



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

8 March 2016

Russian

Original: English

Комиссия международного права**Шестьдесят восьмая сессия**

Женева, 2 мая — 10 июня и 4 июля — 12 августа 2016 года

**Четвертый доклад по теме «Выявление международного
обычного права»,****подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом***

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Предложения государств и других сторон относительно принятых в предварительном порядке проектов выводов	4
III. Поправки, которые предлагается внести в проекты выводов в свете высказанных замечаний	14
IV. Пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права	15
V. Будущая программа работы	23
Приложение	
Предлагаемые поправки к проектам выводов	24

* Специальный докладчик выражает признательность г-ну Омри Сендеру за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада. Специальный докладчик хотел бы также, пользуясь возможностью, поблагодарить г-на Жан-Батиста Мерлена за работу, которую он проделал по рассматриваемой теме в качестве «франкоговорящего контактного лица» по инициативе Французского общества международного права.



I. Введение

1. В 2012 году Комиссия международного права включила тему «Формирование и свидетельства международного обычного права» в свою текущую программу работы и провела первоначальные обсуждения на основе предварительной записки, подготовленной Специальным докладчиком¹.

2. В 2013 году Комиссия провела общие прения на основе первого доклада Специального докладчика² и меморандума Секретариата, озаглавленного «Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме»³. Комиссия поменяла прежнее название темы на новое — «Выявление международного обычного права»⁴.

3. В 2014 году Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика⁵ и подтвердила, что поддерживает применение двухэлементного подхода к выявлению международного обычного права. После обсуждений Редакционному комитету на рассмотрение были представлены предлагаемые проекты 11 выводов, содержащиеся во втором докладе, и он принял в предварительном порядке восемь из них⁶.

4. В третьем докладе Специального докладчика⁷, подготовленном для рассмотрения Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии в 2015 году, была предпринята попытка доработать проекты выводов. С этой целью в нем были рассмотрены некоторые вопросы, не охваченные во втором докладе, а также ряд других вопросов, к которым Комиссия решила вернуться в 2015 году. В частности, в нем был продолжен анализ взаимосвязи между двумя конститутивными элементами; более подробно рассматривались вопросы о бездействии как одной из форм практики и/или доказательства признания правовой нормы (*opinio juris*) и о релевантности практики международных организаций; изучалась роль международных договоров и резолюций, судебных решений и трудов юристов; а также рассматривались партикулярное международное обычное право и норма о настойчиво возражающей стороне государстве.

5. Комиссия провела обсуждения по третьему докладу Специального докладчика с 13 по 21 мая 2015 года⁸. Члены Комиссии подтвердили, что поддерживают двухэлементный подход, и сошлись во мнении о том, что результатом работы по этой теме должен быть набор практических выводов с комментариями, призванный помочь практикующим специалистам и другим субъек-

¹ Документ A/CN.4/653, «Формирование и свидетельства международного обычного права».

² A/CN.4/663.

³ A/CN.4/659.

⁴ Summary record A/CN.4/SR.3186 (25 July 2013), pp. 5–6.

⁵ A/CN.4/672.

⁶ See statement of the Chairman of the Drafting Committee (7 August 2014), available at http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E. Редакционный комитет не смог рассмотреть два проекта выводов из-за того, что ему не хватило времени, и еще один проект вывода был исключен.

⁷ A/CN.4/682.

⁸ См. краткие отчеты A/CN.4/SR.3250, 3251, 3252, 3253 и 3254 (13, 15, 19, 20 и 21 мая 2015 года); доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят восьмой сессии (4 мая — 5 июня и 6 июля — 7 августа 2015 года) (A/70/10), пункты 62–107.

там в выявлении норм международного обычного права. Кроме того, было предложено детализировать сформулированные в докладе проекты выводов, и в этой связи было высказано множество конкретных предложений.

6. После обсуждений предлагаемые проекты выводов, содержащиеся в третьем докладе, были переданы на рассмотрение Редакционного комитета, который принял в предварительном порядке восемь проектов выводов, а также новые пункты для двух проектов выводов, одобренных на предыдущей сессии. Председатель Редакционного комитета представил 29 июля 2015 года на пленарном заседании доклад, посвященный работе Комитета по этой теме на шестьдесят седьмой сессии и содержащий все 16 проектов выводов, принятых Комитетом в предварительном порядке на шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессиях⁹.

7. Комиссия 6 августа 2015 года приняла к сведению проекты выводов 1–16, утвержденные в предварительном порядке Редакционным комитетом¹⁰. При этом Комиссия исходила из того, что на своей следующей сессии она рассмотрит возможность принятия в первом чтении проектов выводов, а также комментариев к ним.

8. Кроме того, Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум о роли решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления международного обычного права. В этом меморандуме рассматриваются подготовительные материалы по пункту 1 статьи 38 Статута Международного Суда, после чего проводится анализ судебной практики различных международных судов и трибуналов с целью сформулировать некоторые замечания общего характера. Эти замечания соответствуют тому подходу, которого Комиссия придерживается в отношении решений национальных судов в рамках настоящей темы, рассматривая их как одну из форм практики государств или одно из доказательств признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) и одновременно как одно из вспомогательных средств для цели выявления существования и содержания той или иной нормы международного обычного права¹¹.

9. В ходе обсуждений, проведенных в Шестом комитете в 2015 году, делегации в целом высоко оценили работу, проделанную Комиссией по рассматриваемой теме к тому моменту, и прагматичный подход, которого она при этом придерживалась. В частности, делегации вновь высказались в поддержку общего подхода, который применяется в проектах выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, и выразили надежду на то, что проекты выводов будут приняты Комиссией в первом чтении на ее шестьдесят восьмой сессии. Они высказали ценные комментарии и предложения по вопросам, которые рассматриваются в проектах выводов¹². Кроме того, следуя при-

⁹ A/CN.4/L.869. See also the statement of the Chairman of the Drafting Committee, available at http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf&lang=EF.

¹⁰ A/70/10, пункт 60.

¹¹ A/CN.4/691, меморандум Секретариата, озаглавленный «Роль решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления международного обычного права».

¹² Шестой комитет рассмотрел этот доклад Комиссии международного права на своих 17–25-м заседаниях, проведенных 2, 3, 4, 6 и 9–11 ноября 2015 года (A/C.6/70/SR.19–23). См. также документ A/CN.4/689, содержащий подготовленное Секретариатом

меру ряда других государств, Швейцария представила обстоятельное письменное заявление в ответ на просьбу Комиссии к государствам представить информацию, имеющую отношение к рассматриваемой теме.

10. В разделе II настоящего доклада рассматриваются некоторые из основных комментариев и предложений, высказанных государствами относительно 16 проектов выводов, принятых Редакционным комитетом в предварительном порядке в 2014 и 2015 годах. Комиссии предлагается пересмотреть проекты выводов (и комментарии к ним) с учетом этих комментариев до их принятия в первом чтении. В разделе III Специальный докладчик предлагает ряд небольших изменений, которые, если Комиссия примет такое решение, будут внесены на данном этапе в текст проектов выводов, ранее принятый Редакционным комитетом в предварительном порядке¹³. После этого в разделе IV рассматриваются пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, то есть вопрос, которым Комиссия, как известно, занималась порядка 65 лет назад. В указанном разделе проводится обзор ранее проделанной работы как основы для дальнейшего рассмотрения Комиссией этого вопроса в настоящее время. В разделе V содержатся предложения в отношении дальнейшей работы по этой теме.

II. Предложения государств и других сторон относительно принятых в предварительном порядке проектов выводов

11. Специальный докладчик провел обширные консультации по проектам выводов, принятым Редакционным комитетом в предварительном порядке, и принял участие в целом ряде совещаний, на которых они обсуждались, включая совещание неформальной группы экспертов по международному обычному праву Афро-азиатской консультативно-правовой организации (ААКПО), проведенное в августе 2015 года в Банги (Малайзия)¹⁴. В частности, множество ценных предложений, за которые Специальный докладчик весьма признателен, выдвинули участники обсуждений в Шестом комитете. Как об этом говорится ниже, некоторые из затронутых вопросов можно рассмотреть в комментариях. Еще часть затронутых вопросов можно рассмотреть в текущем году на этапе первого чтения, а остальные вопросы, возможно, будет целесообразно рассмотреть на этапе второго чтения. Специальный докладчик будет признателен членам Комиссии за их мнения по вопросам, о которых говорится ниже; его собственные мнения по этим вопросам, представленные ниже, являются по большей части предварительными и будут, разумеется, обсуждаться в Комиссии.

тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семидесятой сессии, пункты 15–27.

¹³ Аналогичную последовательность действий предложил Специальный докладчик по вопросу об ответственности международных организаций в своем седьмом докладе (A/CN.4/610, пункт 4 и далее (27 марта 2009 года)), и Комиссия согласилась с его предложением.

¹⁴ Some of the contributions to the meeting in Bangi are to be published in 15 *Chinese Journal of International Law* (2016). See also S. Yee, "Report on the ILC Project on 'Identification of Customary International Law'", 14 *Chinese Journal of International Law* (2015) 375–398.

12. Был поднят вопрос об использовании термина «выводы» в отношении итогов работы Комиссии по рассматриваемой теме; учитывая, что целью этой работы является подготовка практического руководства, которое помогало бы установить, существует ли та или иная обычно-правовая норма и каково ее содержание, некоторые участники обсуждений задались вопросом о том, не является ли более подходящим термин «руководящие принципы». Специальный докладчик предлагает обсудить этот вопрос на этапе второго чтения, с тем чтобы исходить при этом из характера проектов выводов, которые будут приняты на тот момент.

13. Было отмечено также, что проект вывода 1 («Сфера охвата») в строгом понимании не имеет отношения к выявлению международного обычного права и что содержащийся в нем текст является по сути введением и его можно перенести в комментарии общего характера, которые Специальный докладчик намерен представить Комиссии. Специальный докладчик склонен согласиться с этим предложением, поскольку аналогичными соображениями Редакционный комитет руководствовался, когда в 2015 году принял решение по теме «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами»¹⁵. Это изменение можно внести в проекты выводов либо в текущем году, либо на этапе второго чтения.

14. Одна из делегаций в Шестом комитете предложила сделать проекты выводов более подробными. Как Специальный докладчик уже отмечал ранее и как показали обсуждения, состоявшиеся после этого в Комиссии, необходимо исходить из того, что проекты выводов должны быть, с одной стороны, четкими и лаконичными, а с другой стороны — всеобъемлющими. Следует отметить, что ряд проектов выводов были детализированы во втором и третьем докладах, после обсуждений, состоявшихся на пленарных заседаниях и в Редакционном комитете. Другие важные моменты планируется осветить в проектах комментариев. Специальный докладчик намерен обеспечить, чтобы в комментариях соответствующие вопросы освещались более углубленно и подробно и чтобы комментарии читались вместе с проектами выводов как единое целое. Он будет признателен за любые новые предложения в этой связи.

15. В ходе обсуждений в Шестом комитете было с обеспокоенностью отмечено, что, поскольку в проектах выводов перечислен целый ряд потенциальных форм доказательств существования обычно-правовых норм, может создаться впечатление, что формирование и выявление международного обычного права — это простой процесс. Хотя такая обеспокоенность понятна, упоминание о многочисленных формах практики государств и различных вариантах их действий, могущих служить доказательствами признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), отражает лишь тот факт, что государства осуществляют свои полномочия различными способами, не ограничиваясь лишь узким набором действий. Это не означает, что существование норм международного обычного права может быть установлено с легкостью, особенно если учитывать, что в принципе «стороны, участвующие в формировании обычая, — это суверенные государства, которые сами принимают решения и вырабатывают нормы права в обществе. Признание ими практики в качестве правовой нормы

¹⁵ Соответствующее предложение Специального докладчика по теме «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» было утверждено Редакционным комитетом в 2015 году. See the statement of the Chairman of the Drafting Committee (30 July 2015), p. 2.

самым непосредственным образом составляет важнейшую основу обычного права»¹⁶. В соответствии с принятыми в предварительном порядке проектами выводов Специальный докладчик намерен в проектах комментариев четко оговорить, что для выявления существования и содержания той или иной нормы международного обычного права необходимо выявить практику, которая завоевала среди государств такое признание, что ее можно считать выражением юридически закреплённого права или обязательства. Проверкой всегда должен служить ответ на вопрос «Существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы?»

16. Ряд делегаций высказали мнение о том, что в проектах выводов и комментариев нельзя обойти вниманием вопрос о формировании международного общего права, напомнив при этом, что изначально рассматриваемая тема была сформулирована как «Формирование и свидетельства международного обычного права». Специальный докладчик склонен согласиться с этой точкой зрения, в частности поскольку выявление существования и содержания той или иной нормы международного обычного права может предполагать изучение процесса ее формирования. В проектах выводов периодически прямо или косвенно упоминается о формировании норм международного обычного права, и то же самое планируется сделать в проектах комментариев. В то же время цель работы по данной теме — выявление существования (или же отсутствия) и содержания международных обычно-правовых норм в тот или иной момент времени. Перед юристами, судьями и арбитрами стоит задача выявить нормы права в том виде, в котором они существуют — или существовали — в определенный момент времени, а не проследить, каким образом право развивалось со временем и может развиваться в будущем. Как было решено ранее, в рамках настоящей работы не ставится цель объяснить мириады факторов и процессов, связанных с формированием норм международного обычного права с течением времени, — особенно учитывая стремление сохранить гибкость этих процессов, присущую им в силу их природы.

17. С вышесказанным тесно связан другой вопрос, затронутый некоторыми делегациями, а именно вопрос о том, что трудно определить конкретный момент, когда накопилась критическая масса практики, сопровождаемой признанием в качестве правовой нормы (*opinio juris*), и, соответственно, на свет появилась норма международного обычного права. Одна из делегаций отметила, что аналогичные трудности возникают при попытке установить точный момент, когда стороны международного договора начинают сознавать себя связанными юридическим обязательством, которое распространяется также на государства, не являющиеся участниками этого договора. Эти замечания отражают тот факт, что нормы международного обычного права возникают не в какой-то определенный момент времени, а «формируются в результате «интенсивного диалектического процесса», протекающего с участием различных субъектов международного сообщества»¹⁷. Следует вновь отметить, однако, что проекты выводов призваны помочь определить, можно ли в тот или иной

¹⁶ H. Waldock, "General Course on Public International Law", 106 *Recueil des Cours* (1962) 49.

¹⁷ J.R. Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech at the Spring Conference of the ILA British Branch, 23 May 2014 (citing P. Allott, 'Language, Method and the Nature of International Law' 45 *British Yearbook of International Law* (1971) 103, 129).

конкретный момент считать, что этот процесс произошел¹⁸. Многое при этом зависит от того, в какой момент времени рассматриваются имеющиеся доказательства.

18. Несколько делегаций высказали весьма ценные замечания в отношении процесса оценки доказательств по двум конститутивным элементам, о которой в настоящее время говорится в проекте вывода 3. Эти замечания планируется отразить в комментариях, разъяснив, что именно имеется в виду в проекте вывода, когда в нем говорится о необходимости уделять внимание «общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть найдены данные доказательства». В соответствии с предложением ряда делегаций, в комментариях будет разъясняться также, что требование о проведении отдельной оценки по каждому из двух конститутивных элементов международного обычного права не исключает возможности использования в некоторых случаях одних и тех же материалов для удостоверения и наличия практики, и признания такой практики в качестве права (*opinio juris*).

19. Была выражена обеспокоенность по поводу того, что практика международных организаций, о которой в пункте 2 проекта вывода 4 говорится, что она «также» способствует формированию международного обычного права или отражает его, ставится на тот же уровень, что и практика государств, несмотря на слова «в некоторых случаях». Утверждалось, что это не находит подтверждения в действующем международном праве, в котором практика международных организаций (за исключением Европейского союза), хотя она и играет важную косвенную роль, не способствует напрямую формированию или выражению международного обычного права. В этой связи было предложено упразднить пункт 2 и либо разъяснить роль международных организаций в комментарии, либо посвятить этому вопросу отдельный проект вывода. Однако другие участники обсуждения высказались за то, чтобы сохранить пункт 2 в его нынешней редакции, и некоторые из них отметили, что международные организации нельзя рассматривать изолированно (а также представили ряд соответствующих проектов предложений). Было отмечено также, что в проектах выводов в целом в их нынешнем виде вопрос о международных организациях рассматривается не вполне последовательно, поскольку местами речь очевидно идет лишь о практике государств.

