашения, имеющего отношение к предмету спора.

2. Любой член, имеющий существенный интерес по вопросу, рассматриваемому третейской группой, и уведомивший о своем интересе ОРС (именуемый в настоящей Договоренности «третья сторона»), имеет возможность выступать перед третейской группой и представлять ей письменные заявления. Эти заявления также передаются сторонам спора и отражаются в докладе третейской группы.

Статья 13

Право запроса информации

1. Каждая третейская группа имеет право запрашивать информацию и технические консультации у любого лица или органа, которые она сочтет подходящими. Однако до того, как третейская группа запросит такую информацию или консультации у какого-либо лица или органа, находящегося под юрисдикцией какого-либо члена, она уведомляет об этом власти этого члена. Член незамедлительно и исчерпывающе отвечает на любой запрос третейской группы о такой информации, которую эта третейская группа сочтет необходимой и соответствующей. Предоставляемая конфиденциальная информация не должна раскрываться без официального разрешения лица, органа или властей члена, которые ее предоставляют.

2. Третейские группы могут запрашивать информацию у любого подходящего источника и могут консультироваться с экспертами для получения их мнения по некоторым аспектам дела. В отношении какого-либо факта, касающегося научного или другого технического вопроса, затронутого стороной спора, третейская группа может запросить у консультативной группы экспертов консультативный доклад в письменной форме. Правила учреждения такой группы и процедура ее работы изложены в Дополнении 4.

Статья 14

Конфиденциальность

1. Обсуждения в третейской группе являются конфиденциальными.

2. Доклады третейских групп составляются без присутствия сторон спора в свете полученной информации и сделанных заявлений.

3. Мнения, выраженные в докладе третейской группы отдельными членами этой группы, являются анонимными.

Статья 16

Принятие докладов третейских групп

1. Чтобы предоставить членам достаточное время для рассмотрения докладов третейских групп, эти доклады до истечения 20 дней с даты, когда они были распространены среди членов, не обсуждаются ОРС с целью принятия.

2. Члены, имеющие возражения по поводу доклада третейской группы, представляют для распространения письменное изложение причин, объясняющих их возражения, по крайней мере, за 10 дней до заседания ОРС, на котором будет рассматриваться доклад третейской группы.

3. Стороны спора имеют право в полной мере участвовать в рассмотрении доклада третейской группы в ОРС, и их мнения должны быть зафиксированы полностью.

Статья 17

Рассмотрение апелляций

Постоянный Апелляционный орган

1. Постоянный Апелляционный орган учреждается ОРС. Апелляционный орган рассматривает апелляции по делам, рассмотренным третейскими группами. Он состоит из семи лиц, из которых по любому одному делу выполняют свои функции трое. Лица, входящие в Апелляционный орган, выполняют свои функции в порядке ротации. Такая ротация определяется процедурой работы Апелляционного органа [...]

13. Апелляционный орган может подтвердить, изменить или отменить правовые выводы и заключения третейской группы.

Статья 19

Рекомендации третейской группы и Апелляционного органа

1. Если третейская группа или Апелляционный орган приходят к выводу, что какая-либо мера не соответствует охваченному Соглашению, они рекомендуют заинтересованному члену⁴²⁶ привести эту меру в соот-

⁴²⁶ “Заинтересованным членом” является сторона спора, которой адресуются рекомендации третейской группы или Апелляционного органа.

ветствие с данным Соглашением⁴²⁷. В дополнение к своим рекомендациям третейская группа или Апелляционный орган могут предложить заинтересованному члену способы выполнения рекомендаций.

Статья 21

Контроль за выполнением рекомендаций и решений

1. Незамедлительное выполнение рекомендаций и решений ОРС является необходимым для обеспечения эффективного урегулирования споров в интересах всех членов.

2. Особое внимание следует уделять вопросам, затрагивающим интересы развивающихся стран-членов в том, что касается мер, которые были предметом урегулирования спора.

