



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
 14 March 2018
 Russian
 Original: English

Комиссия международного права

Семидесятая сессия

Нью-Йорк, 30 апреля – 1 июня 2018 года
 и Женева, 2 июля – 10 августа 2018 года

Пятый доклад по теме «Выявление обычного международного права»,

подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом*

Содержание

Введение	4
I. Замечания и мнения по проекту выводов, принятых в первом чтении	7
A. Общие замечания и мнения.....	8
1. Полученные замечания и мнения.....	8
2. Предложения Специального докладчика	10
B. Замечания и мнения по конкретным проектам выводов	11
Часть первая: Введение	11
Вывод 1: Сфера охвата.....	11
1. Полученные замечания и мнения.....	11
2. Предложения Специального докладчика	12
Часть вторая: Основной подход	14
Вывод 2: Два конститутивных элемента.....	14
1. Полученные замечания и мнения.....	14

* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить г-на Омри Сендера за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада. Кроме того, Специальный докладчик пользуется этой возможностью, чтобы поблагодарить Жан-Батиста Мерлена за ведущуюся им работу по этой теме.



2. Предложения Специального докладчика	14
Вывод 3: Оценка доказательств по двум конститутивным элементам	15
1. Полученные замечания и мнения.....	15
2. Предложения Специального докладчика	16
Часть третья: Всеобщая практика	17
Вывод 4: Требование наличия практики	17
1. Полученные замечания и мнения.....	17
2. Предложения Специального докладчика	22
Вывод 5: Поведение государства как практика государства	26
1. Полученные замечания и мнения.....	26
2. Предложения Специального докладчика	27
Вывод 6: Формы практики	27
1. Полученные замечания и мнения.....	27
2. Предложения Специального докладчика	29
Вывод 7: Оценка практики государства	31
1. Полученные замечания и мнения.....	31
2. Предложения Специального докладчика	32
Вывод 8: Практика должна быть всеобщей	33
1. Полученные замечания и мнения.....	33
2. Предложения Специального докладчика	35
Часть четвертая: Признание в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>)	38
Вывод 9: Требование признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>).....	38
1. Полученные замечания и мнения.....	38
2. Предложения Специального докладчика	39
Вывод 10: Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>)	41
1. Полученные замечания и мнения.....	41
2. Предложения Специального докладчика	44
Часть пятая: Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права	45
Вывод 11: Договоры	45
1. Полученные замечания и мнения.....	45
2. Предложения Специального докладчика	46
Вывод 12: Резолюции международных организаций и межправительственных конференций	47
1. Полученные замечания и мнения.....	47

2. Предложения Специального докладчика	49
Вывод 13: Решения судов и трибуналов	50
1. Полученные замечания и мнения.....	50
2. Предложения Специального докладчика	52
Вывод 14: Доктрины	53
1. Полученные замечания и мнения.....	53
2. Предложения Специального докладчика	53
Часть шестая: Настойчиво возражающее государство	54
Вывод 15: Настойчиво возражающее государство	54
1. Полученные замечания и мнения.....	54
2. Предложения Специального докладчика	57
Часть седьмая: Партикулярное обычное международное право	60
Вывод 16: Партикулярное обычное международное право	60
1. Полученные замечания и мнения.....	60
2. Предложения Специального докладчика	62
II. Пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права	64
III. Окончательная форма, которую может принять результат работы Комиссии	66

Приложение

I. Принятый в первом чтении проект выводов с изменениями, предложенными Специальным докладчиком	68
--	----

Введение

1. В 2012 году на своей шестьдесят четвертой сессии Комиссия международного права включила тему «Формирование и свидетельства обычного международного права» в свою текущую программу работы и провела первоначальные прения на основе предварительной записки Специального докладчика¹.
2. На своей шестьдесят пятой сессии 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 обычного международного права»⁴.
3. На своей шестьдесят шестой сессии Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика⁵. После обсуждений предложенные в докладе проекты 11 выводов были переданы Редакционному комитету на рассмотрение, и он в предварительном порядке принял восемь из них⁶.
4. На своей шестьдесят седьмой сессии Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика, который ставил себе целью завершить разработку свода проектов выводов по этой теме⁷. После обсуждений предлагаемые проекты выводов, содержащиеся в третьем докладе, были переданы на рассмотрение Редакционного комитета, который в предварительном порядке принял еще восемь проектов выводов, а также новые пункты для двух проектов выводов, одобренных ранее. Комиссия приняла к сведению проекты выводов с 1 по 16, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке, рассчитывая рассмотреть вопрос о принятии проектов выводов (и комментариев к ним) в первом чтении в следующем году.
5. В 2016 году на своей шестьдесят восьмой сессии Комиссия рассмотрела четвертый доклад Специального докладчика, в котором содержались ответы на основные замечания и предложения государств и других субъектов относительно 16 проектов выводов, принятых в предварительном порядке⁸. В докладе были рассмотрены также способы и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права, с целью возобновления работы Комиссии по этой теме. Кроме того, Комиссии была представлена библиография по теме⁹, а также еще один меморан-

¹ [A/CN.4/653](#).

² Первый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/663](#)).

³ [A/CN.4/659](#).

⁴ [A/CN.4/SR.3186](#): предварительный краткий отчет о 3186-м заседании Комиссии (25 июля 2013 года), с. 6.

⁵ Второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/672](#)).

⁶ Два проекта выводов Редакционный комитет не смог рассмотреть в связи с нехваткой времени, а один проект выводов был исключен.

⁷ [A/CN.4/682](#).

⁸ Четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/695](#)).

⁹ Там же ([A/CN.4/695/Add.1](#)).

дум секретариата под названием «Роль решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления обычного международного права»¹⁰.

6. С 19 по 24 мая 2016 года Комиссия обсудила четвертый доклад Специального докладчика и передала в Редакционный комитет предлагаемые поправки к проектам выводов, содержащиеся в докладе. Кроме того, была создана рабочая группа открытого состава для рассмотрения свода неофициальных проектов комментариев, подготовленного Специальным докладчиком. 2 июня 2016 года Комиссия рассмотрела и приняла доклад Редакционного комитета по проектам выводов с 1 по 16, то есть приняла в первом чтении свод из 16 проектов выводов¹¹. 5 и 8 августа 2016 года Комиссия приняла комментарии к ним¹². Кроме того, Комиссия просила секретариат подготовить меморандум о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права, который содержал бы обзор современного состояния доказательств обычного международного права и предложения по его улучшению¹³.

7. В соответствии со статьями 16–21 своего Положения в 2016 году Комиссия постановила препроводить проекты выводов, принятые в первом чтении, через Генерального секретаря правительствам для получения от них замечаний и мнений с просьбой предоставить их Генеральному секретарю к 1 января 2018 года¹⁴.

8. В 2016 году в ходе прений в Шестом комитете эту тему затронули около пятидесяти ораторов¹⁵, а делегации высоко оценили работу по ней, проделанную Комиссией к настоящему времени. Делегации в целом приветствовали проекты выводов, комментарии и библиографию как важные документы, которые значительно облегчат работу специалистов-практиков и ученых. Они также выразили признательность секретариату за подготовку меморандума о роли решений национальных судов в практике решений международных судов и трибуналов. Многие делегации высказали подробные комментарии в отношении текста, принятого в первом чтении, и сделали ценные предложения в отношении доработки конкретных проектов выводов и комментариев¹⁶.

¹⁰ [A/CN.4/691](#).

¹¹ См. [A/71/10](#), п. 57 и 62.

¹² Там же, п. 63.

¹³ Там же, п. 56.

¹⁴ Там же, п. 15.

¹⁵ Австралия; Австрия; Алжир; Аргентина; Беларусь; Бразилия; Вьетнам; Германия; Греция; Доминиканская Республика (от имени Сообщества государств Латинской Америки и Карибского бассейна); Египет; Израиль; Индия; Индонезия; Иран (Исламская Республика); Ирландия; Испания; Кипр; Китай; Колумбия; Куба; Малайзия; Мексика; Монголия; Нидерланды; Перу; Польша; Португалия; Республика Корея; Российская Федерация; Румыния; Сальвадор; Сингапур; Словакия; Словения; Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии; Соединенные Штаты Америки; Судан; Таиланд; Турция; Финляндия (от имени стран Северной Европы); Франция; Чешская Республика; Чили; Эквадор; Япония; Совет Европы; Европейский союз (также от имени Сербии и Боснии и Герцеговины); Международный Комитет Красного Креста.

¹⁶ См. подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семьдесят первой сессии ([A/CN.4/703](#)).

9. По состоянию на дату представления настоящего доклада письменные замечания и мнения в ответ на просьбу Комиссии направили следующие государства: Австрия; Беларусь; Израиль; Китай; Нидерланды; Новая Зеландия; Республика Корея; Сальвадор; страны Северной Европы (Дания, Исландия Норвегия, Финляндия и Швеция); Сингапур; Соединенные Штаты Америки; Чешская Республика¹⁷.

10. В соответствии с программой работы, определенной в 2016 году¹⁸, настоящий доклад посвящен анализу основных замечаний и мнений по поводу принятых в первом чтении проектов выводов и комментариев, которые прозвучали в 2016 году в ходе прений в Шестом комитете и были представлены в письменном виде в ответ на просьбу Комиссии. Как отмечалось выше и как это признали несколько государств¹⁹, замечания и предложения, высказанные на более ранних этапах работы над этой темой, уже были приняты во внимание.

11. Проекты выводов и комментарии, принятые в первом чтении, не остались без внимания специалистов-практиков и ученых: они упоминались судами²⁰, обсуждались на нескольких научных конференциях²¹ и рассматривались в научных трудах²².

¹⁷ Ссылка на «письменные замечания» в настоящем докладе касается письменных замечаний, направленных в ответ на просьбу Комиссии. Все письменные замечания, полученные после даты представления доклада, будут рассмотрены Комиссией также на ее семидесятой сессии.

¹⁸ Четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/695), п. 50–53.

¹⁹ См., например, A/C.6/71/SR.21, п. 75 (Австрия) и п. 116 (Германия); A/C.6/71/SR.22, п. 40 (Сингапур) и п. 70 (Малайзия); письменные комментарии Новой Зеландии, п. 2; письменные замечания Китая, с. 1 текста оригинала.

²⁰ *R (on the application of the Freedom and Justice Party) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2016] All ER (D) 32 (5 August 2016), paras. 77–78; *Mohammed and others v Ministry of Defence*, [2017] UKSC 2 (17 January 2017), para. 151; *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah* [2017] UKSC 62 (18 October 2017), paras. 31–32.

²¹ Специальный докладчик принял участие в различных мероприятиях, на которых обсуждались проекты выводов и комментарии, в том числе в Кембриджском университете, Европейском университетском институте, Манчестерском университете, Римском университете «Ла Сапьенца» и Мичиганском университете.