20. Специальный докладчик по-прежнему считает, что практика международных (неправительственных) организаций может в некоторых случаях сама по себе способствовать формированию или выражению норм международного обычного права. Релевантность такой практики сложно отрицать в случае Европейского союза, а также, по сути, в любом случае, когда государства-члены поручают международной организации выполнить от их имени действия, относящиеся к сфере их компетенции. Релевантность практики международных организаций не должна ставиться под сомнение; более того, признается, что практика международных организаций — по меньшей мере в их отношениях

¹⁸ See also K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd revised edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 54 («Авторы в целом сходятся во мнении о том, что момент формирования обычая — и, соответственно, момент, когда соответствующая обычная правовая норма становится обязательной, — точно установить невозможно, поскольку он по сути дела неосознаем. Мы можем лишь установить, существует ли обычай в тот или иной конкретный момент и, в лучшем случае, по итогам анализа практики сделать некоторые предположения в отношении того, как обычай будет развиваться»).

между собой — может способствовать формированию или свидетельствовать о существовании норм международного обычного права, обязательных к соблюдению в рамках таких отношений¹⁹. В то же время, как подчеркнули несколько делегаций, поскольку международные организации не являются государствами и сильно различаются между собой (не только по своим полномочиям, но и по своему членскому составу и своим функциям), их практику следует в каждом конкретном случае оценивать осторожно. Этот момент следует четко оговорить в комментарии к нынешнему пункту 2. Еще одним вариантом — если не считать возможные изменения, о которых говорится в пункте 19 выше, — может быть пересмотр текста пункта 2 либо на данном этапе, либо на этапе второго чтения, после того, как государства смогут ознакомиться с проектом комментария к нему. Специальный докладчик будет признателен членам Комиссии за любые дополнительные соображения по этому вопросу.

21. Пара делегаций выразили обеспокоенность по поводу того, что пункт 3 проекта вывода 4, касающийся поведения субъектов, не являющихся государствами и международными организациями, сформулирован слишком строго и что в нем не признается должным образом тот важный вклад, который такие субъекты могут вносить в международную практику, связанную с их работой, и, возможно, в развитие международного обычного права. При этом было упомянуто, в частности, о Международном комитете Красного Креста (МККК). Специальный докладчик хотел бы обратить внимание на то, что далее в пункте 3 говорится «но может быть релевантно при оценке практики [государств и международных организаций]» и что эта формулировка отражает признание того, что хотя поведение «других субъектов» не способствует напрямую созданию или выражению норм международного обычного права, оно вполне может играть важную (хоть и косвенную) роль в развитии международного обычного права и выявлении его норм. Собственно говоря, именно работа МККК и его существенный вклад в развитие международного обычного гуманитарного права (в виде поощрения или фиксирования практики государств и признания ими практики в качестве нормы права (*opinio juris*))²⁰ в немалой степени послужили источником вдохновения для текста пункта 3.

¹⁹ Этот принцип, по всей видимости, признается в Венской конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, в преамбуле которой упоминается о «[кодификации и прогрессивном развитии] норм, касающихся договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями» и подтверждается (также в преамбуле), что «нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»; см. также статью 38 Конвенции. Следует отметить также, что в действующих стандартных положениях и условиях Европейского банка реконструкции и развития, касающихся кредитных и гарантийных соглашений и других соглашений о финансировании, признается, что источниками международного публичного права в случае споров между Банком и стороной соглашения о финансировании могут быть, в числе прочего, «формы международного обычая, включая практику государств и международных финансовых институтов, которая является столь общей, последовательной и давно закрепившейся, что ее существование привело к появлению правовых обязательств» (курсив добавлен) (*European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions* (1 December 2012), Sect. 8.04(b)(vi)(C)).

²⁰ See also *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY Appeal Chambers (2 October 1995), para. 109 («Как хорошо известно, МККК весьма активно содействует развитию, применению и распространению норм

22. Пересмотренные положения проектов выводов, касающиеся бездействия как одной из форм практики и/или признания в качестве нормы права (*opinio juris*), после более детального рассмотрения этого вопроса Комиссией в 2015 году получили широкую поддержку. Многие делегации вновь подчеркнули, что релевантность бездействия как доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) следует оценивать осторожно: нельзя ожидать, что государства будут реагировать на все происходящее, и поэтому рассматривать их бездействие как значимое с точки зрения права следует лишь при определенных обстоятельствах. В этой связи делегации приветствовали подготовку Редакционным комитетом в 2015 году пункта 3 проекта вывода 10 и предложили дополнительно разъяснить требования, касающиеся ценности бездействия как доказательства, в комментарии к нему. Специальный докладчик согласен с этим предложением и намерен в проекте комментария четко оговорить не только то, что речь идет исключительно о ситуациях, когда обстоятельства требуют определенной реакции на соответствующую практику, но и то, что если государство не знало или же, как можно предположить с достаточной долей вероятности, могло не знать о существовании какой-либо практики либо если пока не истек период времени, разумно необходимый государству для того, чтобы отреагировать, то его бездействие не может быть расценено как следствие его убежденности в том, что такая практика является обязательной (или допустимой) согласно международному обычному праву.

23. Одна из делегаций выразила обеспокоенность по поводу того, что пункт 2 проекта вывода 7 (который в его нынешнем виде гласит, что в тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может придаваться меньшее значение) может поставить в неблагоприятное положение те государства, где вследствие независимости судебной власти и разногласий

международного гуманитарного права. В том плане, который мы рассматриваем, а именно с точки зрения появления обычно-правовых норм, касающихся внутренних вооруженных конфликтов, МККК внес весомый вклад, призывая стороны вооруженных конфликтов соблюдать нормы международного гуманитарного права. Следует отметить, что в условиях вооруженных конфликтов немеждународного характера МККК содействует применению враждующими сторонами базовых принципов гуманитарного права. Кроме того, когда это возможно, он пытается убедить конфликтующие стороны соблюдать Женевские конвенции 1949 года или по меньшей мере их основные положения. В случаях, когда стороны или одна из сторон отказываются соблюдать большинство норм международного гуманитарного права, МККК настаивает на том, чтобы они соблюдали как минимум общую статью 3. Это показывает, что МККК выступает за то, чтобы общие принципы гуманитарного права применялись и в случае внутренних вооруженных конфликтов, и содействует этому. Соответственно, фактические результаты, которых достиг МККК, добиваясь соблюдения международного гуманитарного права, могут рассматриваться как элемент фактически существующей международной практики; этот элемент заметен способствовал возникновению или кристаллизации обычно-правовых норм»); T. Meron, 'The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law', 90 *American Journal of International Law* (1996) 238, 245, 247 («Конечно, МККК — это не государство и не межправительственная организация, а объединение, созданное в соответствии с гражданским правом Швейцарии. Соответственно, он не является непосредственным участником процесса формирования международного права, который, согласно признанной теории источников такого права, по-прежнему осуществляется исключительно государствами и в котором, кроме государств, некоторую роль играют также неправительственные организации. ... [Однако он] оказывает влияние на практику государств и, соответственно, опосредованно — на развитие обычного права»).

между правительством и парламентом могут выражаться различные мнения или же, по меньшей мере, акцент может делаться на различных нюансах. Специальный докладчик хотел бы в этой связи отметить, что по вопросам, касающимся международных отношений, государства все же, как правило, пытаются выражать единое мнение и что в рассматриваемом проекте вывода не делается попытки занять ту или иную позицию в отношении внутренних правил в каком-либо государстве. В частности, как это будет дополнительно разъяснено в проекте комментария, слово «может» в проекте этого вывода указывает на то, что оценка практики государства в целом должна проводиться внимательно и осторожно. Пример такого подхода можно найти в деле о рыболовстве, где Международный Суд отметил в отношении релевантной практики, что «не следует придавать слишком большого значения немногочисленным двусмысленностям и противоречиям, будь то реальным или кажущимся. ... Их можно легко понять, учитывая разнообразие фактов и условий, имевших место в течение длительного времени»²¹. Как бы то ни было, при проведении такой оценки следует принимать во внимание статус соответствующих государственных органов согласно конституции соответствующего государства, включая вопрос о том, кому из них принадлежит последнее слово в соответствующем вопросе²².