3. На заседании ОРС, проводимом в течение 30 дней⁴²⁸ с даты принятия доклада третейской группы или Апелляционного органа, заинтересованный член информирует ОРС о своих намерениях в отношении выполнения рекомендаций и решений ОРС. Если практически невозможно немедленно учесть рекомендации и решения, то заинтересованный член должен иметь в своем распоряжении разумный период времени, чтобы сделать это.

6. ОРС осуществляет контроль за выполнением принятых рекомендаций или решений. Вопрос о выполнении рекомендаций или решений может быть поднят в ОРС любым членом в любое время после их принятия. Если только ОРС не решит иначе, вопрос о выполнении рекомендаций или решений включается в повестку дня заседания ОРС через шесть месяцев с даты определения разумного периода времени в соответствии с пунктом 3 и остается в повестке дня ОРС до решения данного вопроса. По крайней мере, за 10 дней до каждого такого заседания заинтересованный член представляет в ОРС формальный доклад в письменном виде о ходе выполнения рекомендаций или решений.

7. Если вопрос поднят развивающейся страной-членом, ОРС рассматривает вопрос о том, какие дальнейшие действия, которые он мог бы предпринять, были бы надлежащими в данных обстоятельствах.

8. Если дело возбуждено развивающейся страной-членом, то, рассматривая вопрос о том, какие надлежащие действия могли бы быть пред-

⁴²⁷ В отношении рекомендаций в случаях, не связанных с нарушением положений ГАТТ 1994 или любого другого охваченного Соглашения, см. статью 26.

⁴²⁸ Если проведение заседания ОРС не предусматривается в этот период, такое заседание ОРС проводится с этой целью.

приняты, ОРС учитывает не только торговлю, которую затрагивают меры, являющиеся предметом жалобы, но и влияние этих мер на экономику заинтересованной развивающейся страны-члена.

Статья 22

Компенсация и приостановление уступок

1. Компенсация и приостановление уступок или других обязательств являются временными мерами, к которым можно прибегать в случае, когда рекомендации и решения не выполняются в течение разумного периода времени. Однако ни компенсация, ни приостановление уступок или других обязательств не являются более предпочтительными, чем выполнение в полном объеме рекомендации о приведении меры в соответствие с охваченными Соглашениями. Компенсация является добровольной и, в случае предоставления, должна соответствовать охваченным Соглашениям.

2. Если член, которого это касается, не приводит меру, рассматриваемую как несоответствующую охваченному Соглашению, в соответствии с ней или иным образом не выполняет рекомендации и решения в течение разумного периода времени, определенного согласно пункту 3 статьи 21, то такой член должен, если его об этом попросят, начать не позднее, чем по истечении разумного периода времени, переговоры с любой Стороной, прибегнувшей к процедурам урегулирования споров, с целью определения взаимоприемлемой компенсации. Если удовлетворительная компенсация не согласована в течение 20 дней с даты истечения разумного периода времени, любая Сторона, прибегнувшая к процедурам урегулирования споров, может попросить ОРС дать разрешение на приостановление применения к члену, которого это касается, уступок или других обязательств по охваченным Соглашениям.

3. Рассматривая вопрос о приостановлении тех или иных уступок или других обязательств, сторона, подавшая жалобу, применяет следующие принципы и процедуры:

- (a) общим принципом является то, что стороне, подавшей жалобу, вначале следует стремиться к приостановлению уступок или других обязательств в том же секторе (секторах), в котором (ых) третейская группа или Апелляционный орган обнаружили нарушение либо другое аннулирование или сокращение выгод;
- (b) если указанная сторона считает, что приостановление уступок или других обязательств в том же секторе (секторах) является невозможным, то она может стремиться

к приостановлению уступок или других обязательств в других секторах в рамках того же соглашения;

(с) если указанная сторона считает, что приостановление уступок или других обязательств в других секторах в рамках того же соглашения является невозможным или неэффективным, а обстоятельства достаточно серьезны, то она может стремиться к приостановлению уступок или других обязательств в рамках другого охваченного соглашения;

