

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
30 May 2012
Russian
Original: English

Комиссия международного права**Шестьдесят четвертая сессия**

Женева, 7 мая — 1 июня и 2 июля — 3 августа 2012 года

**Формирование и свидетельства международного
обычного права****Записка Специального докладчика Майкла Вуда****I. Введение****A. Включение темы в программу работы Комиссии
международного права**

1. Предложение новой темы под названием «Формирование и свидетельства международного обычного права» обсуждалось Рабочей группой по долгосрочной программе работы в ходе шестьдесят второй и шестьдесят третьей сессий Комиссии международного права в 2010 и 2011 годах¹. Настоящую записку следует читать вместе с конспектом, который содержится в приложении А к докладу Комиссии за 2011 год (A/66/10) и включает подробную библиографию. В начале приложения А отмечается:

Вопросы, касающиеся источников, занимают центральное место в международном праве. Работа Комиссии в этой области являлась одним из наиболее важных и успешных видов ее деятельности, но она в значительной степени сводилась к праву международных договоров.

2. На своей шестьдесят третьей сессии Комиссия решила включить в свою долгосрочную программу работы тему «Формирование и свидетельства международного обычного права» на основе конспекта, содержащегося в приложении А (см. A/66/10, пункт 365).

3. В ходе шестьдесят шестой сессии Генеральной Ассамблеи в 2011 году в Шестом комитете была выражена поддержка данной темы. Было высказано

¹ См. A/66/10, пункты 32 и 365. Рабочая группа учреждалась заново Группой по планированию Комиссии международного права ежегодно в течение последнего пятилетнего периода под руководством Энрике Кандиоти.



предложение о том, чтобы по итогам работы было составлено практическое руководство с комментариями для судей, юрисконсультов и практикующих юристов. Хотя прозвучало утверждение, что кодификация темы не должна являться самоцелью, было также отмечено, что систематически описать процесс формирования обычных норм без размыwania самой природы обычая, ограничения его гибкости и непрекращающейся эволюции будет непросто. Что касается методологии, то здесь особо отмечалось, насколько важно проводить различие между практикой государств и практикой международных судов и трибуналов, с одной стороны, и практикой государств и практикой национальных судов — с другой. Комиссию также настоятельно призвали с осторожностью подходить к рассмотрению вопроса о роли односторонних актов в выявлении международного обычного права (A/CN.4/650, пункт 65).

4. В пункте 7 резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии включить тему «Формирование и свидетельства международного обычного права» в свою долгосрочную программу работы, а также соответствующие замечания, сделанные государствами-членами в Шестом комитете.

5. На своей шестьдесят четвертой сессии Комиссия постановила включить тему «Формирование и свидетельства международного обычного права» в свою текущую программу работы и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме (см. A/CN.4/SR.3132).

6. В настоящей записке представлены первоначальные соображения Специального докладчика, в первую очередь по вопросу о сфере охвата темы. Также в записке изложена предварительная программа работы по рассмотрению темы и, по мере возможности, ее завершению в ходе текущего пятилетнего периода (2012–2016 годы).

7. В разделе II записки перечислены некоторые предварительные вопросы, которые предстоит проработать. В разделе III Специальный докладчик рассматривает вопрос о сфере охвата данной темы и возможных итогах работы Комиссии по данной теме. Предварительная программа работы приводится в разделе IV.

В. Цель настоящей записки

8. Большую помощь в составлении конспекта темы, представленного в приложении А к докладу Комиссии Генеральной Ассамблее (A/66/10), оказали обсуждения, проведенные в рамках Рабочей группы по долгосрочной программе работы в предыдущий пятилетний период. В приложении А была предпринята попытка учесть многие из высказанных членами Рабочей группы мнений. Однако по понятным причинам многие члены нынешнего состава Комиссии в тех обсуждениях не участвовали.

9. Эта записка подготовлена с тем, чтобы стимулировать первоначальные обсуждения и обмен мнениями по теме в ходе второй части шестьдесят четвертой сессии Комиссии. В записке не предпринимается попытка вдаваться в детали: скорее, это — перечень основных тезисов, составленный таким образом, чтобы дать общее представление о теме и задать направление (или цель) обсуждений в Комиссии в ходе второй части текущей сессии.

10. Основная цель Специального докладчика в ходе второй части нынешней сессии — запросить первоначальные мнения членов Комиссии по вопросу о сфере охвата темы, о методологии, которую следует использовать, и о возможных итогах работы. Весьма полезно для Специального докладчика будет услышать первоначальные мнения членов Комиссии по теме в целом с учетом предварительных соображений, изложенных в следующих разделах записки. Эти мнения помогут Докладчику своевременно составить первый (предварительный) доклад к шестьдесят пятой сессии Комиссии в 2013 году.