24. Было отмечено, что тогда как проект вывода 12 верно гласит, что резолюции сами по себе не могут создавать нормы международного обычного права, точно так же обстоит дело с международными договорами, однако проект вывода, касающегося договоров (проект вывода 11), не содержит аналогичной прямой формулировки. Проект вывода 11 сформулирован исходя из того понимания, что базовое правило, согласно которому договор в принципе не может создавать обязательств для третьих сторон, всем хорошо известно; вместо этого в проекте вывода 11 составители посчитали нужным разъяснить, каким образом договоры могут проливать свет на существование и содержание норм международного обычного права²³. В то же время, как это будет разъяснено в комментарии, слова «если установлено, что» призваны ясно дать понять, что удостовериться в том, что та или иная содержащаяся в договоре формулировка действительно соответствует предполагаемой норме международного обычного

²¹ *Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138.

²² See, for example, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 136, para. 83 (где Суд отметил, что, «согласно греческому законодательству», мнение, выраженное Греческим специальным верховным судом, превалирует над мнением Эллинского верховного суда).

²³ Следует отметить, что в деле о континентальном шельфе Северного моря Международный Суд отметил, что, если регистрируется «очень широкое и представительное участие в конвенции... при условии, что в ней участвуют также государства, интересы которых особо затрагиваются», это «может» само по себе быть достаточным для того, чтобы преобразовать договорную норму в норму международного обычного права (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73). Иными словами, в некоторых обстоятельствах многосторонний договор может «в силу собственного влияния» (para. 70) привести к появлению нормы международного обычного права. Однако, как недавно отмечалось, «Суд проявил осторожность и не стал делать определенного вывода в отношении даже возможности такого метода. ... Так или иначе, само по себе широкое участие в нормативной конвенции в практике Суда ни разу не было достаточным для подтверждения обычной нормы» (P. Tomka, 'Custom and the International Court of Justice', 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (2013) 195, 207).

го права, нельзя, просто исходя из текста договора; в каждом отдельном случае существование соответствующей нормы должно быть подтверждено практикой (и ее признанием в качестве правовой нормы (*opinio juris*)).

25. Несколько делегаций подчеркнули, что при оценке релевантности и значения резолюций международных организаций и межправительственных конференций для выявления норм международного обычного права следует проявлять большую осторожность. Участники обсуждения сошлись во мнении о том, что, как это было отмечено в третьем докладе, лишь некоторые резолюции могут свидетельствовать о существовании или формировании той или иной нормы права и что это зависит от множества факторов, которые в каждом конкретном случае необходимо внимательно анализировать. Специальный докладчик намерен обеспечить, чтобы необходимость проявлять осторожность и внимательность дополнительно разъяснялась в комментарии и чтобы в нем указывалось, какие именно факторы должны приниматься во внимание. В соответствии с предложением, высказанным в Шестом комитете, планируется также в этой связи подчеркнуть особое значение работы Генеральной Ассамблеи как форума, имеющего почти универсальный членский состав.

26. Ряд делегаций предложили посвятить отдельный вывод роли материалов Комиссии в выявлении международного обычного права или по меньшей мере прямо упомянуть о роли ее материалов в комментарии к проекту вывода 14 («Доктрины»). Было отмечено, что, учитывая статус Комиссии как вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи и ее отношения с государствами, эти материалы не равноценны научным трудам. Специальный докладчик согласен с тем, что Комиссия действительно играет особую роль в этом отношении, и напоминает, что это подчеркивалось также членами Комиссии в ходе обсуждений в 2015 году. В проекте комментария планируется оговорить, что решение Комиссии, подтверждающее существование и содержание той или иной нормы международного обычного права (или же вывод Комиссии о том, что нормы не существует), имеет особое значение, и разъяснить, почему. Кроме того, о важности работы Комиссии как катализатора формирования практики государств и выражения правовой позиции упоминается в проектах других выводов, в частности в проектах, посвященных формам практики, формам доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) и потенциальной релевантности договоров. Как отметила одна из делегаций, результаты работы Комиссии могут также находить отражение в резолюциях Генеральной Ассамблеи. Отразить эти моменты планируется в комментариях к соответствующим проектам выводов.

27. Включение в документ проекта вывода о настойчиво возражающем государстве было поддержано почти всеми делегациями, которые поднимали этот вопрос в Шестом комитете, что является отражением широкого признания существования этой нормы в международном праве²⁴. Однако ряд делегаций вы-

²⁴ Примеры из практики государств и прецедентного права международных судов и трибуналов см. в третьем докладе по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/682, пункты 86 и 87 и примечания к ним); а также J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press, 2016) (в целом, но особенно во второй главе, стр. 55: «существует... более чем достаточно доказательств, подтверждающих существование сегодня нормы, касающейся настойчиво возражающего государства. Принятие и применение государствами этой нормы, особенно если принимать во внимание все более заметное ее судебное подтверждение и ее повсеместность в

разили обеспокоенность по поводу того, что признание этой нормы в проектах выводов может дестабилизировать международное обычное право или что на нее будут ссылаться в качестве способа избежать выполнения обязательств по международному обычному праву. В этой связи Специальный докладчик намерен обеспечить, чтобы в комментарии, как и в самом проекте вывода 15, подчеркивалось, что с этой нормой связаны строгие требования, включая требование о том, что, как только международная обычно-правовая норма сформировалась, возражение, которое государство не выразило ранее, не освобождает его от ее обязательной силы. Несколько делегаций предложили рассмотреть в проекте комментария вопрос о настоячивых возражениях и императивных нормах (*jus cogens*). Однако Комиссия еще на раннем этапе работы решила не рассматривать *jus cogens* в рамках настоящей темы и приступила к рассмотрению вопроса о таких нормах в рамках отдельной темы.

28. Одна из делегаций выразила сомнения в необходимости многократного высказывания государством возражения против формирующейся нормы международного обычного права (в том числе после того, как она сформировалась) для того, чтобы сохранить статус настойчиво возражающего. Было предложено, чтобы вместо этого государству, которое один раз четко дало понять, что не желает следовать формирующейся норме, не приходилось впоследствии вновь и вновь заявлять об этом; в таком случае государство теряет статус настойчиво возражающего, только если в своей последующей практике или правовых позициях прямо заявляет о согласии с новой нормой и отходит от прежнего убеждения. Хотя такой подход не лишен преимуществ, он, как представляется, не учитывает той правовой силы, которую может иметь молчание (в тех случаях, когда оно равносильно признанию), и приуменьшает значение бездействия как для развития, так и для выявления норм международного обычного права. Вместе с тем государства не обязаны возражать постоянно; в комментарии планируется пояснить, что возражение должно повторяться только тогда, когда обстоятельства требуют повторения возражения (например, если молчание или бездействие могут быть расценены как то, что государство больше не возражает)²⁵. Была также высказана мысль о том, что к этому требованию следует подходить взвешенно и прагматично.

научных кругах, свидетельствуют о том, что эта норма действительно является вторичной нормой международно-правовой системы»). See also Wolfke, *supra* note 18, at 66 («Довод о том, что на практике такие возражения [высказываемые настойчиво возражающим государством] редко принимаются и возражающие государства в конечном итоге признают общую практику и вытекающий из нее обычай не подрывает принцип настойчиво возражающего государства. Напротив, он просто демонстрирует, что по причинам, не имеющим отношения к праву, а именно в силу так называемого «социального контекста», на практике отдельным государствам сложно, если не невозможно, длительное время сопротивляться общему развитию международного права»); G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) (стр. 112: «Опыт показывает, что общественное давление часто приводит к ситуациям, когда возражающие государства оказываются вынуждены признать новые нормы, завоевавшие широкую поддержку в международном сообществе. Однако возможность реального сохранения статуса настойчиво возражающего государства не следует путать с признанным правом не соглашаться с новыми обычными нормами»).