(f) для целей настоящего пункта «сектор» означает:

(i) в отношении товаров - все товары;

(ii) в отношении услуг - основной сектор, как он определен в действующем «Классификационном перечне секторов услуг», который определяет такие сектора⁴²⁹;

(iii) в отношении торговых аспектов прав интеллектуальной собственности, каждую из категорий прав интеллектуальной собственности, охваченных разделами 1, 2, 3, 4, 5, 6 или 7 части II, или обязательства, предусмотренные частью III или частью IV Соглашения по ТРИПС;

(g) для целей настоящего пункта «соглашение» означает:

(i) в отношении товаров - соглашения, перечисленные в Приложении 1А к Соглашению о ВТО и рассматриваемые в целом, а также торговые соглашения с ограниченным кругом участников в той мере, в какой соответствующие стороны спора являются сторонами этих соглашений;

(ii) в отношении услуг - ГАТС;

(iii) в отношении прав интеллектуальной собственности - Соглашение по ТРИПС.

4. Уровень приостановления уступок или других обязательств, разрешенный ОРС, должен соответствовать уровню аннулирования или сокращения выгод.

8. Приостановление уступок или других обязательств носит временный характер и применяется лишь до тех пор, пока мера, рассматриваемая как несоответствующая охваченному соглашению, не будет отменена, или

⁴²⁹ Перечень, который содержится в документе MTN.GNS/W/120, выделяет одиннадцать секторов.

член, который должен выполнять рекомендации или решения, не предложит решения, касающегося аннулирования или сокращения выгод, или не будет достигнуто взаимодовлетворяющее решение. В соответствии с пунктом 6 статьи 21 ОРС продолжает осуществлять контроль за выполнением принятых рекомендаций или решений, включая такие случаи, когда компенсация была предоставлена, либо были приостановлены уступки или другие обязательства, но рекомендации привести меру в соответствие с охваченными Соглашениями не были выполнены.

9. Положения охваченных Соглашений, относящиеся к урегулированию споров, могут применяться в отношении мер, касающихся соблюдения указанных соглашений, принятых региональными или местными правительствами или властями на территории члена. Если ОРС решил, что какое-либо положение охваченного Соглашения не соблюдалось, несущий ответственность член с целью обеспечения его соблюдения должен принять такие разумные меры, которые имеются в его распоряжении. Положения охваченных Соглашений и настоящей Договоренности, касающиеся компенсации и приостановления уступок или других обязательств, применяются в случаях, когда невозможно обеспечить такое соблюдение⁴³⁰.

Статья 23

Укрепление многосторонней системы

1. Если члены стремятся получить возмещение в случае нарушения обязательств либо аннулирования или сокращения выгод, вытекающих из охваченных Соглашений, или в случае затруднения в достижении какой-либо цели охваченных соглашений, они прибегают к правилам и процедурам настоящей Договоренности и твердо их придерживаются.

2. В таких случаях члены:

- (а) не должны принимать решения о том, что нарушение имело место, что выгоды аннулированы или сокращены или что достижение какой-либо цели охваченных Соглашений затруднено, иначе как путем урегулирования споров в соответствии с правилами и процедурами настоящей Договоренности, и принимают любое такое

⁴³⁰ Если положения любого охваченного Соглашения, касающиеся мер, принимаемых региональными или местными правительствами или властями на территории члена, отличаются от положений настоящего пункта, то положения такого охваченного Соглашения имеют преимущественную силу.

решение в соответствии с выводами, содержащимися в докладе третейской группы или Апелляционного органа, принятом ОРС, или решением арбитража, вынесенным в соответствии с настоящей Договоренностью;

- (b) используют процедуры, предусмотренные статьей 21, для определения разумного периода времени с целью дать члену, которого это касается, возможность выполнить рекомендации и решения; и
- (c) используют процедуры, предусмотренные статьей 22, для определения уровня приостановления уступок или других обязательств и получить в соответствии с указанными процедурами разрешение ОРС до приостановления уступок или других обязательств по охваченным соглашениям в ответ на невыполнение членом, которого это касается, рекомендаций и решений в течение разумного периода времени.