²² См., например, специальный выпуск, посвященный обычному международному праву, издания *International Community Law Review*, vol. 19 (2017); B.D. Lepard, *Reexamining Customary International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017); N. Blokker, «International organizations and customary international law: is the International Law Commission taking international organizations seriously?», *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 1–12; M. Fitzmaurice, «Customary law, general principles, unilateral acts», in *Nicaragua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*, E. Sobenes Obregon and B. Samson, eds. (Cham, Springer, 2017), pp. 247–267; R. Deplano, «Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues», *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 227–253; C.A. Bradley, ed., *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2016); L. Kirchmair, «What came first: the obligation or the belief? A renaissance of consensus theory to make the normative foundations of customary international law more tangible», *German Yearbook of International Law*, vol. 59 (2016), pp. 289–319; K. Gastorn, «Defining the imprecise contours of *jus cogens*

12. Помимо введения, в настоящем доклад выделяются следующие части. В главе I описываются основные замечания и мнения государств по проектам выводов и комментариям, принятым в первом чтении, и изложены соответствующие предложения Специального докладчика. В главе II рассматриваются подготовленный секретариатом меморандум по теме «Способы и средства повышения доступности материалов, служащих доказательствами существования обычного международного права», и вопрос о том, каким образом можно учесть содержащиеся в меморандуме предложения. В главе III Специальный докладчик изложил свои рекомендации в отношении окончательной формы, в которую следует облечь результаты работы Комиссии. В приложении I приводятся предложенные Специальным докладчиком изменения в проекты выводов, принятые в первом чтении. Приложение II, содержащее обновленную библиографию по теме, будет распространено позднее во время сессии.

I. Замечания и мнения по проектам выводов, принятым в первом чтении

13. Специальный докладчик выражает глубокую признательность всем тем, кто устно и письменно высказался по проектам выводов и комментариев, принятым в первом чтении. Как того и следовало ожидать, в некоторых случаях в этих замечаниях высказываются идеи прямо противоположного толка, однако все они без исключения продуманны и конструктивны и станут для Комиссии существенным подспорьем в процессе совершенствования результатов ее работы.

14. Полученные замечания и мнения рассматриваются в двух частях ниже: общие замечания и мнения по проектам выводов в целом (раздел А); замечания и мнения по конкретным проектам выводов (раздел В). В каждом случае после краткого изложения сути таких замечаний и мнений Специальный докладчик формулирует свои предложения, главным образом в отношении текста выводов, но также с указанием, по крайней мере в общих чертах, на то, следует ли вносить изменения в комментарии. Для удобства изменения, которые предлагается внести в выводы, приводятся в приложении I к докладу.

in international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 16 (2018), pp. 1–20; E. Henry, «Alleged acquiescence of the international community to revisionist claims of international customary law (with special reference to the *jus contra bellum* regime)», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 18 (2017), pp. 260–297; J. d'Aspremont and S. Droubi, eds., *International Organizations and the Formation of Customary International Law* (Manchester, Manchester University Press, forthcoming 2018); C.A. Bradley and J.L. Goldsmith, «Presidential control over international law», *Harvard Law Review*, vol. 131, No. 5 (2018); G.H. Fox, K.E. Boon and I. Jenkins, «The contributions of United Nations Security Council resolutions to the Law of Non-International Armed Conflict: new evidence of customary international law», *American University Law Review*, vol. 67 (2018); N. Lamp, «The 'practice turn' in international law: insights from the theory of structuration», in *Research Handbook on the Sociology of International Law*, M. Hirsch and A. Lang, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming 2018).

A. Общие замечания и мнения

1. Полученные замечания и мнения

15. Говоря о проектах выводов и комментариев, принятые Комиссией в первом чтении в 2016 году, государства высказали мнение о том, что «несомненно, проекты выводов станут для специалистов-практиков полезным инструментом выявления существования и определения сферы применения обычного [международного] права»²³. Многие предложения, содержащиеся в проектах выводов и комментариев, получили однозначную и широкую поддержку. Была дана

²³ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 52 (Финляндия, выступавшая от имени стран Северной Европы). См. также [A/C.6/71/SR.20](#), п. 56 (Соединенные Штаты заявили, что проекты выводов и комментарии к ним «уже сейчас служат важным источником для специалистов-практиков и ученых»); [A/C.6/71/SR.21](#), п. 12 и 16 (Австралия отметила, что «проекты выводов содержат в себе многофункциональную и практическую методологию для выявления таких норм и их содержания»); там же, п. 85 (Соединенное Королевство отметило, что «проекты выводов и комментарии являются ценным инструментом в распоряжении судей и специалистов-практиков»); там же, п. 93 (Португалия заявила, что «тема «Выявление обычного международного права» имеет большое практическое значение для юрисконсультов и специалистов-практиков по всему миру» и что «набор практических и простых выводов для целей выявления норм обычного международного права будет для них полезным инструментом»); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 6 (Греция отметила, что «благодаря работе Комиссии у юристов-международников есть нормативные руководящие указания, столь необходимые для решения сложного вопроса о выявлении норм обычного международного права и определения их точного содержания»); там же, п. 22 (Мексика заявила, что проекты выводов «служат полезным руководством»); там же, п. 33 (Ирландия заявила, что «проекты выводов, комментарии и библиография... станут полезным ресурсом»); там же, п. 61 (Япония заявила, что рассмотрение темы «может внести полезный вклад в развитие международного права»); [A/C.6/71/SR.23](#), п. 24 (Словакия положительно оценила тот факт, что проекты выводов и комментарии «представляют собой реальное и ценное достижение, которое поможет судьям и юристам-практикам в выявлении норм обычного международного права на практике»); там же, п. 41 (Египет заявил, что проекты выводов «будут полезны и судьям, и юристам-практикам»); [A/C.6/71/SR.24](#), п. 13 (Эквадор высказал мнение о том, что методология, предлагаемая Комиссией, «будет очень полезна юристам-практикам, особенно судьям, которым часто приходится определять, можно ли выявить нормы обычного международного права в рассматриваемых ими делах»); [A/C.6/71/SR.29](#), п. 97 (Монголия высоко оценила работу по этой теме и добавила, что «проекты выводов будут и далее содействовать применению обычного международного права, которое является важным источником международного публичного права»); письменные комментарии Сингапура, п. 1 (страна «считает, что результаты работы Комиссии станут ценным практическим руководством для государств, международных судов и трибуналов и специалистов-практиков»); письменные комментарии Новой Зеландии, п. 1 (заявила, что «можно надеяться, что проекты выводов станут полезным ориентиром для специалистов-практиков и других лиц, которым приходится выявлять и применять нормы обычного международного права»); письменные комментарии Китая, с. 2 текста оригинала (выразил свою надежду на то, что «выводы и комментарии, а также результаты исследовательской работы секретариата, могут обеспечить единое и четкое руководство в области международного права и практики»); письменные комментарии Республики Корея, п. 2 (отметила, что «в проектах выводов должны быть сформулированы авторитетные руководящие принципы выявления и подтверждения существования обычного международного права, предназначенные для специалистов-практиков в различных внутренних правовых системах»).

высокая оценка «тщательному и сбалансированному подходу»²⁴, принятому Комиссией при работе над этой темой, а также усилиям, направленным на то, чтобы учесть практику различных национальных правовых систем и их традиции²⁵.

16. Хотя усилия Комиссии, стремившейся подготовить краткие и понятные проекты выводов (уточняемые в комментариях), и получили высокую оценку, также прозвучало мнение о том, что в некоторых случаях можно было бы добиться большей сбалансированности между текстами выводов и соответствующих комментариев. По мнению Новой Зеландии, «в результате стремления к краткости и умеренной директивности проекты выводов были сформулированы как общие заявления, не всегда представляющие собой четкие руководящие указания»²⁶. Государства сделали в этой связи несколько конкретных предложений, которые рассматриваются ниже применительно к отдельным выводам.

17. Соединенные Штаты выразили обеспокоенность в связи с тем, что «на основе проектов выводов и комментариев к ним может возникнуть впечатление, что обычное международное право легко сформировать или выявить»²⁷, а Китай предложил добавить в проект вывода 3 третий пункт о том, что «в ходе выявления обычного международного права должен применяться строго определенный и систематический подход»²⁸. Израиль предложил указать в комментарии, что выявление обычного международного права «предполагает исчерпывающее, эмпирическое и объективное изучение имеющихся доказательств»²⁹. Франция, со своей стороны, выступила со следующим предложением: «Поскольку в нынешней редакции проектов [выводов] почти все примеры связаны с делами, в которых существование нормы признано не было, было бы полезным включить в комментарии к проектам статей примеры таких дел, в которых признавалось наличие той или иной нормы обычного международного права»³⁰.

18. Было высказано мнение о том, что в двух конкретных аспектах проекты выводов выходят за рамки принятой методологии и даже могут считаться «прогрессивным развитием» международного права, а именно в части релевантности практики международных организаций для формирования и выявления

См. также [A/C.6/71/SR.24](#), п. 25 (Международный Комитет Красного Креста поздравляет Комиссию с принятием проекта выводов и «высоко оценивает работу Комиссии по рассмотрению вопросов, возникающих в процессе выявления обычного международного права»).

²⁴ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 116 (Германия);

²⁵ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 72 (Франция).

²⁶ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 5 (высоко оценила усилия Комиссии, направленные на подготовку кратких и понятных проектов выводов, вместе с тем добавила, что «Новая Зеландия осознает, что проекты выводов будут читаться в сопровождении соответствующих комментариев. Однако текст проектов выводов должен быть понятен сам по себе. В ряде случаев в комментариях содержатся существенные ограничения по сравнению с общей формулировкой проектов выводов. Новая Зеландия считает, что эти элементы следует также включить в текст самих проектов выводов»). См. также [A/C.6/71/SR.20](#), п. 45 (Европейский союз, Сербия и Босния и Герцеговина).

²⁷ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 58.

²⁸ Письменные замечания Китая, с. 2 текста оригинала.

²⁹ Письменные замечания Израиля, п. 32.

³⁰ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 72.

обычного международного права³¹ и в части существования норм партикулярного обычного международного права, применяемых в двустороннем порядке и/или в отношениях между государствами, связанными общим делом, интересом или видом деятельности, а не географическим положением³². В этом контексте было предложено не включать в результаты работы Комиссии по этой теме рекомендации по «прогрессивному развитию», а если они все же будут включены, то должны быть четко обозначены в качестве таковых.

2. *Предложения Специального докладчика*

19. Специальный докладчик напоминает, что проекты выводов подлежат прочтению вместе с комментариями³³. Как он уже отмечал ранее, «необходимо исходить из того, что проекты выводов должны быть, с одной стороны, четкими и лаконичными, а с другой стороны, – всеобъемлющими»³⁴. Как указывается в полученных к настоящему моменту замечаниях, несколько моментов, пока освещенные в комментариях, должны найти свое отражение в тексте самих выводов. Специальный докладчик изложил в настоящем докладе несколько предложений в этом отношении.