²⁵ See also *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 305, para. 130; M. Bos, «The Identification of Custom in International Law», 25 *German Yearbook of International Law* (1982) 9, 37 («следует подчеркнуть, что молчание не всегда означает признание, поскольку государства не могут

29. Некоторые делегации выразили обеспокоенность по поводу того, что упоминание о нормах партикулярного международного обычного права, которые по определению применимы лишь в отношениях между ограниченным числом государств, может быть воспринято как поощрение фрагментации международного права. Эта обеспокоенность понятна, но существование норм партикулярного международного обычного права нельзя отрицать (оно было признано, в том числе в судебной практике Международного Суда)²⁶. Хотя нормы партикулярного международного обычного права на практике применяются не столь часто, иногда они играют существенную роль в межгосударственных отношениях, поскольку отражают особенные интересы и ценности небольшого круга государств. Соответственно, указания в отношении выявления таких норм (в том числе пояснение о том, что в их отношении применяются более строгие критерии) могут оказаться полезными. При этом Специальный докладчик хотел бы оговорить в комментариях, что не исключена возможность постепенного превращения норм партикулярного международного обычного права в нормы общего международного обычного права²⁷.

считаться обязанными постоянно протестовать против всего, что им не угодно. Чтобы имели место правовые последствия, нужны надлежащие основания, требующие от них действия в той или иной форме»); I.C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence in International Law", 31 *British Yearbook of International Law* (1954) 143 («Таким образом, признание принимает форму молчания или отсутствия возражений в обстоятельствах, которые обычно требуют положительной реакции, которая означала бы возражение»). Это соответствует подходу, который нашел отражение в пункте 3 проекта вывода 10, касающегося бездействия как одной из форм доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

²⁶ См. третий доклад по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/682), пункт 80.

²⁷ See also *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law — Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682 (13 April 2006), para. 201 («эти региональные факторы влияния представляются значимыми именно потому, что они утратили свой изначально ограниченный в географическом отношении характер и в итоге внесли вклад в развитие универсального международного права»); R.Y. Jennings, 'Universal International Law in a Multicultural World', in M. Bos and I. Brownlie (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford University Press, 1987) 41 («[Универсальность международного права] отнюдь не означает, что в нем нет места для региональных различий, возможно даже по принципиально важным вопросам. ... Такие различия легко вписываются в любую правовую систему, включая правовые системы суверенных государств. Универсальность не означает единообразия. Она означает однако, что такие региональные международно-правовые нормы, сколь бы отличными они ни были, являются частью всей системы, а не отдельной системой, и в конечном итоге являются действительными благодаря существованию системы в целом»); B. Sepúlveda-Amor, "Comments on Fawcett and Obregón", in M.J. Aznar and M.E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law, Fourth Volume* (Hart Publishing, 2015) 39–43 («Примечательно, что некоторые доктрины и нормы, зародившиеся в этом регионе [Латинская Америка] в XIX и XX веках, сначала во многих кругах считались экстравагантными и противоречащими праву цивилизованных наций. Однако в конечном итоге некоторые из них стали неотъемлемой частью общего международного права. Хрестоматийным примером в этой связи является принцип *uti possidetis juris* ...»); D. Pulkowski, 'Theoretical Premises of 'Regionalism and the Unity of International Law'', in M.J. Aznar and M.E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law, Fourth Volume* (Hart Publishing, 2015) 77, 84–85 («существование региональных норм в качественном отношении оказывает не больше влияния на единство права, чем другие явления современного правотворчества. Региональное право является подвидом партикулярного международного

III. Поправки, которые предлагается внести в проекты выводов в свете высказанных замечаний

30. Принимая во внимание предложения, поступившие в период после шестьдесят седьмой сессии, Специальный докладчик предлагает внести в проекты выводов, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом в 2014 и 2015 годах, ограниченное число небольших изменений. Как отмечалось выше, в текущем году либо на этапе второго чтения вполне можно будет рассмотреть возможность внесения в них дополнительных изменений. Для удобства предлагаемые поправки к проектам выводов приводятся (в виде выделенного текста) в приложении к настоящему докладу.

31. Предлагается внести дополнительную ясность в пункт 2 проекта вывода 3 («Оценка доказательств по обоим элементам») и акцентировать его контекст, заменив формулировку «наличие каждого элемента следует удостоверить отдельно», относящуюся к двум конститутивным элементам международного обычного права, на формулировку «наличие каждого из двух элементов следует удостоверить отдельно».

32. В пункт 1 проекта вывода 4 («Требование наличия практики») предлагается внести небольшие изменения с целью более четко указать не только то, чья практика в первую очередь является релевантной для выявления норм международного обычного права, но то, какую роль эта практика играет. Это добавит точности и будет лучше соответствовать названию проекта вывода. Среди прочего предлагается заменить слова «формированию или выражению» словами «выражающей или создающей», и эта предлагаемая поправка опирается на формулировку Международного Суда, содержащуюся в деле о *континентальном шельфе* (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия) и гласящую, что фактическая практика государств «выражает или создает обычно-правовые нормы»²⁸. Это позволит также сделать в этом пункте более сильный упор на задачу выявления нормы. Таким образом, этот пункт будет гласить:

«Требование — как элемент международного обычного права — в отношении наличия всеобщей практики касается в первую очередь практики государств как выражающей или создающей нормы международного обычного права».

33. Если в пункт 1 проекта вывода 4 будут внесены эти изменения, то соответствующие поправки будут внесены также в пункты 2 и 3 проекта вывода 4.

34. В пункте 2 проекта вывода 6 («Формы практики») предлагается исключить формулировку «поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции». Хотя такое поведение иногда является релевантным в качестве практики государств, на

права [от многосторонних договоров с ограниченным числом участников до почти универсальных многосторонних конвенций] и, соответственно, привносит ни больше и ни меньше хаоса в международную систему, чем другие формы партикуляризма»).

²⁸ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 46, para. 43 («... следует учитывать, что, как сам Суд ясно отметил в том решении [1969 года], он занимается анализом концепций и принципов, лежащих, по его мнению, в основе фактической практики государств, которая выражает или создает обычно-правовые нормы»).

деле оно чаще используется как доказательство признания или же в качестве правовой нормы (*opinio juris*) как доказательство непризнания; кроме того, в пункте 2 проекта вывода 6 не приводится исчерпывающий перечень форм практики. Разумеется, упоминание о «поведении в связи с резолюциями» будет сохранено в пункте 2 проекта вывода 10, в котором перечисляются возможные формы доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

35. В пункте 1 проекта вывода 9 («Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)») предлагается заменить слова «быть принята с» словом «сопровождаться». Формулировку «быть принята с» легче истолковать как включающую правовую позицию и государств, которые придерживаются соответствующей практики, и государств, имеющих возможность реагировать на нее; эта же формулировка использовалась недавно Международным Судом в его решении по делу о *юрисдикционных иммунитетах государств* в 2012 году²⁹.

36. В пункте 1 проекта вывода 12 («Резолюции международных организаций и межправительственных конференций») предлагается заменить слова «не может создавать» словами «не создает», поскольку такая формулировка лучше отражает фактологическую, а не нормативную природу проекта вывода и является более удачной со стилистической точки зрения.

37. В пункте 2 проекта вывода 12 предлагается, во-первых, в английском тексте заменить слово “establishing” словом “determining” для обеспечения большей согласованности терминологии, использующейся в проектах выводов (слово “determine” используется в проектах выводов 1, 2, 13, 14 и 16, когда речь идет о нормах международного обычного права). Предлагается также исключить слова «или способствовать его развитию», с тем чтобы акцент в проекте вывода делался полностью на выявлении международного обычного права; о потенциальном вкладе резолюций международных организаций и неправительственных конференций в развитие права можно упомянуть в комментарии.

IV. Пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права

38. Уже давно признано, что на практике существуют трудности с доступом к доказательствам, позволяющим удостовериться в существовании практики государств и *opinio juris*. Существование этих трудностей, обусловленных, разумеется, самой природой международного обычного права как *lex non scripta*³⁰,

²⁹ See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55 («... дело в том, что предоставление иммунитета в подобном случае не сопровождается необходимым *opinio juris* и, соответственно, не позволяет пролить свет на вопрос, находящийся на рассмотрении Суда»), and p. 135, para. 77 («Эта практика сопровождается *opinio juris*, как об этом свидетельствуют позиции государств и практика ряда национальных судов, ясно давших понять, что, по их мнению, международное обычное право предусматривает предоставление иммунитета»).