Статья 24

Специальные процедуры, касающиеся наименее развитых стран-членов

1. На всех стадиях установления причин спора и процедур его урегулирования, касающихся наименее развитой страны-члена, особое внимание должно уделяться конкретному положению наименее развитых стран-членов. В этом отношении члены должны проявлять необходимую сдержанность в возбуждении дел в соответствии с настоящими процедурами в отношении наименее развитых стран-членов. Если установлено, что аннулирование или сокращение выгод является результатом меры, принятой наименее развитой страной-членом, стороны, подавшие жалобы, проявляют должную сдержанность, запрашивая компенсацию или, добываясь разрешения приостановить применение уступок или других обязательств в соответствии с настоящими процедурами.

2. В делах по урегулированию споров, касающихся наименее развитой страны-члена, когда удовлетворительное решение не было найдено в ходе консультаций, Генеральный директор или председатель ОРС, по просьбе наименее развитой страны-члена, предлагают свои добрые услуги, согласительную процедуру или посредничество с целью оказания содействия сторонам в разрешении спора до поступления просьбы об учреждении третейской группы. Предоставляя указанное выше содействие,

Генеральный директор или председатель ОРС могут консультироваться с любым источником, который любой из них сочтет подходящим.

Статья 25

Арбитраж

1. Ускоренный арбитраж в рамках ВТО как альтернативный способ урегулирования спора может облегчить урегулирование некоторых споров, касающихся вопросов, которые четко определены обеими сторонами.

Статья 27

Функции Секретариата

1. Секретариат отвечает за содействие третейским группам, особенно по правовым, историческим и процедурным аспектам рассматриваемых дел, и за секретарскую и техническую поддержку.

2. При оказании Секретариатом содействия членам в отношении урегулирования споров по их просьбе, может также возникнуть необходимость предоставления дополнительных консультаций по правовым вопросам и помощи в отношении урегулирования споров развивающимся странам-членам. С этой целью Секретариат предоставляет в распоряжение любой развивающейся страны-члена, которая об этом попросит, квалифицированного специалиста по правовым вопросам из служб технического сотрудничества ВТО. Такой специалист оказывает помощь развивающейся стране-члену способом, который обеспечивает неизменную беспристрастность Секретариата.

3. Секретариат организует специальные курсы обучения для заинтересованных членов по вопросам настоящих процедур и практике разрешения споров с целью повышения информированности экспертов членов в этой области.

Дополнение 1

Соглашения, охваченные договоренностью

(А) Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации

(В) Многосторонние торговые соглашения

Приложение 1А: Многосторонние соглашения по торговле товарами

Приложение 1В: Генеральное соглашение по торговле услугами

Приложение 1С: Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности

Двусторонние инвестиционные соглашения

Без сомнения, инвестиции являются важной составляющей экономического развития страны. Готовность инвестора инвестировать в экономику государства зависит от многих экономических, политических, правовых, социальных и других факторов, которые определяют условия инвестиционного риска и безопасности. Одна из главных причин отсутствия прямых иностранных инвестиций это отсутствие безопасности и стабильности в судебной системе, что включает такие проблемы, как коррупция, неисполнение решений суда, неэффективная реализация права и т.д. Таким образом, инвесторы в развивающихся государствах хотят иметь эффективный механизм по разрешению споров, который обеспечит скорость, нейтральность и справедливость судебного процесса.