20. Между тем не следует забывать и о том, что выводы не должны быть сформулированы слишком категорично, на что имеется по крайней мере три причины. Во-первых, выводы должны быть применимы к широкому набору возможных ситуаций, которые могут сложиться на практике. Во-вторых, обычное международное право в качестве источника права уже по своей сути не поддается точным формулировкам. Так, по заявлению Австралии, при определении методологии для выявления обычного международного права известная степень гибкости «особенно важна для обеспечения того, чтобы динамичность, характерная для формирования и развития обычных норм, была отражена в руководящих указаниях Комиссии по этой теме»³⁵. Наконец, важные нюансы могут быть лучше отражены в комментариях, функция которых как раз и заключается в том, чтобы подробнее разъяснить выводы. Как заявил Сингапур, комментарии «следует применять вместе с ... выводами как неразрывное целое»³⁶.

³¹ См. письменные замечания Соединенных Штатов, с. 1–2 текста оригинала, и [A/C.6/71/SR.20](#), п. 56–57 (Соединенные Штаты); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 38 (Израиль); письменные замечания Новой Зеландии, п. 4 (где отмечается «отсутствие ссылок на судебные прецеденты в комментарии по этому [вопросу]»).

³² Письменные замечания Соединенных Штатов, с. 19 текста оригинала; письменные замечания Чешской Республики, с. 3 текста оригинала.

³³ См. также [A/71/10](#), сноска 245.

³⁴ См. четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/695](#)), п. 14.

³⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 12 (Австралия отметила, что «проекты выводов содержат в себе гибкую и практичную методологию для выявления таких норм [обычного международного права] и их содержания»). См. также письменные комментарии Республики Корея, п. 2 («необходим соответствующий баланс между однозначностью норм и гибкостью, органически присущей обычному международному праву»). Ранее члены Комиссии пришли к согласию по вопросу о том, что «что при разработке выводов [под данной теме] Комиссии не следует использовать чересчур директивный подход»: второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/672](#)), п. 3 с).

³⁶ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 40.

Специальный докладчик предлагает подчеркнуть в общем комментарии, предваряющем выводы, что выводы подлежат прочтению вместе с комментариями.

21. Насколько понимает Специальный докладчик, в намерения Комиссии не входило включение в выводы и комментарии, принятые в первом чтении, ничего иного, кроме изложения существующей методологии выявления норм обычного международного права. Это соответствует позиции, которую Комиссия заняла с самого начала своей работы над этой темой, поставив себе целью «описание нынешнего состояния международного права в части формирования и доказательства существования норм обычного международного права безотносительно к событиям, которые могут иметь место в будущем»³⁷. В результате работы по теме должны быть предложены практические и авторитетные руководящие указания в отношении способов выявления норм обычного международного права, и крайне важно, чтобы в этом процессе Комиссия стремилась отразить сложившуюся методологию. В любом случае, большинство высказавшихся по этому вопросу государств указали, что, по их мнению, проекты выводов верно отражают занятую позицию: как заявила Республика Корея, «структура проектов выводов в целом выстроена хорошо и правильно отражает нынешнее состояние международного права по теме»³⁸. Вместе с тем Специальный докладчик признает, что в отношении вопросов о релевантности практики международных организаций и о нормах партикулярного обычного международного права можно было бы добиться большей точности. В настоящем докладе приводятся соответствующие предложения.

22. Специальный докладчик полностью согласен с теми, кто отметил важность строгого подхода к выявлению норм обычного международного права³⁹. Вместе с тем он полагает, что этот момент надлежащим образом учтен в настоящем тексте выводов и комментариев, в том числе в самом начале общего комментария⁴⁰.

В. Замечания и мнения по конкретным проектам выводов

Часть первая: Введение

Вывод 1: Сфера охвата

1. Полученные замечания и мнения

23. Несколько государств одобрили сферу охвата проектов выводов, «а именно тот факт, что они ограничиваются выявлением обычного международного права, без уделения упора на взаимосвязь с другими источниками международного права или с *jus cogens*»⁴¹. По мнению Японии, Комиссия была

³⁷ См. первый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/663), п. 16.

³⁸ Письменные замечания Республики Корея, п. 1.

³⁹ См. четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/695), п. 15.

⁴⁰ См. A/71/10, п. 63, п. 1) общего комментария («требуется последовательно и обстоятельно проводить правовой анализ и оценку»).

⁴¹ Объединенные письменные замечания стран Северной Европы (2017 год), с. 1 текста оригинала; см. также, например, A/C.6/71/SR.21, п. 6 (Чешская Республика).

«права, посчитав, что цель данной темы должна заключаться в том, чтобы помочь определить существование или содержание той или иной нормы по состоянию на конкретный момент времени»⁴². Австралия заявила, что «цель работы Комиссии не состоит в том, чтобы предоставлять руководящие указания по решению изначально трудной задачи определения того момента, когда практика государств достигает такой критической массы, которая необходима для формирования обычного международного права. Вместо этого в проекте выводов содержатся руководящие указания для специалистов-практиков по вопросам определения существования или содержания той или иной нормы обычного права в конкретный момент времени»⁴³. Польша, со своей стороны, сочла вызывающим «сожаление тот факт, что ни в проекте выводов, ни в комментариях не рассматривается вопрос о том, как происходит эволюция норм обычного международного права»⁴⁴.

24. По мнению Испании, следует добавить вывод «в отношении бремени доказывания существования и содержания норм обычного права»⁴⁵. Российская Федерация заявила, что предпочла бы выделить содержащееся в комментарии к проекту вывода 1 положение о том, что соотношение между обычным международным правом и другими источниками международного права не подпадает под сферу охвата темы, в отдельный вывод⁴⁶.

2. *Предложения Специального докладчика*

25. Специальный докладчик не предлагает изменений в проект вывода 1, принятый в первом чтении. Он напоминает, что в выводах вопрос формирования обычного международного права из виду не упускается. Как уже разъяснялось, и формирование, и выявление обычного международного права на практике могут сливаться в единое целое, поскольку составные элементы обычного международного права также позволяют убедиться в его существовании⁴⁷. Так, название темы было изменено при том понимании, что вопросы, касающиеся формирования обычного международного права, будут по-прежнему входить в сферу охвата темы⁴⁸; в 2014 году в заявлении председателя Редакционного комитета было подтверждено, что упоминание определения существования и содержания норм обычного международного права «непрерывно подразумевает изучение вопроса об [их] формировании»⁴⁹. Данный аспект уже отражен в комментарии⁵⁰.

⁴² См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 63 (где разъясняется, что «обычное международное право может формироваться различными способами в зависимости от субъекта нормы или конкретных обстоятельств. Невозможно определить, каким образом формируется норма или в какой конкретный момент времени она возникает»).

⁴³ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 15.

⁴⁴ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 31.

⁴⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 111.

⁴⁶ Там же, п. 45.

⁴⁷ [A/CN.4/SR.3254](#): предварительный краткий отчет о 3254-м заседании Комиссии (21 мая 2015 года), с. 10–11.

⁴⁸ [A/CN.4/SR.3186](#): предварительный краткий отчет о 3186-м заседании Комиссии (25 июля 2013 года), с. 6.

⁴⁹ Заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 3 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>).

⁵⁰ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 4) комментария к проекту вывода 1.

26. Специальный докладчик отмечает, что вопрос о бремени доказывания при идентификации нормы обычного международного права уже поднимался в Комиссии⁵¹. Существует ли такое бремя доказывания на национальном уровне (и, если да, то на кого оно возлагается), зависит от национальной правовой системы, а как пояснила Комиссия в комментарии, в выводах «не рассматривается место обычного международного права в национальных правовых системах»⁵². На международном уровне выявление нормы обычного международного права, как правило, будет предметом правового анализа, а не вопросом выполнения обязанности доказывания, возложенной на одну из сторон⁵³ (по крайней мере в случае общего обычного международного права, противопоставляемого партикулярному обычному международному праву⁵⁴). По этим причинам необходимости в выводе о бремени доказывания нет, а его включение может ввести в заблуждение.

27. Включение вывода о взаимосвязи между обычным международным правом и другими источниками международного права не представляется необходимым: из названия темы ясно, что выводы касаются лишь выявления обычного международного права, хотя в этой связи в них, разумеется, затрагивается роль международных договоров, а также судебных решений и доктрины. Ранее Специальный докладчик предлагал добавить второй пункт к выводу о сфере охвата, разъясняющий, что выводы по теме не затрагивают других источников международного права и вопросов, связанных с *jus cogens*⁵⁵, однако снял это предложение после обсуждения в пленарном заседании⁵⁶. В комментарии, принятом в первом чтении, уже указывается, что в рамках рассматриваемой темы

⁵¹ [A/CN.4/SR.3227](#): предварительный краткий отчет о 3227-м заседании Комиссии (18 июля 2014 года), с. 6.

⁵² См. [A/71/10](#), п. 63, п. 5) комментария к проекту вывода 1.

⁵³ См. в отношении Международного Суда, а, возможно, и не только его, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 24–25, para. 29: «Для целей принятия решения о том, имеет ли требование надлежащее обоснование в праве, принцип *jura novit curia* означает, что в вопросах применимого права Суд опирается не только на доводы сторон в данном деле (см. «*Lotus*», *P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 31) ... Как отметил Суд в деле *Fisheries Jurisdiction*: «Предполагается, что Суд... в качестве международного судебного органа должен констатировать международное право в деле, относящемся к статье 53 Статута, как и во всех других, он обязан принять во внимание по своей собственной инициативе любые нормы международного права, которые имеют отношение к урегулированию спора. Поскольку в функции Суда входит определение и применение права в обстоятельствах каждого конкретного случая, установление или подтверждение норм международного права не может возлагаться ни на одну из сторон, так как право относится к области судебных познаний Суда» (*I.C.J. Reports 1974*, p. 9, para. 17; p. 181, para. 18).

⁵⁴ Как поясняется в комментарии к выводу 16 (со ссылкой на практику Международного Суда), «[с]торона, которая ссылается на обычай такого характера, должна доказать, что этот обычай установился таким образом, что он стал обязательным для другой стороны» ([A/71/10](#), п. 63, п. 6) комментария к проекту вывода 16).

⁵⁵ См. второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда ([A/CN.4/672](#)), п. 15.

⁵⁶ См. заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 3–4 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>) («Первоначально предложенный пункт 2 проекта вывода 1 представлял собой положение «не наносит ущерба», исключаящее из сферы охвата проектов выводов

попыток объяснить взаимосвязь между обычным международным правом и другими источниками международного права не предпринимается⁵⁷.