II. Предварительные вопросы

11. Ниже приводится перечень вопросов, которые планируется рассмотреть в первом, предварительном докладе в 2013 году.

A. Предыдущая работа Комиссии по данной теме

12. Много в работе Комиссии касается выявления международного обычного права, хотя, как правило, она придерживается осторожного подхода в том, что касается проведения различия между кодификацией международного права и его прогрессивным развитием. Например, Комиссия непосредственно занималась вопросами формирования международного обычного права в ходе работы над текстом, впоследствии ставшим статьей 38 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года. И уже в первые годы ее существования в повестке дня Комиссии значилась тема «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права»².

B. Работа Ассоциации международного права над формированием международного обычного права

13. Работа Ассоциации международного права в период с 1984/85 по 2000 год завершилась принятием в 2000 году «Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права» (с комментариями)³. Подготовленный Ассоциацией документ, включающий

² На своей первой и второй сессиях в 1949 и 1950 годах в соответствии с мандатом, содержащимся в статье 24 Положения о Комиссии международного права, Комиссия рассмотрела тему «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права». В итоге был подготовлен авторитетный доклад, подтолкнувший к изданию различных важных публикаций на национальном и международном уровнях (См. *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, document A/1316, paras. 24-94).

³ Резолюция 16/2000 («Формирование общего международного обычного права»), принятая 29 июля 2000 года Ассоциацией международного права. См. *International Law Association, Report of the Sixty-ninth Conference, London*, p. 39. Прения в ходе пленарных заседаний, см. стр. 922–926. Текст Лондонского заявления о принципах опубликован на стр. 712–777 этого доклада, а доклад о проводившейся в 2000 году рабочей сессии Комитета по формированию (общего) международного обычного права имеется на стр. 778–790. В шести промежуточных докладах Комитета содержатся и другие подробные материалы.

33 принципа с сопутствующими комментариями, встретил как поддержку, так и критические замечания, с которыми также можно ознакомиться.

С. Международное обычное право как один из источников международного публичного права и его взаимосвязь с другими источниками

14. В качестве справки, возможно, было бы интересно обратиться к материалам разработки статьи 38.1 Статута Международного Суда, о которой часто говорят, что она «составлена неудачно»⁴. Одним из значимых аспектов данной темы, который планируется подробно рассмотреть в одном из последующих докладов, является взаимосвязь между международным обычным правом и международными договорами. Также планируется изучить взаимосвязи между «международным обычным правом» и «общим международным правом», «общими принципами права» и «общими принципами международного права». (Термин «общее международное право» встречается часто в наши дни, но, как представляется, его смысл несколько отличается от сути понятия «международное обычное право».) Важно проводить различие между нормами международного обычного права и вежливостью/простым обыкновением, равно как и между обычным правом и «мягким правом» и между *lex lata* и *lex ferenda*.

Д. Терминология/определения

15. Для начала следует уделить некоторое время обсуждению употребления и значения термина «международное обычное право», или «нормы международного обычного права», который, как представляется, используется чаще других (таких как «обычное международное право», «обычай» или «международный обычай»). Могла бы оказаться полезной разработка краткого лексикона соответствующих терминов на шести официальных языках Организации Объединенных Наций.

Е. Значение и роль международного обычного права в международной правовой системе

16. Было бы полезно вкратце рассмотреть международное обычное право «как право» и периодически высказываемые сомнения относительно его роли в международной правовой системе.

Ф. Теории обычая и подходы в связи с выявлением норм международного обычного права

17. Помощь в обосновании подхода, который в конечном итоге предстоит принять Комиссии, может оказать краткое описание основных теорий обычая, сведения о которых можно почерпнуть из письменных трудов по данной теме.

⁴ Ibid., final report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, para. 6.

Важны теоретические обоснования этого предмета (например, в том что касается соответствующих ролей практики и *opinio juris*), даже если конечная цель будет состоять в предоставлении практической помощи тем, кто призван исследовать нормы международного обычного права.

G. Методология

18. По предварительным соображениям Специального докладчика наиболее надежным ориентиром в исследовании данной темы могут служить прецеденты международных судов и трибуналов, особенно Международного Суда и Постоянной Палаты Международного Суда. Предварительный доклад мог бы содержать описательный обзор подхода к международному обычному праву со стороны международных судебных органов, главным образом на примере прецедентов Международного Суда⁵. Другим ориентиром могут служить прецеденты национальных судов, работа неправительственных организаций в области кодификации и труды специалистов по публичному праву.

19. Будет необходимо рассмотреть общие вопросы методологии, такие как относительное значение, которое следует придавать эмпирическому исследованию практики государств, по сравнению с дедуктивными умозаключениями. Трудности и возможные варианты подробно рассмотрены в заключительном докладе Комитета Ассоциации международного права⁶. Верно и то, что методология может испытывать влияние практических соображений, особенно в мире, где насчитывается почти 200 государств, однако эта проблема на самом деле не нова. Практика других субъектов международного права, особенно международных организаций, также может иметь значение.