Двусторонние инвестиционные соглашения (ДИС) являются соглашениями между государствами, которые предназначены решать такие проблемы и служат специальными инструментами и механизмами продвижения и привлечения прямых иностранных инвестиций. ДИС обеспечивают устойчивость правового режима, доверие инвесторов и эффективный механизм по разрешению споров. Содержание ДИС различается в зависимости от экономических и политических факторов. Тем не менее, есть несколько ключевых вопросов, которые регулируются стандартным ДИС: (1) условия по регулированию иностранных инвестиций в принимающей стране; (2) условия государственных гарантий и намерений по поощрению инвестиций; (3) условия защиты и гарантий против возможной полной или частичной экспроприации инвестиций принимающим государством; (4) методы и механизмы по разрешению инвестиционных споров.

Сегодня, ДИС получили признание среди множества государств. Большинство ДИС заключаются между развитым и развивающимся государствами. Согласно тому, что ДИС разработаны, чтобы защитить инвестиции, сделанные инвесторами одного государства на территории другого, многие ДИС напрямую зависят от термина «инвестиции». До настоящего времени, не разработано универсального определения инвестиций. Определение понятия инвестиций зависит от инвестиционной политики государств, экономических интересов и форм инвестиций. Обычно, многие ДИС содержат широкое определение инвестиций, покрывающее различные формы вложений, чтобы обеспечить наивысший уровень защиты.

Одной из возможностей по разрешению споров, содержащаяся в ДИС, является разбирательство между инвестором и государством в Между-

народном центре по разрешению инвестиционных споров (МЦРИС), созданном и регулируемом Конвенцией по разрешению инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств. Арбитражное разбирательство между инвестором и государством является механизмом, который позволяет иностранному инвестору избежать необходимости подавать иск против принимающего государства в его же суды, где государство может иметь преимущество. Таким образом, главная цель этой Конвенции в том, чтобы убраться инвестиционные споры из юрисдикции национальных судов и передать их на рассмотрение специального нейтрального международного органа по разрешению споров.

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств⁴³¹

Договаривающиеся Государства,

учитывая необходимость международного сотрудничества для целей экономического развития и ту роль, которая принадлежит в этой области частным международным инвестициям,

имея в виду вероятность того, что время от времени между Договаривающимися Государствами и физическими или юридическими лицами других Договаривающихся Государств могут возникать споры в связи с такими инвестициями,

признавая, что, хотя в отношении таких споров обычно применяются национальные юридические процедуры, в определенных случаях могут оказаться подходящими международные методы урегулирования,

придавая особое значение наличию структур для международного примирения и арбитража, в которые Договаривающиеся Государства и физические или юридические лица других Договаривающихся Государств могли бы передавать такие споры, если они того пожелают,

желая создать такие структуры под эгидой Международного банка реконструкции и развития,

признавая, что взаимное согласие сторон передать такие споры на примирение или арбитраж с использованием таких структур представляет собой обязательное соглашение, которое требует, в частности,

⁴³¹ 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States 575 UNTS 159, 4 ILM 532 (1965).

чтобы рекомендации примирителей должным образом учитывались, а арбитражные решения выполнялись,

заявляя, что ни одно Договаривающееся Государство в силу одного лишь факта ратификации, принятия или одобрения настоящей Конвенции и без его согласия не будет считаться взявшим на себя обязательство передать какой-либо конкретный спор на примирение или арбитраж,

договорились о нижеследующем:

Статья 1

1. Настоящим создается Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (в дальнейшем именуемый «Центр»).

2. Задачей Центра является предоставление структур для примирения и арбитража в связи с инвестиционными спорами между Договаривающимися Государствами и физическими или юридическими лицами других Договаривающихся Государств в соответствии с положениями настоящей Конвенции.

Глава II Юрисдикция Центра

Статья 25

1. Юрисдикция Центра распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры между Договаривающимся Государством (или любым подразделением или учреждением Договаривающегося Государства, указанным Центру этим государством) и физическим или юридическим лицом другого Договаривающегося Государства, которые стороны в письменной форме согласились передать Центру. Если обе стороны выразили свое согласие, ни одна из них не может отменить его в одностороннем порядке.