Часть вторая: Основной подход

Вывод 2: Два конститутивных элемента

1. Полученные замечания и мнения

28. Проект вывода 2 получил широкую поддержку государств, которые тем самым вновь одобрили двухэлементный подход, положенный в основу выводов, и его применимость во всех областях международного права⁵⁸.

29. Было предложено внести ряд изменений в проект комментария. Соединенные Штаты, соглашаясь с текущей редакцией текста в том, что «двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции», предложили пересмотреть ее с тем, чтобы «подчеркнуть, что необходимо проявлять осторожность в использовании дедуктивного подхода во избежание выявления предположительно существующей нормы в качестве нормы обычного международного права, не вытекающей из общей и последовательной практики государств, которой они следуют в силу осознания своей правовой обязанности»⁵⁹. Израиль считал, что любое упоминание дедукции может отрицательно сказаться на требовании эмпирического исследования доказательств при выявлении норм обычного международного права, и предложил вообще исключить его⁶⁰. По мнению Российской Федерации, ссылку в этом контексте на ранее существовавшие нормы, например являющиеся частью «нераздельного режима», целесообразнее рассматривать как общий контекст, которому должно уделяться внимание при выявлении нормы обычного международного права (предмет проекта вывода 3)⁶¹.

2. Предложения Специального докладчика

30. Специальный докладчик не предлагает изменений в проект вывода 2, принятый в первом чтении. В свое время могут быть предложены изменения в комментарий, чтобы уточнить, что «дедукция» упоминается не как способ, могущий заменить собой основной двухэлементный подход, а как вспомогательный

вопрос методологии, касающейся других источников международного права или императивных норм международного права (*jus cogens*). После обсуждения в пленарном заседании Специальный докладчик предложил исключить это положение, предпочтя вынести подобные вопросы в комментарий. Сложилось общее мнение относительно того, что проект вывода 1 следует сформулировать как можно проще, а пункт 2 можно исключить»).

⁵⁷ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 5) комментария к проекту вывода 1.

⁵⁸ См., например, [A/C.6/71/SR.21](#), п. 48 (Российская Федерация), п. 84 (Соединенное Королевство), п. 99 (Чили), п. 137 (Судан); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 38 (Израиль), п. 44 (Таиланд), п. 50 (Вьетнам); [A/C.6/71/SR.23](#), п. 24 (Словакия), письменные замечания Беларуси, с. 2.

⁵⁹ Письменные замечания Соединенных Штатов, с. 9 текста оригинала (где также предлагается исключить выражение «нераздельный режим»).

⁶⁰ Письменные замечания Израиля, п. 32.

⁶¹ См. [A/C.6/64/SR.21](#), п. 46–47.

инструмент в процессе применения этого подхода в случаях, подобных упомянутым в проекте комментария.

Вывод 3: Оценка доказательств по двум конститутивным элементам

1. Полученные замечания и мнения

31. Государства выразили свое удовлетворение в связи с тем, что в проект вывода 3 было включено разъяснение того, что при любом анализе существования нормы обычного международного права следует учитывать общий контекст, характер нормы, а также конкретные обстоятельства, в которых могут быть найдены доказательства ее существования⁶². Помимо этого, ряд государств «приветствовали включение в проекты выводов прямого указания на то, что наличие всеобщей практики и факт признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) следует устанавливать отдельно, согласившись при этом с тем, что в некоторых обстоятельствах одни и те же доказательства могут использоваться для установления факта наличия обоих элементов»⁶³.

32. Нидерланды сочли неясным, «являются ли процесс определения существования какой-либо нормы и процесс определения содержания этой нормы одним и тем же процессом», и предложили рассмотреть этот вопрос в комментарии к выводу 3⁶⁴. По мнению Израиля, из проекта комментария следует исключить упоминание об актуальности *opinio juris* тех, кто имеет возможность отреагировать на соответствующую практику: он пояснил, что «[о]бщие заключения государств, у которых нет [собственной] практики в отношении соответствующей нормы, irrelevantны для процесса выявления обычного международного права»⁶⁵. Он предложил также ряд поправок в комментарий, с тем чтобы устранить чрезмерную гибкость при выявлении обычного международного права⁶⁶. Далее Израиль высказал мнение о том, что содержащаяся в выводе ссылка на необходимость учитывать «характер нормы» хотя и верна, на деле относится только к определению запретительных норм обычного международного права, и что это следует прямо оговорить⁶⁷.

⁶² См., например, [A/C.6/71/SR.21](#), п. 7 (Чешская Республика), п. 14 (Австралия), п. 137 (Судан) и письменные замечания Китая, с. 1–2 текста оригинала.

⁶³ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 51 (Финляндия от имени стран Северной Европы); см. также объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 1; [A/C.6/71/SR.21](#) п. 14 (Австралия), п. 48 (Российская Федерация), п. 137 (Судан); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 34 (Ирландия); [A/C.6/71/SR.23](#), п. 24 (Словакия); [A/C.6/71/SR.24](#), п. 10 (Индонезия).

⁶⁴ Письменные замечания Нидерландов, п. 5 (где также сказано, что «это не всегда так. Например, при выявлении содержания конкретной нормы, может возникнуть необходимость в учете любых принципов международного права, лежащих в ее основе, в соответствии с проектом вывода 3, пункт 1, в то время как при выявлении факта существования нормы такой необходимости может не быть»). См. также письменные замечания Израиля, п. 32 (3).

⁶⁵ Письменные замечания Израиля, п. 8.

⁶⁶ Там же, п. 32.

⁶⁷ Там же.

2. *Предложения Специального докладчика*

33. Специальный докладчик предлагает не вносить поправок в проект вывода 3. Остается рассмотреть вопрос о целесообразности внесения изменений в комментарий в свете вышеуказанных замечаний. По мнению Специального докладчика, нет никаких принципиальных оснований для признания какого-либо из перечисленных в выводе факторов неактуальным для процесса определения существования или содержания той или иной нормы обычного международного права, даже если в конкретных случаях один или несколько из них могут приобретать большее по сравнению с другими значение. Хотя упомянутый «характер нормы» действительно особенно значим при выявлении запретительных норм (на которые в комментарии делается ссылка посредством вводного выражения «в частности»), этот фактор может также рассматриваться в связи с другими нормами, например представляющими собой исключение из более общего правила или являющимися обязательными только для некоторых субъектов международного права. И в этом случае формулировка вывода 3 призвана указать на необходимость проявлять осмотрительность при выявлении нормы обычного международного права, но при этом обеспечивает определенную степень гибкости, позволяющую учитывать любые конкретные обстоятельства, касающиеся соответствующей нормы.

34. Что касается релевантности правовых заключений государств, лично не осуществляющих некой практики, то Специальный докладчик полагает, что изучение *opinio juris*, могущего относиться к случаям соответствующей практики, следует дополнять обращением к *opinio juris* других государств, с тем чтобы определить, достигли ли государства в целом согласия относительно обязательного характера той или иной практики, либо же между ними наблюдаются расхождения⁶⁸. Как пояснил Международный Суд, «[п]оведение государств, предпринимающих такие действия, или других государств, имеющих возможность реагировать на них, должно было быть таково, чтобы "свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать"»⁶⁹. В консультативном заключении по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применения*, например, именно потому, что «среди членов международного сообщества наблюдаются глубокие разногласия по вопросу о том, является ли неприменение [определенным числом государств] ядерного оружия ... выражением *opinio juris*», Суд «счел, что у него нет возможности установить факт существования такого *opinio juris*» и, следовательно, соответствующей нормы обычного международного права⁷⁰.

⁶⁸ См. второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/672), п. 64 и содержащиеся в нем ссылки.

⁶⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 109, para. 207 (цитата опущена; Суд указал также, что «опора государства на новое право или беспрецедентное исключение из этого принципа может, если эта позиция в принципе разделяется другими государствами, привести к модификации обычного международного права» (курсив добавлен).

⁷⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 254, para. 67.

Часть третья: Всеобщая практика

Вывод 4: Требование наличия практики

1. Полученные замечания и мнения

35. Государства, прокомментировавшие проект вывода 4, единодушно высказались в том смысле, что обычное международное право, в принципе, формируется и выражается практикой государств. Чтобы лучше отразить сложившуюся позицию, Российская Федерация предложила исключить из пункта 1 вывода слова «в первую очередь»⁷¹.

36. Что же касается возможной актуальности практики международных организаций, о которой говорится в пункте 2 проекта вывода 4, то в этом отношении мнения разошлись. Большинство государств, прокомментировавших проект вывода, поддержали мысль о том, что «в некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм обычного международного права»⁷². Румыния, например, пояснила, что государства «наделили международные организации определенными полномочиями, которые позволяют этим организациям внести свой вклад в выявление норм обычного международного права», и в этой связи отметила, что «[в] целом проекты выводов отражают статус-кво»⁷³. Страны Северной Европы тоже отметили, что «разделяют выраженное в проекте вывода 4 мнение о том, что в некоторых случаях практика международных организаций может способствовать формированию или выражению норм обычного международного права»⁷⁴. Они добавили, что это «особо актуально в тех случаях, когда такие организации получили от государств-членов полномочия осуществлять компетенцию от их лица»⁷⁵. Германия отметила, что в комментарии к проекту вывода 4 «справедливо отмечено, что в тех случаях, когда государства-члены передали исключительную компетенцию международной организации, практика этой организации может быть приравнена к практике этих государств»⁷⁶. Европейский союз, со своей стороны, выразил надежду на то, что результаты работы Комиссии будут отражать ее потенциал в части содействия становлению обычного международного права, в том числе в таких областях, как рыбное хозяйство и торговля⁷⁷.

37. По мнению ряда других государств, пункт 2 и комментариев к нему необходимо доработать. Как сочли Нидерланды, проект вывода слишком ограничен в том, что, хотя «международные организации могут и должны играть... собственную роль [в формировании и выявлении обычного международного

⁷¹ [A/C.6/71/SR.21](#), п. 49. См. также письменные замечания Соединенных Штатов, с. 5 текста оригинала (предложили исключить слова «в первую очередь», равно как и пункт 2 вывода).

⁷² Помимо государств, упомянутых ниже, см. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 66 (Китай); [A/C.6/71/SR.21](#), п. 99 (Чили); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 50 (Вьетнам).

⁷³ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 63.

⁷⁴ Объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 1 текста оригинала.

⁷⁵ Там же.

⁷⁶ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 116 (приветствовал конкретное упоминание Европейского союза в этом контексте).

⁷⁷ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 45.