III. Охват темы и возможные итоги работы Комиссии

20. В практическом плане уже на ранних этапах важно определить охват темы и подумать о возможных итогах. В этом Комиссии должен помочь настоящий раздел записки. В первом пункте приложения А к докладу Комиссии за 2011 год (A/66/10) отмечалось, что название темы «не помешало бы Комиссии, если это окажется целесообразным, вникать в смежные аспекты, однако основное внимание было бы уделено формированию (процессу, в ходе которого происходит развитие норм международного обычного права) и свидетельствам в этой области (выявлению таких норм)». Специальный докладчик полагает, что это утверждение точно отражает охват темы.

21. Во избежание ненужного перехлеста следует четко обозначить сферу охвата темы по отношению к другим темам, когда-либо фигурировавшим в повестке дня Комиссии, будь то в прошлом или настоящем. К числу таких тем относятся «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные ди-

⁵ См. одно из решений последнего времени *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 55, в котором Суд ссылается на «критерии, неоднократно устанавливаемые им для выявления нормы международного обычного права».

⁶ International Law Association (note 3 above), final report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, paras. 1–10.

версификацией и расширением сферы охвата международного права»⁷ и «Договоры сквозь призму времени»⁸. Это не должно вызывать практических трудностей, поскольку разграничительные линии, вероятно, вполне различимы. Например, если вопрос о влиянии международных договоров на формирование международного обычного права входит в состав настоящей темы, то роль международного обычного права в толковании договоров ею не охватывается.

22. Настоящая тема охватывает международное обычное право в целом. Принимая во внимание единство международного права и тот факт, что «международное право является правовой системой» (A/61/10, пункт 251(1)), Специальный докладчик не считает целесообразным или правильным для целей рассмотрения настоящей темы разделять право на самостоятельные отрасли. Такой же базовый подход к формированию и выявлению международного обычного права применяется вне зависимости от того, о какой именно отрасли права идет речь. Работа Комиссии по этой теме будет в равной степени значима для всех отраслей международного права, включая, например, «обычное право прав человека», «международное обычное гуманитарное право» и «международное обычное уголовное право». Однако следует подумать над тем, следует ли для выявления конкретных норм международного обычного права применять различные методики, и если следует, то в какой степени⁹.

23. Один из конкретных вопросов, который следует изучить, заключается в том, должна ли данная тема охватывать возникновение новых императивных норм общего международного права (“*jus cogens*”)¹⁰. На сегодняшний день Специальный докладчик полагает, что это — самостоятельный предмет, который не следует рассматривать в рамках настоящей темы. Например, императивные нормы встречаются в международных договорах не реже, чем в международном обычном праве¹¹.

24. Не следует ожидать, что итогом этой работы станет набор жестких правил определения норм международного обычного права¹². Напротив, цель заключается в том, чтобы разъяснить процесс формирования и определения норм международного обычного права на основе руководящих указаний и практики. Исходная точка в обсуждении общей цели рассмотрения Комиссией данной темы обозначена в приложении А (A/66/10, приложение А, пункт 4):

⁷ Об итогах работы Комиссии над этой темой см. A/61/10, пункт 251, и A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1.

⁸ Краткий обзор работы Комиссии над этой темой в период 2008–2011 годов см. A/66/10, пункты 333–344.

⁹ См. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 73 («для целей настоящего дела наиболее уместная практика государств представлена в решениях национальных судебных органов ...»).

¹⁰ Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, статья 64.

¹¹ К такому же выводу пришел Комитет Ассоциации международного права, см. International Law Association (сноска 3 выше), final report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, introduction, para. 8.

¹² Комитет Ассоциации международного права говорит об «изложении соответствующих норм и принципов в понимании Комитета. ...некое практическое руководство для тех, кто призван применять право или консультировать по вопросам его применения, равно как и для ученых и студентов. Многие могут испытывать потребность в относительно кратких и четких руководящих указаниях по данному предмету, который нередко вызывает серьезную озабоченность» (ibid., para. 4).

Цель состоит не в стремлении к кодификации «норм» для формирования международного обычного права. Напротив, цель состоит в представлении авторитетной ориентации для тех, кто призван выявлять нормы международного обычного права, включая судей национальных и международных инстанций. Будет важно избегать чрезмерной категоричности. Одной из существенных черт формирования международного обычного права по-прежнему является гибкость. Ввиду этого окончательный итог работы Комиссии в этой области мог бы выразиться в одной из целого ряда форм. Один из вариантов состоял бы в представлении свода предложений с комментариями.