2. Термин «физическое или юридическое лицо другого Договаривающегося Государства» означает:

- а) любое физическое лицо, которое имело гражданство иного Договаривающегося Государства, нежели государство, являющееся стороной в споре... ; и
- б) любое юридическое лицо, которое имело национальность иного Договаривающегося Государства, нежели государство, являющееся стороной в споре...

3. Согласие подразделения или учреждения Договаривающегося Государства требуют одобрения со стороны этого государства, если только последнее не уведомит Центр о том, что такого одобрения не требуется.

4. Любое Договаривающееся Государство может во время ратификации, принятия или одобрения настоящей Конвенции или в любой последующий момент уведомить Центр о категории или категориях споров, которые оно будет или не будет считать подпадающими под юрисдикцию Центра.

Статья 27.

1. Ни одно Договаривающееся Государство не предоставляет дипломатической защиты и не предъявляет международного иска в отношении спора, который одно из его физических или юридических лиц и другое Договаривающееся Государство согласились передать или передали на арбитраж на основании настоящей Конвенции, кроме случая, когда другое такое Договаривающееся Государство не соблюдает или не выполняет арбитражное решение, вынесенное по такому спору.

Раздел 6: Признание и исполнение арбитражного решения

Статья 53.

1. Арбитражное решение является обязательным для сторон и не подлежит никакому обжалованию или иному исправлению, за исключением случаев, предусмотренных в настоящей Конвенции. Каждая сторона должна соблюдать и выполнять условия арбитражного решения с тем лишь исключением, когда исполнение приостановлено согласно соответствующим положениям настоящей Конвенции.

Статья 54.

3. Порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается

Указатели

А

Австралия 20, 58, 59, 119, 120, 251, 473

Англия 58, 217, 473

Арбитраж 37, 106, 138, 217, 218, 244,
696, 698, 699, 700

Аргентина 19, 30, 453, 591, 592, 593,
594, 595, 644, 645, 646, 648

Афганистан 400, 473, 485

Б

Базельская конвенция 575, 591, 602,
603

Биоразнообразие 608

Буркина-Фасо 29, 30, 241, 320, 423, 425

В

Венгрия против Словакии 58, 217, 473

Венесуэла 22

Военная комиссия 472

Военнопленные 456, 458

Военные преступления 22

Воссоединение 497

Восточный Тимор 20, 81, 101, 119, 156,
395

Всемирная организация здравоохране-
ния 357, 404

Всемирная торговая организация 216,
404, 642, 681

Всеобщая Декларация Прав Человека
22

Г

ГАТТ 24, 26, 58, 216, 217, 473, 643, 644,
645, 646, 648, 649, 650, 653, 654, 657,
660, 661, 662, 663, 665, 667, 669, 680,
681, 683, 684, 686, 687, 691

Гвинея Бисау против Сенегала 58, 217,
473

Гвинея-Бисау против Сенегала 19, 113,
244

Генеральная Ассамблея 24, 29, 52, 81,
82, 95, 102, 103, 119, 125, 126, 127,
128, 161, 213, 221, 225, 236, 237, 250,
295, 296, 316, 321, 399, 400, 418, 450,
517, 518, 524, 525, 570, 571, 572, 590

Генеральный секретарь 121, 122, 123,
228, 541, 599

Геноцид 28, 30, 58, 70, 117, 130, 217,
396, 473, 535, 546, 547, 548, 549, 550,
554, 555, 562, 563

Германия 22, 23, 40, 58, 79, 133, 134,
135, 136, 170, 171, 186, 209, 217, 231,
473, 618