права]», в нынешнем тексте «предлагается рассматривать международные организации только лишь как агентов государств ... и ставится под сомнение концепция международной правосубъектности таких организаций»⁷⁸. Они предложили расширить круг признаваемых в комментарии обстоятельств, при которых практика международных организаций может быть релевантной⁷⁹. Австрия также сочла современную формулировку пункта 2 «весьма ограничительной» и пояснила, что в ней «недостаточно отражено растущее участие универсальных и региональных международных организаций в международных отношениях, а следовательно и в формировании обычного международного права»⁸⁰. Она предложила развить мысль, выражаемую словами «в некоторых случаях», чтобы обеспечить более четкие указания в отношении ситуаций, в которых практика международных организаций «оказывает влияние на формирование обычного международного права»⁸¹. Как сочла Беларусь, единственная практика международных организаций, могущая быть релевантной, это «практика государств в этих организациях, прежде всего в представительных органах, а не в контексте функционирования их секретариатов, договорных органов и т.п.»⁸². Она также высказала мнение о том, что было бы целесообразно дать определение понятия «международная организация»⁸³.

38. Однако другие государства заявили, что формулировка текста пункта 2 и комментарий слишком широка. Австралия, будучи «готова рассмотреть возможность того, что практика международных организаций может способствовать формированию обычая "в некоторых случаях"», как это предусматрива-

⁷⁸ Письменные замечания Нидерландов, п. 2 и 4 (кроме того, предложили в пункте 7 включить в комментарий указания относительно того, «как отличить практику организации от практики государств в рамках организации»).

⁷⁹ Там же.

⁸⁰ Письменные замечания Австрии, с. 1 текста оригинала (с разъяснением того, что «деятельность международных организаций, осуществляемая в пределах их полномочий и относимая на их счет, может считаться практикой, влияющей на формирование обычного международного права. Она осуществляется не только в областях международного права, касающихся исключительно международных организаций, но и в отношении норм, применимых как к международным организациям, так и к государствам, в тех случаях, когда деятельность тех и других имеет общие черты. Нормы, разработанные на основе такой практики международных организаций, применяются не только к государствам, но и к международным организациям. Например, это относится к операциям военного характера»).

⁸¹ Там же.

⁸² Письменные замечания Беларуси, с. 2 (на с. 3 также сказано, что в том, «[что] касается практики международных организаций то ... более продуктивным было бы рассматривать для целей формирования международных обычаев не практику собственно организаций, являющихся производными субъектами международного права, а деятельность государств в этих организациях»); см. также [A/C.6/71/SR.23](#), п. 3 (где сказано, что «[ф]ормулировка в [комментарии] в отношении функциональной эквивалентности актов международных организаций и актов государств является уместной, поскольку акты международных организаций при выявлении «практики» для целей проекта вывода 4 можно толковать весьма широко. [В связи с этим делегация Беларуси] предлагает рассмотреть возможность включения этой формулировки непосредственно в текст проекта вывода»).

⁸³ Письменные замечания Беларуси, с. 2.

ется в проекте вывода, предложила «[р]ассмотреть также вопрос о целесообразности включения дополнительных оговорок»⁸⁴. Сингапур предложил заменить слова «в некоторых случаях» словами «в ограниченном ряде случаев», чтобы «более точно отразить» обстоятельства, упомянутые в комментарии⁸⁵. Он также считал необходимым подчеркнуть в комментарии, что «причина, по которой практика [международных организаций] может способствовать формированию обычного международного права в таком ограниченном ряде случаев, заключается в том, что в этих случаях практика международных организаций отражает практику государств»⁸⁶. Поправку в текст вывода предложила также Турция, согласно которой «с учетом необходимости установления высокого порога в отношении доказательственной силы практики международных организаций, желательна более осторожная формулировка с заменой слова «способствует» выражением «может способствовать»⁸⁷. Также Израиль счел, что в то время как в проекте комментария «надлежащим образом разъясняется», что в формировании и выражении обычного международного права роль государств первична, а роль международных организаций носит более ограниченный характер, в тексте самого проекта вывода это в полной мере не прослеживается⁸⁸. В частности, он предложил четче очертить в выводе те «некоторые обстоятельства», при которых практика международных организаций может быть релевантной, а именно в тех случаях, когда их государства-члены делегировали им исключительные полномочия и когда соответствующие нормы касаются их внутреннего функционирования или их отношений с государствами⁸⁹. Аргентина полагала полезным разъяснить, могут ли внутренние акты международных организаций также считаться релевантными для формирования и выявления обычного международного права, высказав при этом мнение, что «не могут, поскольку по своей сути они не являются международными»⁹⁰. Ряд оговорок в отношении пункта 2 имелся у Российской Федерации, которая отметила, что в комментарии «не содержится каких-либо ссылок на практику или иные источники, свидетельствующие о том, что практика международных организаций может формировать нормы международного права» и что «вес практики различных международных организаций неодинаков»⁹¹. По ее мнению, формулировку проекта вывода «следовало бы еще более ограничить, указав, что практика международных организаций может вносить вклад в формирование норм обычного международного права, применимых к самим организациям, а также при определенных обстоятельствах воплощать нормы обычного международного права»⁹².

⁸⁴ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 16 (где также подчеркивается, что к роли международных организаций в формировании обычая, включая любую оценку значимости и актуальности их практики, «следует подходить с осторожностью»).

⁸⁵ Письменные замечания Сингапура, п. 6.

⁸⁶ Там же, п. 7 (где сказано, что подобный акцент «будет согласовываться с положением пункта 1 проекта вывода 4»).

⁸⁷ См. [A/C.6/71/SR.29](#), п. 66 (где сказано, что «это также будет в большей степени согласовываться с пунктами 2 и 3 проекта вывода 12»).

⁸⁸ Письменные замечания Израиля, п. 5 (со ссылкой в этой связи на проект вывода 4 в особенности, но также на проекты выводов в целом).

⁸⁹ Там же, п. 6.

⁹⁰ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 75.

⁹¹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 49 (с уточнением по поводу того, что, «например, практика региональных организаций не может учитываться на одном уровне с практикой Организации Объединенных Наций»).

⁹² Там же, п. 50.

39. С другой стороны, некоторые государства выразили мнение о том, что признание непосредственного вклада практики международных организаций в формирование и выявление обычного международного права, как сформулировали Соединенные Штаты, «не подкреплено практикой или *opinio juris* государств, ни соответствующими судебными прецедентами», и, таким образом, неуместно в документе, цель которого заключается в предоставлении ясных указаний относительно сложившихся норм, касающихся выявления обычного международного права⁹³. Учитывая, что признание такой роли международных организаций явится «новым толкованием международного права, в силу которого [тщательно согласованные] мандаты международных организаций могут быть имплицитно и ретроактивно расширены неопределенным образом»⁹⁴, Соединенные Штаты также высказали мнение о том, что даже в качестве предложения по развитию права пункт 2 проекта вывода 4 сформулирован слишком широко, и в нем ошибочно подразумевается, что всякий анализ существования той или иной нормы обычного международного права должен включать в себя изучение практики международных организаций⁹⁵. Было бы целесообразнее, по их мнению, признать, что релевантной может быть «именно практика государств в рамках международных организаций», а не практика международной организации как таковой⁹⁶. Чтобы отразить эту позицию, был внесен ряд предложений по изменению выводов и комментариев, включая предложение об исключении пункта 2 и об отдельном указании в пункте 3 на то, что международные организации входят в число акторов, чья практика не участвует в формировании или выражении норм обычного международного права⁹⁷. Кроме того,

⁹³ См. [A/C.6/64/SR.20](#), п. 56–57. В своих письменных замечаниях Соединенные Штаты высказались еще более прямо: «Соединенные Штаты считают, что в проекте вывода 4 («Требование наличия практики») неточно излагается текущее состояние права, поскольку из него можно заключить, что формированию обычного международного права способствует практика не только государств, но и других субъектов» (письменные комментарии Соединенных Штатов, с. 2 текста оригинала).

⁹⁴ Письменные замечания Соединенных Штатов, с. 4 текста оригинала.

⁹⁵ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 57. Более конкретно, Соединенные Штаты высказали следующее мнение: а) «ни в проекте вывода, ни в комментарии в полной мере не определено, в каких именно случаях [практика международной организации может также способствовать формированию или выражению норм обычного международного права]»; б) в них не рассмотрен «важнейший вопрос» о том, каким образом можно определить *opinio juris* международной организации; с) в них не определен вид поведения, могущий быть релевантным (с учетом того, что «формы практики государств, рассматриваемые в проекте вывода 6, не имеют четких аналогий в деятельности международных организаций»); d) они могут быть ошибочно истолкованы как заявление о невозможности выявления норм обычного международного права на основе только государственной практики или в случае противоречивой практики международных организаций; e) в них не определен точный спектр практики международных организаций, могущей быть релевантной для выявления нормы обычного международного права, и ошибочно подразумевается, что необходимо во всех случаях анализировать «не только практику государств, но практику сотен, если не тысяч, международных организаций с весьма различными сферами компетенции и мандатами» (письменные комментарии Соединенных Штатов, с. 3–5 текста оригинала).

⁹⁶ Письменные замечания Соединенных Штатов, с. 5 текста оригинала.

⁹⁷ Там же, с. 5–6.

было предложено дополнить выражение «всеобщая практика» в выводе 2 словом «государств»⁹⁸. Схожим образом Мексика предложила Комиссии «[уточнить], что практика международных организаций вносит вклад в идентификацию практики их государств-членов, а не в формирование или выражение обычая (как это в настоящее время указано в проектах выводов)»⁹⁹. По мнению Исламской Республики Иран, «практику государств – членов международной организации и практику самой организации необходимо рассматривать порознь, и только подтвержденную практику государств можно рассматривать в качестве доказательства»¹⁰⁰. Новая Зеландия сочла, что существующая редакция пункта 2 проекта вывода 4 выходит «за пределы кодификации сложившегося права»¹⁰¹, и что пункт «следует сохранить только в том случае, если «определенные обстоятельства», в которых практика международной организации может способствовать формированию обычного международного права, будут яснее изложены в самом тексте [этого] проекта вывода»¹⁰². В этой связи она высказала мнение о том, что «практика международной организации может способствовать формированию нормы обычного международного права, только если она допускается в силу правовых функций и полномочий такой организации, с течением времени стала всеобщей среди государств – членов организации, а соответствующая норма обычного международного права является обязательной для самой международной организации»¹⁰³. Признавая «особое положение Европейского союза», Новая Зеландия вместе с тем настоятельно призвала проявлять осмотрительность при «попытках вывести общие выводы из этого ограниченного опыта» и заявила, что необходимо более четко сформулировать концептуальную основу проекта вывода¹⁰⁴. Она также подчеркнула необходимость четко согласовать текст пункта 2 и комментария к нему с текстом вывода 12 и соответствующего и комментария¹⁰⁵.