³⁰ See also S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984) 56 («Соответственно, доказательства обычного права [поскольку оно по сути зиждется на

было признано также Комитетом по прогрессивному развитию международного права и его кодификации («Комитетом 17») в 1947 году³¹. В этой связи Комитет в своем докладе Генеральной Ассамблее рекомендовал, чтобы «КМП рассмотрела вопрос о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права»³², и для выполнения этой рекомендации в раздел Положения о Комиссии (1947 год), озаглавленный «Кодификация международного права», была включена статья 24. Статья 24 гласит:

«Комиссия рассматривает способы и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права, такие как сбор и публикация документов, касающихся практики государств, и судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет Генеральной Ассамблее доклад по этому вопросу»³³.

практике] носят разобщенный, неуловимый и в целом несистемный характер»); R.M. Mersky, J. Pratter, 'A Comment on the Ways and Means of Researching Customary International Law a Half-Century after the International Law Commission's Work', 24 *International Journal of Legal Information* (1996) 302, 304.

³¹ Председатель Комитета сэр Далип Сингх разъяснил, что «в отличие от доказательств в науке международного права, всегда изложенной в книгах, доказательства международного обычного права не являются легкодоступными» (A/AC.10/SR.27 (20 June 1947), p. 11). В то время относительно выявления международного обычного права было отмечено, что «нет ничего хуже, чем нынешнее повторение цитат из очень ограниченного набора дипломатических записок, которые переносятся из одного учебника в другой и лишь изредка дополняются небрежными личными экскурсами авторов в неизведанную область государственных документов» (G. Schwarzenberger, "The Inductive Approach to International Law", 60 *Harvard Law Review* (1947) 539, 564).

³² *Report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification on the Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, A/AC.10/51 (17 June 1947), para. 18 («В связи с развитием международного обычного права, а также развитием права путем процессуальных действий судов Комитет хотел рекомендовать, чтобы КМП рассмотрела пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, путем составления сборников государственной практики и сбора и публикации решений национальных и международных судов по вопросам международного права»). В меморандуме, представленном Комитету его секретариатом, говорилось, что, «хотя международное обычное право развивается под воздействием практики государств и его эволюция не зависит от сознательных усилий международного сообщества, Организация Объединенных Наций может стимулировать его развитие, предпринимая шаги для обеспечения большей доступности доказательств практики государств путем их публикации в виде сборников по международному праву ... [полезным подходом для отбора материалов для таких сборников и их составления] может быть рассмотрение методов, при помощи которых можно сделать материалы, содержащие такие доказательства, более доступными» (A/AC.10/7 (7 May 1947), pp. 5-6 (цитаты опущены)).

³³ Задача, возложенная на Комиссию согласно статье 24 ее Положения, была «отличной от других функций Комиссии, а именно от функций, связанных с прогрессивным развитием и кодификацией международного права ... [она] касается только доказательств международного обычного права, но при этом не ограничивается какой-либо конкретной отраслью и охватывает весь спектр норм международного обычного права. В частности, эта задача заключается в изучении путей и средств, которые позволяют исправить неудовлетворительную ситуацию с документацией. Это более понятно из французского текста, в котором употребляется слово "documentation", чем из английского, в котором

39. Вопрос об осуществлении статьи 24 был одним из первых вопросов, рассмотренных Комиссией³⁴. При его рассмотрении Комиссия имела в своем распоряжении подготовленный Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций меморандум, озаглавленный «Пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права: подготовительная работа в связи со статьей 24 Положения о Комиссии международного права» (“Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission”)³⁵. Этот меморандум состоит из трех частей: а) краткое введение, озаглавленное «Проблема обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права»; b) подробное обследование на тему «Современное состояние материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, и предложения в отношении их улучшения, выдвинутые на сегодняшний день»; и c) оценка состояния материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, на тот момент и возможные «пути и средства» их улучшения³⁶. После обсуждения этого меморандума и в целом всей темы Комиссия поручила одному из своих членов, Мэнли О. Хадсону, подготовить рабочий документ по этой теме для рассмотрения Комиссией на ее второй сессии³⁷.

40. Рассмотрев подготовленный г-ном Хадсоном рабочий документ³⁸, Комиссия в своем докладе, представленном Генеральной Ассамблее в 1950 году, отметила, что «для доказательства существования практики государств может

используется слово “evidence” (*Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission — Memorandum submitted by the Secretary-General*: A/CN.4/6 (1949), p. 5).

³⁴ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, vol. I, pp. 283-284, paras. 35–37. See also, more generally, H.W. Briggs, *The International Law Commission* (Cornell University Press, 1965) 203-206.

³⁵ A/CN.4/6 и Согг. I. Комиссия имела также в своем распоряжении рабочий документ, подготовленный Секретариатом на основе меморандума (A/CN.4/W.9).

³⁶ О меморандуме было сказано, что он является «самым полным и практичным библиографическим справочником, который был издан в этой сфере ... [и в котором] блестяще достигнута его непосредственная цель: представлены полные данные и изложена разумная и поэтапная программа работы для Комиссии международного права и Генеральной Ассамблеи» (L. Preuss, ‘[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available. Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/6)’, 43 *American Journal of International Law* (1949) 834, 835). See also Mersky and Pratter, *supra* note 30, at 308 («Это впечатляющий обзор документации по международному праву, имеющей отношение к обычаю. Здесь не место подробно рассматривать его содержание. Достаточно сказать, что этот документ и по сей день можно целиком и полностью рекомендовать в качестве ресурса для сотрудников библиотек правовой литературы и других исследователей»).

³⁷ Все члены Комиссии, за исключением одного, высоко оценили меморандум (see *Yearbook of the International Law Commission 1949*, vol. I, pp. 228–235). Решение Комиссии по этому вопросу гласило: «Было решено не назначать докладчика для работы над вопросом о путях и средствах обеспечения большей доступности информации о международном обычном праве и вместо этого поручить одному из членов Комиссии подготовить рабочий документ по этой теме для его рассмотрения на второй сессии Комиссии международного права» (at p. 235).

³⁸ A/CN.4/16 and A/CN.4/16/add.1.

использоваться целый ряд материалов», но сочла нецелесообразным перечислять «все многочисленные виды материалов, раскрывающие практику государств по каждому из многочисленных вопросов международных отношений»³⁹. Вместо этого она сочла полезным перечислить и проанализировать «без какого-либо намеренного ограничения некоторые категории» или виды доказательств международного обычного права, а именно тексты международных документов; решения международных судов; решения национальных судов; национальное законодательство; дипломатическую переписку; заключения национальных юрисконсультов; и практику международных организаций⁴⁰.

41. Что касается доступности таких материалов, то Комиссия предложила рассматривать этот вопрос «в трех аспектах. Во-первых, с точки зрения их доступности для удовлетворения потребностей конкретных групп лиц [частных лиц, занимающихся изучением международного права, правительственных должностных лиц и должностных лиц международных организаций]. Во-вторых, доступность уже изданных материалов повсюду в мире. В-третьих, потенциальная доступность пока не изданных материалов повсюду в мире»⁴¹. В этой связи было отмечено, среди прочего, что богатые подборки изданных материалов «имеются только в больших библиотеках международного права», которых, «к сожалению, очень немного», и что, хотя «оценить доступность в настоящее время многих из основных собраний изданных материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, крайне сложно ... во многих случаях их, вероятно, недостаточно для удовлетворения нынешних и будущих потребностей»⁴².

42. С учетом этого Комиссия затем предложила «конкретные пути и средства» обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права. В частности, было предложено: а) максимально широко распространять по минимальной возможной цене публикации по вопросам международного права, издаваемые органами Организации Объединенных Наций, и быстро издавать тексты международных документов, зарегистрированных либо учтенных и зафиксированных в Секретариате; б) разрешить Секретариату в тех случаях, когда это еще не было сделано, готовить и широко распространять различные публикации, содержащие правовые материалы, которые были получены от различных государств и в которых освещается их практика (и практика Организации Объединенных Наций), сообщается о решениях международных арбитражных органов и рассказывается о значимых событиях; в) периодически публиковать сборники докладов Международного Суда; d) рекомендовать Генеральной Ассамблее доводить до сведения правительств желательность издания ими сборников их дипломатической переписки и других материалов по вопросам международного права; а также e) рекомендовать Генеральной Ассамблее рассмотреть вопрос о целесообразности принятия международной конвенции о всеобщем обмене официальными публикациями, касающимися международного права и международных отношений⁴³.

³⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 368, para. 31.