Гондурас 58, 113, 184, 217, 244, 269, 270,
407, 473

Греция 58, 217, 231, 473

Д

Делимитация морских пространств
165

Дело Каролины 275

Дело ЛаГранд 23, 58, 217, 473

Дело о континентальном шельфе Се-
верного моря 40

Джеймс Кроуфорд 58, 185, 217, 473,
539

Дж. Уильям Фулбрайт 32

Доктрина инкорпорации 58, 217, 230,
473

Документ Монтр, 472, 473

Дополнительные источники права 22,
66

Е

Европейский суд 19, 20, 24, 25, 30, 58,
216, 217, 251, 252, 360, 473, 513, 621

Европейский суд по правам человека
19, 20, 24, 25, 30, 58, 216, 217, 360,
473, 513

Европейский суд Правосудия 25

Ж

Женевская конвенция 58, 166, 217,
426, 457, 469, 473, 476, 481, 488, 523,
524

З

Западная Сахара 22, 23, 91, 93, 158, 395

И

Изменение климата 360, 609

Израиль 58, 127, 217, 259, 285, 463, 464,

- 465, 466, 467, 468, 473, 522, 523, 524, 525
- Иммунитет 71, 121, 122, 123, 144, 181, 206, 207, 537, 538, 661, 663
- Индия 44, 58, 217, 473
- Индонезия 20, 24, 29, 58, 157, 217, 473, 660, 662
- Испания 22, 58, 92, 231, 613
- Италия 58, 84, 217, 473, 591
- К**
- Казахстан 58, 217, 473, 600, 680, 681
- Камрул Ч.З Хоссейн 70
- Канада 58, 217, 473
- Катар против Бахрейна 22, 58, 113, 169, 243
- Киотский протокол 58, 217, 473, 616, 617, 618, 619
- Китай 58, 217, 395, 473
- Комбатанты 58, 217, 437, 456, 473
- Комитет по правам ребенка 299, 386, 405
- Комитет по правам человека 22, 23, 25, 26, 29, 30, 58, 217, 298, 299, 303, 304, 311, 315, 325, 332, 333, 336, 337, 338, 352, 360, 404, 473
- Конвенция Монтевидео 58, 217, 473
- Конго против Бельгии 26, 58, 206, 217, 473, 536
- Конституция Кыргызской Республики 33, 301, 370
- Консультативное заключение Международного Суда ООН 46, 109, 112
- Кот-д'Ивуар 605
- Красный Крест 529
- Красный Полумесяц 529, 531
- Кыргызская Республика 33, 302, 369, 370, 371, 372, 600
- М**
- Малайзия 58, 180, 181
- Манильская декларация 221
- Мартин Диксон 141, 210
- Межамериканская комиссия по правам человека 407, 417, 453
- Международного гуманитарного права 53, 66, 83, 128, 191, 271, 395, 426, 430, 436, 439, 443, 448, 452, 453, 455, 461, 465, 466, 468, 469, 470, 474, 475, 488, 504, 505, 506, 507, 509, 514, 518, 520, 522, 525, 526, 527, 530, 532, 534
- Международный комитет Красного Креста 2, 427
- Международный пакт о гражданских и политических правах 296, 297, 302, 321, 535
- Международный Суд ООН 22, 27, 29, 40, 68, 69, 108, 237, 517
- Международный уголовный суд 140, 396
- Мексика 58, 285
- Н**
- Национальная юрисдикция 163
- Национально-освободительные движения 82, 125
- Нигерия 58
- Никарагуа 20, 47, 58, 61, 68, 69, 71, 102, 113, 153, 154, 155, 172, 173, 182, 183, 184, 185, 190, 191, 200, 238, 239, 244, 260, 262, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 283, 395, 407, 440, 446, 597
- Новая Зеландия против Франции 22, 192
- Норвегия 42, 58, 676
- О**
- ОБСЕ 217, 312, 313, 359
- Объективная территориальность 145
- Организация освобождения Палестины 128
- П**
- Палестина 126, 524, 525
- Панама 58
- Постоянная палата международного правосудия 66, 201, 206, 236, 397
- Право на жизнь 22, 23, 26, 137, 292, 311, 359, 361, 632
- Практические директивы 138
- Преступления против человечности 16, 535, 543, 547, 556, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 567, 568, 569, 702
- Применение силы 22
- Принцип равенства 5, 95, 292, 703