40. Пункт 3 проекта вывода, касающийся поведения других акторов, в целом был одобрен¹⁰⁶; вместе с тем Аргентина высказала мнение о том, что было бы полезно определить обстоятельства, в которых поведение других субъектов может приниматься во внимание при оценке релевантной практики¹⁰⁷. Китай согласился с тем, что «[п]оведение субъектов, не являющихся государствами или международными организациями, не соответствует критерию практики и как таковое не может способствовать формированию или выражению обычного международного права», однако у него вызвала «сомнения целесообразность сохранения в проекте вывода такой двусмысленной формулировки, как "может быть релевантно"»¹⁰⁸. У Российской Федерации возникли некоторые вопросы:

⁹⁸ Там же, с. 5.

⁹⁹ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 22 (где также сказано, что «доказательная ценность» практики международных организаций заключается в том, что она служит делу идентификации практики государств и «состоит исключительно в выполнении функций, переданных им государствами, или функционально эквивалентных их собственным»).

¹⁰⁰ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 15.

¹⁰¹ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 4.

¹⁰² Там же, п. 12.

¹⁰³ Там же.

¹⁰⁴ Там же, п. 9.

¹⁰⁵ Там же, п. 11.

¹⁰⁶ См., например, [A/C.6/71/SR.21](#), п. 99 (Чили); [A/C.6/71/SR.24](#), п. 16 (Индия); письменные комментарии Новой Зеландии, п. 13; письменные комментарии Сингапура, п. 5.

¹⁰⁷ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 75.

¹⁰⁸ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 66.

ей «не вполне понятно, почему наряду с неправительственными организациями (НПО) и физическими лицами в качестве субъектов, играющих важную... роль в выявлении норм обычного международного права, [в комментарии к пункту 3] упоминаются негосударственные вооруженные группы и транснациональные корпорации»¹⁰⁹. Она также предложила добавить пояснение о том, что значение имеет «лишь реакция государств на поведение таких субъектов»¹¹⁰. Египет заявил, что у него «имеются оговорки в отношении учета других источников, таких как тексты академических учреждений или негосударственных субъектов»¹¹¹.

2. *Предложения Специального докладчика*

41. Специальный докладчик признает, что по вопросу о релевантности практики международных организаций для идентификации обычного международного права у государств (и, как предполагается, у членов Комиссии) имеется набор различных позиций, которых они по-прежнему твердо придерживаются. Специальный докладчик также согласен с мнением о том, что несколько ныне существующих формулировок в проекте вывода 4 и в комментарии к нему можно было бы улучшить. Чтобы подготовить такой текст, в котором будут учтены озабоченности всех сторон, потребуются немалые усилия.

42. Поскольку сложилось общее понимание первостепенности роли государств в создании и выражении норм обычного международного права¹¹², было бы полезно попробовать четче определить масштаб разногласий относительно возможной роли практики международных организаций. Во-первых, никто не возразил против того, что если государства поручают международной организации выполнять вместо них действия, относящиеся к их собственной компетенции, то такая практика может быть релевантной для создания или выражения норм обычного международного права. Не отрицалась, например, релевантность практики Европейского союза (или другой международной организации) в процессе осуществления исключительных полномочий, переданных ему государствами-членами¹¹³, поскольку представляется очевидным, что ис-

¹⁰⁹ См. A/C.6/71/SR.21, п. 51.

¹¹⁰ Там же.

¹¹¹ См. A/C.6/71/SR.23, п. 41.

¹¹² Представители научного сообщества охарактеризовали проекты выводов как закрепляющие «государственно-центристский подход» и «отводящие практике международных организаций второстепенную роль»: см. соответственно J. Odermatt, «The development of customary international law by international organizations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), pp. 491–511 (в частности, pp. 493–497); и R. Deplano, «Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues», *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 227 и 233. Вместе с тем приводились и подробно обоснованные доводы в пользу того, что, хотя практика международных организаций может не иметь такого большого значения, как практика государств, в проектах выводов, как по существу, так и формально, международные организации не воспринимаются «достаточно серьезно»: Blokker, «International organizations and customary international law» (см. сноску 22 выше), at pp. 1–12.

¹¹³ См., например, письменные замечания Новой Зеландии, п. 9 («призна[вая] особое положение Европейского союза»); S.D. Murphy, «Identification of customary international law and other topics: the sixty-seventh session of the International Law

ключение такой практики станет препятствием к рассмотрению вклада в создание или выражение обычного международного права самих государств-членов¹¹⁴. Вывод 4 (и выводы в целом) не должны иметь таких последствий.

43. Во-вторых, не было высказано возражений в связи с тезисом о том, что практика отношений международных организаций друг с другом и их отношений с государствами может дать начало или свидетельствовать о существовании норм обычного международного права, обязательных в таких отношениях. Можно утверждать, что эта позиция отражена 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 обычного международного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»¹¹⁵. Следует напомнить в этой связи, что в меморандуме секретариата 2013 года содержалось замечание, согласно которому «[в] определенных обстоятельствах для выявления существования нормы обычного международного права Комиссия руководствовалась практикой международных организаций. В этой связи рассматривались различные аспекты практики международных организаций, включая их внешние связи, осуществление ими своих функций, а также позиции, занимаемые их органами по конкретным ситуациям или общим вопросам международных отношений»¹¹⁶.

44. В-третьих и в более широком плане, по-видимому, не имеется возражений относительно того, что широкий ряд актов международных организаций действительно может быть релевантен и полезен в процессе выявления норм обычного международного права. Например, при выявлении существования и содержания предположительной нормы обычного международного права, применимой в связи с операциями по поддержанию мира, может оказаться необходимым учесть опыт сил, развернутых Организацией Объединенных Наций или такими организациями, как Экономическое сообщество западноафриканских государств. Аналогичным образом, для определения того, признается ли в обычном международном праве исключение из принципа правопреемства правительств в отношении долгов в случаях так называемого «одиозного долга», не следует игнорировать практику международных финансовых учреждений,

Commission», *American Journal of International Law*, vol. 109 (2015), pp. 822 и 828 (где выражается мнение, что упоминание Европейского союза «может быть вполне обоснованным», однако говорится также, что данная организация «возможно, не является характерным примером международных организаций в целом»).

¹¹⁴ См. также третий доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/682), п. 77; четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/695), п. 20.

¹¹⁵ См. также статью 38 Конвенции. Комиссия сознательно стремилась не исключать полностью такой возможности: см. краткий отчет о 1442-м заседании Комиссии (16 июня 1977 года) (*Ежегодник Комиссии международного права, 1977 год*, том I, с. 183–184; *Ежегодник ... 1978 года*, том II (часть вторая), с. 168, п. 5); *Ежегодник ... 1982 года*, том II (часть вторая), с. 59, п. 5).

¹¹⁶ A/CN.4/659: «Формирование и доказательства существования обычного международного права: Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме», (2013 год), замечание 13.

таких как Всемирный банк и Международный валютный фонд. Однако относительно того, отражает ли такая практика всего лишь поведение государств-членов в рамках соответствующих организаций или через них, или же она является практикой организации как таковой, сложились, как представляется, различные мнения. Хотя в конечном итоге этот вопрос может показаться по большей части умозрительным, существование отдельной международной правосубъектности международных организаций позволяет предположить, что предпочтение следует отдать второму сценарию. Даже если окончательное слово и определение курса в сфере такой практики, как развертывание миротворцев или установление условий погашения займов, остается за государствами-членами, действует в этих случаях организация. Иными словами, международные организации действуют от имени своих государств-членов; но при этом они являются самостоятельными субъектами. В качестве примера можно привести стандартные положения и условия Европейского банка реконструкции и развития, касающиеся кредитных и гарантийных соглашений и других соглашений о финансировании: в них 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 учреждений, которая является настолько генерализированной, последовательной и давно закрепившейся, что ее существование привело к появлению правовых обязательств»¹¹⁷.

45. Вопрос о том, как удостовериться в признании практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) международными организациями, как представляется, не вызывает особых трудностей. Виды доказательств, о которых говорится в выводе 10, вполне могут применяться *mutatis mutandis* к международным организациям¹¹⁸. Заявления старших должностных лиц организации, юридические заключения генерального юрисконсульта организации, корреспонденция организации с ее государствами-членами (или третьими государствами), принятие организацией положений международных договоров, в которые напрямую включены нормы обычного международного права, и официальные публикации организации могут свидетельствовать о ее *opinio juris*. Один из таких недавних примеров можно найти в совместном заявлении, представленном Юрисконсульту Организации Объединенных Наций 31 января 2017 года 24 международными организациями, в котором подписанты изложили свое мнение, в частности, в отношении правового статуса норм, содержащихся в проектах статей Комиссии об ответственности международных организаций¹¹⁹.

46. В то же время Специальный докладчик согласен с тем, что в текст проекта вывода 4 можно внести ряд усовершенствований, с тем чтобы лучше отразить

¹¹⁷ European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 December 2012), Sect. 8.04(b)(vi)(C) (курсив добавлен). См. также четвертый доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/695), сноска 19.

¹¹⁸ См. также Odermatt, «The development of customary international law by international organizations», сноска 112 выше, at 493.

¹¹⁹ «Response to the Request of the Under-Secretary General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel of February 8, 2016, for Comments and Information Relating to the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations Pursuant to UN General Assembly Resolution 69/126 (2014)», размещено на странице <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e204.013.1/law-oxio-e204-regGroup-1-law-oxio-e204-source.pdf>.

текущее положение дел и учесть вопросы, в отношении которых была высказана обеспокоенность. Чтобы подчеркнуть главенствующую роль практики государств в существующем контексте, в то же время признавая, что в некоторых случаях может быть релевантной практика международных организаций, предлагается несколько поправок в пункты 1 и 2. В частности, из пункта 1 могут быть исключены слова «главным образом» и «способствует», чтобы укрепить общий характер содержащейся в нем формулы¹²⁰. В текст пункта 2 следует добавить слово «могут», чтобы подчеркнуть необходимость проявления осторожности. Для ясности содержащуюся в нем ссылку на «нормы обычного международного права» следует сформулировать в единственном числе, чтобы четко указать на то, что практика международных организаций релевантна не всегда. Кроме того, предлагается заменить (в обоих пунктах) слова «формированию или выражению» словами «выражает или создает», которые Международный Суд использовал в деле *О континентальном шельфе (Тунис против Ливийской Арабской Джамахирии)*¹²¹. Упоминание сначала выражения, а затем создания позволит, кроме того, сделать в этом пункте более сильный упор на задаче выявления нормы, лучше соответствующей цели данной темы в целом.