25. Специальный докладчик полагает, что подобающим итогом работы Комиссии над настоящей темой будет свод «выводов» с комментариями¹³.

IV. Предварительный график разработки темы

26. В своем докладе Генеральной Ассамблее за 2011 год Комиссия в сжатой форме указала, что ожидается от Специальных докладчиков (см. A/66/10, пункт 372). Среди прочего, от них ожидается, чтобы они ежегодно готовили содержательный доклад объемом желательно не более 50 страниц. Касаясь работы Группы по планированию, Комиссия указала: «Группе следует сотрудничать со Специальными докладчиками и координаторами Исследовательских групп для определения в начале работы над какой-либо новой темой примерного графика разработки темы в течение ряда лет, как это может потребоваться, и периодически проводить обзор достижения ежегодных целей такого графика, при необходимости внося в него коррективы» (A/66/10, пункт 378(iii)).

27. В приложении А было предложено, из соображений удобства, рассматривать тему в четыре этапа: основные вопросы и сбор материалов; некоторые ключевые вопросы, касающиеся выявления практики государств и *opinio juris*; конкретные темы; выводы (A/66/10, приложение А, пункт 6). В связи с этим предлагается следующий примерный график рассмотрения темы «Формирование и свидетельства международного обычного права»:

2012 год: предварительная записка и первоначальное обсуждение в Комиссии. Главная цель — дать Специальному докладчику возможность собрать первоначальные мнения членов Комиссии относительно охвата, методологии и возможных итогов работы над темой и изучить информацию, которую планируется запросить у государств¹⁴.

2013 год: первый доклад Специального докладчика (по некоторым из предварительных вопросов, включая упомянутые в разделе II выше) и дальнейший сбор материалов.

¹³ Аналогичного подхода придерживался и Комитет Ассоциации международного права (см. сноску 4 выше).

¹⁴ Такая информация могла бы включать а) любые официальные заявления (например, в ходе судебных разбирательств), касающиеся формирования международного обычного права; б) любые значимые дела в национальных или региональных судах, проливающие свет на данную тему; в) любые письменные труды или исследования, проводимые национальными институтами (помимо перечисленного в приложении А).

2014 год: второй доклад Специального докладчика (посвященный практике государств и *opinio juris*)¹⁵. В этом докладе будут содержаться некоторые «выводы».

2015 год: третий доклад Специального докладчика (по ряду конкретных тем)¹⁶. Этот доклад будет включать дополнительные «выводы».

2016 год: четвертый доклад Специального докладчика — консолидированный и доработанный полный свод «выводов» для рассмотрения и утверждения Комиссией.

¹⁵ В пункте 8 приложения А отмечалось, что второй этап мог бы охватывать некоторые ключевые вопросы традиционного подхода к выявлению норм международного обычного права, в частности практики государств и *opinio juris*:

- i) выявление практики государств. Что можно считать «практикой государств»? Действия и бездействие, словесные и физические акты. Каким образом государства могут изменять свою позицию в отношении нормы международного права? Решения национальных судов и трибуналов (и реагирование на них исполнительной власти). Помимо государств, чьи могут быть акты? Определенных международных организаций, например Европейского союза? «Представительность» практики государств (включая региональное разнообразие);
- ii) природа, функция и выявление *opinio juris sive necessitatis*;
- iii) взаимосвязь между обоими элементами — практикой государств и *opinio juris sive necessitatis* — и их соответствующая роль в выявлении норм международного обычного права;
- iv) каким образом возникают новые нормы международного обычного права; как односторонние меры государств могут приводить к разработке новых норм; критерии для оценки того, приводят ли отклонения от обычной нормы к изменению в обычном праве; потенциальная роль молчания/молчаливого согласия?
- v) роль «особо затрагиваемых государств»;
- vi) элемент времени, а также интенсивность практики; «немедленное» международное обычное право;
- vii) могут ли критерии выявления нормы обычного права варьироваться в зависимости от содержания нормы или области, к которой она принадлежит?

¹⁶ В пункте 9 приложения А было высказано предположение, что на третьем этапе можно было бы охватить конкретные темы, в частности:

- i) теория «последовательно возражающей стороны»;
- ii) договоры и формирование международного обычного права; договоры в качестве возможных свидетельств об области международного обычного права; «взаимное влияние»/взаимозависимость между договорами и международным обычным правом;
- iii) резолюции органов международных организаций, включая Генеральную Ассамблею Организации Объединенных Наций, и международных конференций и формирование международного обычного права; их значение в качестве возможного проявления международного обычного права;
- iv) формирование и выявление норм специального международного обычного права в отношениях между некоторыми государствами (региональные, субрегиональные, местные или двусторонние — «индивидуализированные» нормы международного обычного права). Игрет ли согласие особую роль в формировании специальных норм международного обычного права?