⁴⁰ *Ibid.*, at pp. 368–372, paras. 32–78.

⁴¹ *Ibid.*, at p. 327, para. 80.

⁴² *Ibid.*, at p. 372, paras. 82–83.

⁴³ *Ibid.*, at pp. 373–374, paras. 90–94.

43. Большинство этих рекомендаций выполняются⁴⁴, благодаря чему появился ряд важных документов, к которым часто обращаются специалисты по международному праву. Информация о государственной практике (и другие доказательства практики из научных трудов, документов международных организаций и решений международных судов и трибуналов) стала публиковаться гораздо активнее, причем отчасти также благодаря энтузиазму, который проявляют частные национальные и международные учреждения⁴⁵. Кроме того, распространению информации о практике и позициях государств способствовала активизация международных отношений, а новые высокоэффективные способы сбора, хранения и распространения данных в эпоху цифровых технологий позволили решить многие трудности с доступом к опубликованной информации и с ее сопоставлением, о которых говорилось в 1949 и 1950 годах⁴⁶.

44. Кроме того, доказательства международного обычного права стали — и продолжают становиться — более доступными благодаря работе самой Комиссии. Как отмечалось, «сегодня процесс кодификации обеспечивает простой и удобный способ выявления реальной практики государств», поскольку «замечания правительств в отношении проектов документов, разрабатываемых Комиссией международного права, обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, заявления представителей государств на конференциях полномочных представителей, посвященных кодификации, представляют собой своего рода открытое запрашивание информации о практике государств и их мнениях

⁴⁴ См. также резолюцию 487(V) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 12 декабря 1950 года (*United Nations Official Records*, 5th Session, Supplement. No. 20, p. 77), в которой Генеральному секретарю предлагается рассмотреть некоторые рекомендации Комиссии и представить соответствующий доклад; Y.-L. Liang, “The Second Session of the International Law Commission: Review of its work by the General Assembly”, 45 *American Journal of International Law* (1951) 509, 510–514.

⁴⁵ В 1950 году Комиссия отметила, что «результаты плодотворной деятельности неофициальных научных органов появились во многих обзорах, и в последние годы ежегодники и журналы международного права стали издаваться в целом ряде стран. Несмотря на эти проявления энтузиазма, едва ли существует множество национальных и международных институтов, от которых можно ожидать неустанных усилий, необходимых для публикации практически полезных сборников материалов, являющихся доказательствами международного обычного права. Немногие из них способны начать и продолжать долгосрочную программу серьезной работы; их кадровый состав быстро меняется, интерес легко переключается, и их финансовых средств редко бывает достаточно» (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 373, para. 89). Однако сегодня эта ситуация сильно изменилась.

⁴⁶ See also T. Treves, ‘Customary International Law’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 80 («Важные изменения в плане доступности информации о международной практике произошли в последние годы благодаря появлению ныне широко распространенных электронных средств распространения знаний. Такие средства позволили очень большому числу государств обеспечить доступ к информации об их практике, исправив — по меньшей мере в отношении недавней практики — несбалансированную ситуацию с печатными изданиями. Они также сделали менее плачевным — хотя, как в целом признается, лишь отчасти — неблагоприятное положение тех (правительственных должностных лиц и ученых), кто не имеет доступа к сравнительно немногочисленным крупным и хорошо организованным библиотекам, где имеются печатные издания. И наконец, электронные средства позволили обеспечивать доступ к информации о практике почти одновременно с тем, как эта практика имеет место, тем самым устранив информационный разрыв между теми государствами, в распоряжении которых имеются хорошо организованные внешние службы, и остальными государствами, а также большинством ученых»).

в отношении норм, которые применяются или должны применяться в тех или иных вопросах; эти доказательства “свободны от двусмысленности и непоследовательности, характерных для чересполосицы доказательств государственной практики”»⁴⁷. Важную роль играет также регулярное издание Организацией Объединенных Наций информации, представляемой правительствами в ответ на просьбы Комиссии⁴⁸.

45. В то же время с увеличением числа государств (и международных организаций), активизацией международных отношений и появлением многочисленных форматов, в которых могут существовать доказательства, стало гораздо сложнее проводить тщательный анализ практики и *opinio juris* государств. Пугает даже сам объем имеющихся материалов: уже 30 лет назад один из авторов отмечал, что «одной из трудностей сегодня является наличие обременительно большой массы разнообразных доказательств в виде сборников и национальной практики, а также почти ежедневно принимаемых резолюций, рекомендаций и заявлений органов различной степени авторитетности»⁴⁹. Эти трудности

⁴⁷ E. Jiménez de Aréchaga, ‘International Law in the Past Third of a Century’, 159 *Recueil des Cours* (1978) 26 (quoting R.R. Baxter, ‘Treaties and Custom’, 129 *Recueil des Cours* (1970) 36). See also Preuss, *supra* note 36, at 835 (где в то время высказывалась мысль о том, что, учитывая нехватку надлежащей документации о большей части практики государств, «становление подлинного *corpus juris gentium* возможно только под эгидой и руководством такого центрального органа, действующего при всестороннем сотрудничестве правительств, как, например, Комиссия международного права»).

⁴⁸ See also H.W. Briggs, ‘Official Interest in the Work of the International Law Commission: Replies of Governments to Requests for Information or Comment’, 48 *American Journal of International Law* (1954) 603, 605, 612 (где говорится о документе, представленном Соединенными Штатами Америки в связи с работой Комиссии, касающейся права международных договоров, и где отмечалось: «представляется огорчительным, что этот документ до сих пор не был опубликован Соединенными Штатами или издан в качестве документа Организации Объединенных Наций», — и добавлялось в более общем плане в отношении представления правительствами информации в ответ на просьбы Комиссии: «к сожалению для лиц, профессионально изучающих международное право, эти материалы в основном издаются лишь в виде недолговечных mimeографических копий, доступных далеко не каждому. Эти факторы наглядно указывают на настоятельную необходимость того, чтобы начать выпускать юридический ежегодник Организации Объединенных Наций, в котором публиковались бы эти и аналогичные материалы и который стал бы легкодоступной постоянной базой данных о современном процессе развития международного права»). Комментарии правительств, касающиеся проектов текстов Комиссии, иногда публиковались также отдельными правительствами или в частном порядке (например, ‘Comments by Certain Governments on the Provisional Articles Concerning the Regime of the High Seas and the Draft Articles on the Regime of the Territorial Sea Adopted by the United Nations International Law Commission at its Seventh Session in 1955’, 50 *American Journal of International Law* (1956) 992–1049), однако это делалось непоследовательно и несистематически. Секретариат начал публиковать на веб-сайте Комиссии отдельно по каждой рассматриваемой теме не только комментарии и замечания по итогам первых чтений текстов Комиссии, но и другие материалы, полученные от правительств в ответ на просьбы Комиссии в ходе рассмотрения соответствующей темы.

⁴⁹ R.Y. Jennings, ‘The Identification of International Law’, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982) 3, 5 (где, в частности, говорится об удостоверении *opinio juris*). See also B. Graefrath, ‘The International Law Commission Tomorrow: Improving Its Organization and Methods of Work’, 85 *American Journal of International Law* (1991) 595, 606 («Сегодня практика государств и правовая деятельность стали настолько обширными и специализированными, а информация — настолько объемной и разрозненной»); Mersky and Pratter, *supra* note 30, at 304 («На деле зафиксированные доказательства практики государств разбросаны по литературе

усугубляет отсутствие общей системы классификации для сопоставления и сравнительного анализа практики государств и других субъектов⁵⁰.

46. Кроме того, несмотря на большой объем имеющихся сегодня материалов, в некоторых отраслях права информации о практике государств по-прежнему недостаточно, поскольку многие официальные документы и другие материалы, посвященные действиям правительств, по-прежнему не находятся в открытом доступе⁵¹. Иногда такое положение дел является результатом политического выбора⁵², однако чаще его причиной является просто-напросто то, что систематическая публикация практики государств «требует значительных ресурсов, и сравнительно немногим государствам удается продолжать публиковать всеобъемлющие материалы в течение длительного времени»⁵³.