47. Таким образом, пункты 1 и 2 могут быть изложены в следующей редакции:

1. *Требование наличия всеобщей практики, как один из конститутивных элементов обычного международного права, означает практику государств, выражающую или создающую нормы обычного международного права.*
2. *В некоторых случаях практика международных организаций может также способствовать выражению или созданию нормы обычного международного права.*

48. Комментарий необходимо будет пересмотреть соответствующим образом. В части, относящейся к практике международных организаций, он может начинаться с краткого разъяснения того факта, что международные организации отличаются от государств и что, как сформулировал Международный Суд, «они формируются государствами, которые наделяют их полномочиями, пределы которых зависят от общности интересов, отстаивание которых возложено на них этими государствами»¹²². Далее в комментарии может быть пояснено, что, хотя

¹²⁰ Дополнение в выводе 2 сформулированного уже более века назад выражения «всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы», словом «государств» не представляется целесообразным, так как в этом случае будет совершен отход от широко принятой и конструктивно гибкой формулировки, содержащейся в Статуте Международного Суда.

¹²¹ *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»).

¹²² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, at p. 78, para 25 (упоминание «принципа специализации», которым руководствуются международные организации). Специальный докладчик напоминает, что его предложение включить в выводы определение «международной организации» (см. второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» Специального докладчика Майкла Вуда (A/CN.4/672), п. 20) не получило поддержки Комиссии; в комментарии такое определение содержится (A/71/10, п. 63, п. 3) комментария к выводу 4).

международные организации нередко действуют в качестве форумов или катализаторов практики государств, иногда релевантной может быть именно их собственная практика в процессе осуществления их мандатов, полученных от государств. Это может происходить, когда они осуществляют на международной арене исключительные функции или иные полномочия, которыми наделены. Будет уточнено, что вывод не предполагает необходимости изучения практики международных организаций при любом анализе существования той или иной нормы обычного международного права; ее следует рассматривать только в тех случаях, когда практика отдельных организаций может быть напрямую релевантной, главным образом в силу их мандата и учредительного документа. Кроме того, будет пояснено, что вес, придаваемый практике международной организации, должен зависеть от ряда факторов, включая широту ее членского состава, а также вклад государств-членов в эту практику и их реакцию на нее. Далее в комментарии можно пояснить, что практика международных организаций может быть особо релевантна при определении существования и содержания обычно-правовых норм, применяемых к самим организациям. В него также следует включить общую фразу, аналогичную содержащейся в проекте комментария в настоящее время¹²³, в которой необходимо пояснить, что при упоминании в выводах и комментариях практики (и *opinio juris*) государств ее следует понимать как включающую, в случае ее релевантности, практику (и *opinio juris*) международных организаций. Таким образом, в самих выводах, в которых будут упоминаться главным образом государства, будет отражена главенствующая роль практики государств в существующем контексте, но в то же время предусмотрена возможность для рассмотрения практики международных организаций в тех областях и в тех случаях, когда она может быть релевантной.

49. Что касается пункта 3 вывода, то чтобы обеспечить последовательность внутри текста здесь предлагается также заменить слово «формированию» словом «созданию» (и перенести его на другое место в предложении). В комментарии необходимо будет учесть вопросы, вызвавшие беспокойство, в частности подробнее разъяснить, что «другие акторы» не играют прямой роли в создании или выражении норм обычного международного права, и описать обстоятельства, при которых их поведение может учитываться в процессе оценки релевантной практики. Также необходимо будет рассмотреть вопрос об упоминании негосударственных вооруженных групп и транснациональных корпораций.

Вывод 5: Поведение государства как практика государства

1. Полученные замечания и мнения

50. В отношении проекта вывода 5 поступило мало замечаний. Чили, одобрив формулировку вывода, согласилась с приведенным в комментарии пояснением о том, что «для достижения нужной цели практика должна быть общедоступной или, по крайней мере, известной другим государствам»¹²⁴. Испания высказала аналогичное мнение, отметив необходимость того, чтобы из комментария «ясно следовало, что практика должна находиться в публичном доступе или, по крайней мере, должна быть известна другим государствам, чтобы у них была

¹²³ См. A/71/10, п. 63, п. 3) комментария к выводу 4.

¹²⁴ A/C.6/71/SR.21, п. 99.

возможность возразить»¹²⁵. Соединенные Штаты Америки при этом полагали, что «то обстоятельство, что практика может не быть «общедоступной» или может быть не известной каким-либо странам, ...не делает ее неприменимой для целей формирования и выявления норм обычного международного права», предложив исключить из комментария соответствующее предложение или изменить его формулировку¹²⁶. Беларусь предложила включить в данный комментарий указание на подход к присвоению поведения государству, применяемый в статьях Комиссии об ответственности государств¹²⁷.

2. *Предложения Специального докладчика*

51. Специальный докладчик предлагает не вносить изменений в принятый в первом чтении проект вывода 5. Можно было бы подумать над изменением комментария, чтобы четче отразить значение доступности практики для формирования и – что, возможно, еще более важно – выявления обычного международного права. Можно напомнить, что отсылка к концепции присвоения, фигурирующая в статьях Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния, была признана (после обсуждения этого вопроса в Редакционном комитете) неуместной в данном контексте¹²⁸.

Вывод 6: Формы практики

1. *Полученные замечания и мнения*

52. Проект вывода 6 был в целом воспринят благосклонно, однако по нему все же было высказано несколько замечаний, касавшихся как формы, так и содержания. Российская Федерация, признав, что вся практика государственных органов и различных ветвей власти может считаться практикой государства для целей обычного международного права, заявила, что у нее «нет убежденности в отсутствии установленной иерархии различных форм практики»¹²⁹. Признав, что в комментарии говорится о возможном существовании в определенных случаях такой иерархии, она предложила более общую формулировку, из которой следовало бы «наличие иерархии в зависимости от положения конкретного органа в рамках вертикали власти (практика вышестоящего органа имеет большее значение, нежели практика нижестоящего) и его роли: на международной арене практика представителей органов исполнительной власти имеет большее значение, нежели практика органов, занимающихся прежде всего внутренними делами государства»¹³⁰. Словакия, напротив, высказала мнение, что «не следует выстраивать иерархию различных форм доказательств в рамках двух элементов»¹³¹. Кроме того, она «приветствовала тот факт, что перечисление различных форм практики и *opinio juris* имеет не исчерпывающий, а лишь иллюстратив-

¹²⁵ Там же, п. 106.

¹²⁶ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 9 текста оригинала.

¹²⁷ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 4.

¹²⁸ Заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 10 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>), второй доклад по теме «Выявление обычного международного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом ([A/CN.4/672](#)), сноска 74 и приведенные в ней ссылки.

¹²⁹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 52.

¹³⁰ Там же.

¹³¹ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 24.

ный характер, что оставляет возможности для анализа новых форм в будущем»¹³². Соединенные Штаты Америки согласились с тем, что, «как указано в проекте вывода 6, практика государств принимает различные формы», но высказались за изменение порядка перечисления примеров форм государственной практики в пункте 2 вывода таким образом, чтобы «оно начиналось с примеров более прикладных форм практики, поскольку именно они часто наиболее показательны»¹³³. Они представили в этой связи конкретные предложения, добавив, что такое изменение порядка перечисления «может также помочь читателю провести различие между практикой и *opinio juris*, поскольку заявления воплощают скорее второе»¹³⁴. Соединенные Штаты Америки предложили также добавить во второе предложение пункта 1 на английском языке слово «тау», «как для целей согласованности с первым и третьим предложениями (где оно фигурирует), так и для того, чтобы подчеркнуть, что необходимо оценивать каждый акт государства для определения того, является ли он релевантной практикой для целей конкретного анализа обычного международного права»¹³⁵. По мнению Израиля, упоминание вербальных актов как формы практики должно сопровождаться словом «иногда», а в комментарии следует четко указать, что «случайные» или «незапланированные» заявления государственных должностных лиц «недостаточны для целей выявления обычного международного права и не должны иметь в этой связи какого-либо веса»¹³⁶. Австрия предложила охватить в выводе 6 (как сделано в выводах 7 и 8) практику международных организаций¹³⁷.

53. Все государства, обратившиеся к вопросу бездействия как формы практики государств, подчеркнули, что бездействие может считаться практикой только тогда, когда оно является намеренным¹³⁸. Чили высказала в этой связи мнение, что проект вывода 6 следует «рассматривать в увязке с комментарием для обеспечения надлежащего понимания», что «для того, чтобы бездействие государства считалось практикой, то есть элементом обычая, оно должно быть намеренным актом этого государства, совершенным вполне осознанно и исключительно с этой целью»¹³⁹. Ирландия также приветствовала в этой связи «осмотрительность формулировок комментария»¹⁴⁰, а Соединенные Штаты Америки предложили внести в текст комментария ряд поправок, призванных

¹³² Там же.

¹³³ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 11–12 текста оригинала (где предлагается следующий порядок: «поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на местах»; законодательные и административные акты; решения национальных судов; дипломатические акты и переписка; поведение в связи с договорами; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции».)

¹³⁴ Там же, с. 11.

¹³⁵ Там же.

¹³⁶ Письменные замечания Израиля, п. 34 (где говорится о том, что «обычное международное право в основном регулирует физические действия, а регулирование обычными нормами вербального поведения редко имеет место»); там же, п. 26–27.

¹³⁷ Письменные замечания Австрии, с. 1 текста оригинала.

¹³⁸ См., например, в дополнение к замечаниям государств, о которых говорится в настоящем пункте, [A/C.6/71/SR.22](#), п. 7 (Греция), и п. 24 (Мексика).

¹³⁹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 100.

¹⁴⁰ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 34.

дополнительно «подчеркнуть ограниченность круга условий, при которых бездействие представляет собой форму практики государств»¹⁴¹. При этом, по мнению ряда других государств, в тексте вывода 6 должно быть прямое упоминание намеренного бездействия¹⁴².

54. В отношении упоминания в проекте вывода решений национальных судов Новая Зеландия высказала мнение, что в целом «для целей формирования или выявления норм обычного международного права было бы достаточно признание в качестве государственной практики решений судов более высокой инстанции», добавив, что «трудно представить себе ситуацию, при которой решение, отмененное вышестоящим судом, могло бы в данном контексте считаться практикой государства»¹⁴³. Израиль выступил с аналогичным предложением, призвав включить в вывод и комментарий разъяснение о том, что «акты (законы, решения и т.д.) должны быть окончательными и безусловными для целей признания» в качестве практики государства, с тем чтобы из комментария нельзя было сделать вывод, будто бы «неокончательные акты (например, законопроекты и временные меры) могут потенциально свидетельствовать о существовании соответствующей нормы обычного международного права»¹⁴⁴. В частности, он заявил, что «следует принимать во внимание... только решения судов более высокой инстанции» и что «заявления представителей государства должны считаться заявлениями государства только в том случае, если они были должным образом санкционированы и сделаны соответствующим лицом в его официальном качестве»¹⁴⁵. Австралия, напротив, считала, что «подход Комиссии, согласно которому решения национальных судов рассматриваются в качестве одной из форм государственной практики, одной из форм доказательства признания в качестве правовой нормы и, возможно, в качестве «вспомогательного средства» для определения существования нормы обычного права, отражен должным образом в проектах выводов 6, 10 и 13»¹⁴⁶. Греция предложила уточнить в комментарии различие между решениями национальных судов как одной из форм государственной практики и этими решениями как вспомогательным средством определения норм обычного права, поскольку это различие «не очевидно, и его сложно осуществить на практике»¹⁴⁷. Вьетнам выступил с аналогичным предложением¹⁴⁸.