- Принцип различия 428, 703
 Проект Габчиково-Надьмарош 6, 8, 27, 106, 195, 205, 703
 пропорциональность 62, 261, 271
- Р**
 Режим наибольшего благоприятствования 18, 642, 660, 703
 резолюция Генеральной Ассамблеи 52, 109, 124
 Румыния против Украины 7, 25, 170, 703
 Рэйнбоу Ворриор 8, 22, 179, 192, 703
- С**
 самоопределение 7, 11, 20, 101, 102, 103, 119, 120, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 222, 225, 228, 292, 296, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 400, 447, 524, 540
 Совет Безопасности 6, 49, 70, 81, 102, 104, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 214, 215, 216, 220, 221, 224, 226, 227, 236, 237, 251, 265, 284, 285, 318, 395, 396, 441, 487, 503, 505, 508, 524, 560, 703
 Совет по правам человека 137, 401, 402, 603, 634, 703
 Сомали 58, 318, 395, 400, 703
 Специальный докладчик 17, 245, 308, 513, 603, 604
 Субъективная территориальность 145, 703
 Суд Справедливости Европейского Союза 255
 США 2, 3, 7, 8, 9, 18, 23, 26, 31, 98, 133, 134, 155, 178, 182, 183, 184, 186, 190, 191, 213, 217, 231, 232, 238, 239, 262, 267, 269, 270, 271, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 285, 288, 289, 369, 395, 399, 405, 470, 487, 517, 541, 574, 605, 606, 643, 646, 647, 648, 649, 661, 665, 666, 667, 668, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 703
- Т**
 Таджикистан 600, 680, 703
 Теория имплементации 233
 теория трансформации 229, 233, 703
- Территориальная юрисдикция 144, 201
 Туркменистан 600, 703
 Турция 145, 147, 149, 153, 703
- У**
 Узбекистан 22, 333, 334, 336, 337, 600, 703
 Устав ООН 5, 8, 9, 10, 72, 90, 214, 218, 258, 265, 283, 285, 703
- Ф**
 Финляндия 58, 703
- Ч**
 Чили 58, 400, 407, 703
- Ш**
 Швеция 58, 473, 703
- Э**
 Эстония 17, 31, 619, 703
 Эфиопия 58, 240, 703
- Ю**
 Югославия 27, 58, 210, 395, 703
 Южная Африка 28, 58, 395, 473, 586, 703
 Юрисдикция 23, 67, 68, 113, 142, 143, 144, 146, 148, 150, 151, 152, 156, 163, 179, 201, 210, 230, 396, 537, 539, 542, 579, 599, 702, 703
- Я**
 ядерное оружие 47, 49, 50, 51, 249, 263, 271, 440, 441, 442, 444
 Ян Браунли 5, 77, 703
 Япония 18, 31, 58, 649, 650, 653, 661, 662, 703
- ***
 erga omnes 158, 240, 703
 «jus ad bellum» 447, 448, 449
 JUS AD BELLUM 14, 447
 jus cogens 41, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 102, 116, 117, 118, 210, 703
 «Jus Cogens» 5, 69, 70
 jus in bello 58, 217, 473
 “Jus in bello” 14, 447
 mens rea 58, 217, 473, 547, 550, 703
 opinio juris 40, 50, 51, 52, 68, 69, 72, 158, 442, 703
 statu nascendi 83, 703
 terra nullius 91, 703

ХРЕСТОМАТИЯ
Действующее международное
право

Дизайнер обложки

Толобек Нурдинов

Верстка

Тойгожаев Нургали

Тираж 400 экз. Заказ № 125

Типография ОсОО «Алтын Принт»
720000, г. Бишкек, ул. Орозбекова, 44
Тел.: (+996 312) 62-13-10
e-mail: romass@front.ru

Бишкек 2012