47. Как отмечалось в одном из исследований:

«Для правовой системы, настолько сильно зависящей от международного обычного права, а значит — от практики государств как доказательства такого права, совершенствование путей и средств обеспечения большей доступности информации о такой практике необходимо для обеспечения

на столько же обширной, насколько обширным является само международное право»); R.F. Gaebler, A.A. Shea (eds.), *Sources of State Practice in International Law*, Second Revised Edition (Brill Nijhoff, 2014) 4 («всесторонность охвата представляется еще более труднодостижимой целью»).

⁵⁰ В этой связи следует упомянуть об исключении — типовом плане классификации документов, касающихся практики государств в области международного публичного права; он был принят Комитетом министров Совета Европы в 1968 году (резолюция (68) 17), а в 1997 году в него были внесены поправки (рекомендация № R (97) 11) (See L. Caflisch, “The CAHDI Model Plan for the Classification of Documents Concerning State Practice in the Field of Public International Law”, in Council of Europe (ed.), *The CAHDI Contribution to the Development of Public International Law: Achievements and Future Challenges* (Brill Nijhoff, 2016) 12-18).

⁵¹ See also M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1977) 1, 13 («Многие доказательства практики государств сокрыты в неизданных архивах. Соответственно, доказать существование нормы обычного права можно только относительно, но не абсолютным образом, поскольку невозможно доказать, что большинство имеющихся доказательств подкрепляют предполагаемую норму»).

⁵² See also Treves, *supra* note 46, at para. 79 («Нежелание некоторых скрытных государств — как больших, так и малых — предоставить доступ к примерам практики и избирательность при обнародовании таких документов отражают политический выбор между, с одной стороны, желанием избежать критики и иметь возможность поступать вразрез с прежней практикой и, с другой стороны, желанием играть лидирующую роль и влиять на процесс формирования обычая»).

⁵³ M. Wood, O. Sender, “State Practice”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014), para. 30. See also L. Ferrari Bravo, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, 192 *Recueil des Cours* (1985) 310; S. Sur, “Sources du droit international — La coutume”, 118 *Juris Classeur du Droit international* (fasc. 13) (1989), para. 57. But see Treves, *supra* note 46, at para. 78 («Отмечалось, что собрания практики государств дают искаженное представление о положении дел, поскольку в них освещается практика сравнительно небольшой группы основных держав. Хотя это замечание отчасти справедливо, следует также подчеркнуть, что основные державы имеют отношения с большинством других государств, и, соответственно, в этих собраниях отражена, по меньшей мере отчасти, практика почти всех государств. Кроме того, в последнее время начали появляться собрания и обзоры практики небольших государств и государств третьего мира»).

верховенства права в сфере международных отношений. Комиссия международного права в полной мере признала важность широкой доступности информации о практике государств, и ее доклад [изданный в 1950 году] во многом способствовал активизации действий в этом направлении. Вместе с тем сегодня полному достижению целей, поставленных Комиссией в 1950 году, угрожают два фактора: во-первых, появление колоссального объема материалов о многочисленных аспектах международного права и международных отношений и, во-вторых, рост расходов, связанных с их накоплением, хранением и распространением. Если принимать во внимание также ощущаемые в последние годы последствия революционного прогресса в развитии глобальных информационных технологий, то тема, рассмотренная Комиссией в докладе 1950 года, может вновь потребовать внимания»⁵⁴.

48. И действительно сегодня, спустя более 65 лет с того момента, как рассматривалась эта тема, и принимая во внимание значительные изменения, произошедшие в этой области с 1949–1950 годов, Комиссии, возможно, было бы целесообразно вновь рассмотреть вопрос о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права; это могло бы помочь всем тем, кто занимается выявлением существования и содержания норм международного обычного права. Несколько государств, выступавших в Шестом комитете в 2015 году, уже высказались в поддержку такой инициативы.

49. Специальный докладчик приветствовал бы соображения членов Комиссии о том, следует ли вновь изучить этот вопрос, и если следует, то каким образом. В любом случае в качестве первого шага Специальный докладчик предлагает обратиться к Секретариату с просьбой представить информацию об имеющихся в настоящее время доказательствах, обновив «Общий обзор компиляций и сборников доказательств международного обычного права», который был частью подготовленного в 1949 году меморандума, включая, в случае необходимости, содержащиеся в нем рекомендации⁵⁵.

⁵⁴ A. Watts, *The International Law Commission 1949–1998*, Vol. III (Oxford University Press, 1999) 2106. Бриггс также высказал мнение о том, что «как явствует из французского текста статьи 24, Комиссия международного права может подготовить более одного доклада по этой теме» (Briggs, *supra* note 34, at 206).

⁵⁵ Возможно, как и в 1950 году, «роль Комиссии должна ... неизбежно сводиться исключительно к руководству. Реальная работа [по обеспечению большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права] должна осуществляться правительствами, Секретариатом и физическими лицами либо по отдельности, либо совместно. Без сотрудничества правительств, по крайней мере в том, что касается предоставления доступа к их архивам, можно сделать сравнительно немного» C. Parry, “[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)”, 3 *International Law Quarterly* (1950) 462, 463).

V. Будущая программа работы

50. Предлагается, чтобы окончательные результаты работы Комиссии по данной теме включали три компонента: свод выводов с комментариями; дополнительный обзор путей и средств обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права; и библиографию.

51. Если Комиссия сможет завершить первое чтение проектов выводов с комментариями в ходе своей шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году), то второе чтение можно будет провести в 2018 году. После шестьдесят восьмой сессии у государств (и других субъектов, включая международные организации) будет достаточно времени для того, чтобы рассмотреть проект, принятый в первом чтении, и представить замечания по нему. Следует рекомендовать государствам и международным организациям направить Комиссии свои замечания в письменном виде не позднее 31 января 2018 года. Можно надеяться, что государства также представят первоначальные замечания в ходе прений в Шестом комитете в 2016 году.

52. Вопрос о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, можно продолжать рассматривать в период с конца шестьдесят восьмой сессии Комиссии и до ее сессии 2018 года, с тем чтобы надлежащим образом проработать его. Эта работа может включать рассмотрение меморандума, с просьбой о подготовке которого к Секретариату предлагается обратиться в пункте 49 выше, а также предложений государств, заинтересованных международных организаций, неправительственных организаций и научных учреждений.

53. Специальный докладчик в настоящее время готовит проект библиографии по данной теме, который сначала будет распространен среди членов Комиссии в неформальном порядке на шестьдесят восьмой сессии. После этого проект библиографии с поправками, внести которые, возможно, пожелают члены Комиссии, предлагается распространить в качестве приложения к настоящему докладу. К 2018 году он будет отредактирован с целью отразить в нем последнюю информацию и обеспечить, чтобы он был репрезентативным и удобным в использовании. Это будет сделано с учетом предложений членов Комиссии, государств, международных организаций и научных и других учреждений.

Приложение

Предлагаемые поправки к проектам выводов

Формулировки, которые предлагается удалить, вычеркнуты; предлагаемые добавления выделены жирным шрифтом.

Проект вывода 3

Оценка доказательств по обоим элементам

[...]

2. Наличие каждого **из двух** элементов следует удостоверить отдельно. Это требует оценки доказательств по каждому элементу.

Проект вывода 4

Требование наличия практики

1. Требование — как элемент международного обычного права — в отношении наличия всеобщей практики ~~касается означает, что~~ в первую очередь ~~именно практики государств как выражающей или порождающей ее~~ способствует ~~формированию или выражению~~ нормы международного обычного права.
2. В некоторых случаях практика международных организаций также способствует ~~формированию или~~ выражению **или созданию** норм международного обычного права.
3. Поведение других субъектов не является практикой, способствующей ~~формированию или~~ выражению **или созданию** норм международного обычного права, но может быть релевантно при оценке практики, упомянутой в пунктах 1 и 2.

Проект вывода 6

Формы практики

[...]

2. Формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические шаги и дипломатическую переписку; ~~поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции~~; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на местах»; законодательные и административные акты; а также решения национальных судов.

[...]

Проект вывода 9***Требование признания в качестве правовой нормы (opinio juris)***

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris), означает, что такая практика должна ~~быть принята~~ ~~е~~ **сопровождаться** сознанием юридического права или юридической обязательности.

[...]

Проект вывода 12***Резолюции международных организаций
и межправительственных конференций***

1. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, сама по себе ~~не может создавать~~ **не создает** норму международного обычного права.
2. [К русскому тексту не относится.]