2. *Предложения Специального докладчика*

55. Комиссия, возможно, пожелает учесть озабоченность многих государств, считающих, что требуется большая ясность по поводу обстоятельств, при которых практику составляет бездействие. Это можно сделать, исключив из пункта 1 слова «при определенных обстоятельствах» и отдельно указав, что

¹⁴¹ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 10 текста оригинала.

¹⁴² См. *A/C.6/71/SR.21*, п. 27 (Сальвадор предложил «посвятить бездействию отдельный пункт»); *A/C.6/71/SR.22*, п. 24 (Мексика) и п. 75 (Аргентина); письменные замечания Сингапура, п. 10 (где также сказано, что Комиссия «возможно, пожелает рассмотреть вопрос о замене слова "бездействие" на "намеренный отказ действовать"»); письменные замечания Новой Зеландии, п. 16; письменные замечания Израиля, п. 11; письменные замечания Нидерландов, п. 9.

¹⁴³ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 18.

¹⁴⁴ Письменные замечания Израиля, п. 20.

¹⁴⁵ Там же, п. 24 и 27.

¹⁴⁶ См. *A/C.6/71/SR.21*, п. 19.

¹⁴⁷ См. *A/C.6/71/SR.22*, п. 9.

¹⁴⁸ Там же, п. 51.

бездействие должно быть «намеренным». Это соответствовало бы настоящему комментарию, в котором прямо говорится, что «слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только преднамеренный отказ действовать может [считаться практикой]»¹⁴⁹. Предлагается также усовершенствовать пункт 1 путем объединения второго и третьего предложений. С учетом всех предложений этот пункт может выглядеть следующим образом:

Практика может принимать самые различные формы. Она может включать в себя как физические, так и вербальные акты, а также намеренное бездействие.

56. Специальный докладчик не считает, что только решения вышестоящих судов могут считаться государственной практикой. При таком подходе были бы упущены возможные формы функционирования государства (и его судебных органов)¹⁵⁰. Так, стороны (не обязательно включающие в себя государство) могут по каким-то причинам решить не обжаловать решение суда нижестоящей инстанции, даже будучи не согласны с ним, а вышестоящий суд может обладать полномочиями отказываться по своему усмотрению принимать к рассмотрению апелляционные жалобы, если он согласен с решением суда нижестоящей инстанции. В то же время представляется очевидным придание в целом большего веса решениям судов вышестоящей инстанции, а в тех случаях, когда решение суда нижестоящей инстанции было отменено вышестоящим судом по конкретному вопросу, первоначальное решение, как правило, теряет доказательную ценность. Такие обстоятельства, имеющие отношение к вопросу о том, отражает ли определенная практика позицию государства, вполне могут быть приняты во внимание, как это предусмотрено (а на самом деле требуется) выводами 3 и 7. Можно было бы отточить формулировку комментария к выводу 6, который в настоящее время гласит: «весьма вероятно, что больший вес будет придан решениям судов более высокой инстанции» и «решения, которые были отменены по конкретному вопросу, вряд ли будут считаться значимыми». Кроме того, хотя в комментарии уже говорится о двух возможных ролях решений национальных судов¹⁵¹, в него могут быть включены дополнительные указания в связи с данным вопросом.

57. Что касается порядка перечисления возможных форм практики в пункте 2, то в настоящем тексте нашел отражение сознательный выбор Редакционного комитета, который обсудил этот вопрос и принял решение изменить первоначально предложенную Специальным докладчиком формулировку, с тем чтобы перечень «начинался с общих форм практики на международном уровне и заканчивался формами практики на национальном уровне»¹⁵². Комиссия, возможно, пожелает пересмотреть порядок следования элементов в перечне таким

¹⁴⁹ См. A/71/10, п. 63, п. 3) комментария к выводу 6.

¹⁵⁰ В деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд при исследовании государственной практики в форме решений национальных судов по вопросу о том, имеет ли государство право на иммунитет при рассмотрении в суде дел о преступлениях, предположительно совершенных его вооруженными силами в ходе вооруженного конфликта, принял к сведению решения нижестоящих бельгийских судов: см. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 133, para. 74.

¹⁵¹ См. A/71/10, п. 63, п. 6) комментария к выводу 6.

¹⁵² См. заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 13–14 текста на английском языке, размещенное по адресу <http://legal.un.org/ilc/> (где он добавляет, что «порядок перечисления форм практики не имеет значения, ... был выбран в ходе редакционной работы и не означает, что какая-либо конкретная форма

образом, чтобы начать с наиболее традиционных форм практики. В любом случае перечисленные формы практики вполне могут применяться *mutatis mutandis* к международным организациям.

58. В пункте 3 этого вывода сказано, что никакой заранее установленной иерархии различных форм практики не существует. Цель этого пункта – пояснить, что в абстрактном смысле никакая форма практики не имеет более высокой доказательной ценности, чем другие. Редакционный комитет включил его, в частности, для того, чтобы показать, что порядок, в котором формы практики перечислены в пункте 2, «не означает, что какая-то конкретная форма практики априори важнее какой-либо другой»¹⁵³. Как отметил председатель Редакционного комитета, пункт 3, «однако, не означает, что все формы государственной практики имеют одинаковый вес. Словосочетание «заранее установленной» указывает на то, что, если такая иерархия существует, ее необходимо оценивать в каждом конкретном случае отдельно»¹⁵⁴. Вопрос о том, какие формы практики должны иметь больший вес в конкретном случае, рассматривается в выводе 3 (а также в выводе 7), и в комментарии к нему признается, что «наиболее релевантной в международном плане зачастую является практика исполнительной власти»¹⁵⁵. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить пункт 3, или это пояснение уместнее поместить в комментарии.

Вывод 7: Оценка практики государства

1. Полученные замечания и мнения

59. В отношении проекта вывода 7 поступило мало замечаний. Соединенные Штаты Америки выразили обеспокоенность в связи с тем, что пункт 2 «может быть неправильно истолкован таким образом, будто бы в случае, если практика какого-либо государства различна, то ей придается меньший вес по сравнению с практикой других государств согласно обычному международному праву», что может противоречить принципу суверенного равенства государств¹⁵⁶. По их мнению, было бы правильнее считать, что «государство с различающейся практикой, возможно, подтверждает заявленное правило не так однозначно, как государство, практика которого подтверждает его последовательно», и что в текст проекта вывода следует внести соответствующие изменения¹⁵⁷. Израиль отметил, что проект вывода 7 не отражает тот факт, что «различия в практике часто свидетельствует [лишь] о том, что государство не считает себя обязанным действовать каким-либо конкретным образом»¹⁵⁸. Он предложил либо вовсе исключить пункт 2, либо внести в него изменения, из которых следовало бы, что в

практики имеет априори большее значение, чем какая-либо другая»); см. также предложение Специального докладчика Майкла Вуда во втором докладе по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/672), п. 48.

¹⁵³ Заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 14 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁵⁴ Там же. В комментарии к выводу 6 в отношении пункта 3 указывается, что «в отдельных случаях, как разъясняется в комментариях к проектам выводов 3 и 7, различным формам (или проявлениям) практики, возможно, должен придаваться различный вес при их контекстуальной оценке» (A/71/10, п. 63, п. 7) комментария к выводу 6).

¹⁵⁵ Там же, п. 5) комментария к выводу 7.

¹⁵⁶ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 12 текста оригинала.

¹⁵⁷ Там же, с. 12–13.

¹⁵⁸ См. A/C.6/71/SR.22, п. 39.

случае применения государством непоследовательной практики вес, который надлежит ей придавать, должен зависеть от обстоятельств¹⁵⁹. Российская Федерация считала, что практика разных государственных органов должна иметь разное значение для целей выявления норм обычного международного права (в международном плане преобладающую силу следует признать за практикой исполнительной власти), и что, таким образом, в принципе не все различия в практике государства должны ослаблять ее важность¹⁶⁰. Нидерланды отметили важность учета при оценке практики государства материалов не только на «основных», но и на других языках¹⁶¹.

2. *Предложения Специального докладчика*

60. В выводе 7 содержатся важные указания относительно оценки практики конкретного государства¹⁶². В пункте 1 говорится о том, что следует учитывать всю имеющуюся практику конкретного государства, которую следует оценивать во всей совокупности, с тем чтобы определить фактическую позицию государства в отношении предполагаемой нормы обычного международного права. Этот тезис, который находит отражение и в решениях Международного Суда¹⁶³, не вызвал возражений. Пункт 2 гласит, что в тех случаях, когда практика государства различна, такой практике может придаваться меньший вес. Это значит, что данным правилом следует руководствоваться в тех ситуациях, когда факты свидетельствуют о непоследовательности конкретного государства в том смысле, что различные органы этого государства или один и тот же орган в разные моменты времени демонстрируют разные позиции в отношении предполагаемой нормы.

61. Как пояснил в 2014 году председатель Редакционного комитета, «использование слова «может» [в пункте 2 вывода 7] означает, что к данному вопросу... необходимо подходить с осторожностью, поскольку не каждый случай должен приводить к такому последствию [приданию меньшего веса практике государства]»¹⁶⁴. Слово «может», которого не было в первоначально предложенном Специальным докладчиком тексте этого проекта вывода, было добавлено именно в ответ на замечания членов Комиссии относительно возможной иерархии различных форм практики и противоречивой практики одного и того же государства. В проекте комментария также указано, что «к такой оценке необходимо подходить с осторожностью и что из этого не следует, что во всех случаях будет непременно сделан один и тот же вывод... например, различия в практике нижестоящих и вышестоящих органов одного и того же государства вряд ли приведут к тому, что практике вышестоящего органа будет придаваться меньший вес... практика органов центрального правительства зачастую будет более значимой, чем практика составных частей федеративного государства или политических подразделений соответствующего государства; и практика

¹⁵⁹ Письменные замечания Израиля (2018), п. 36 (где предлагается также внесение соответствующего изменения в комментарий).

¹⁶⁰ См. A/C.6/71/SR.21, п. 52.

¹⁶¹ Там же, п. 130.

¹⁶² См. также заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 14 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁶³ См. второй доклад по теме «Выявление обычного международного права» (A/CN.4/672), п. 50.

¹⁶⁴ Заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 15 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

исполнительной власти зачастую является наиболее релевантной в международном плане, хотя, возможно, необходимо принимать во внимание конституционное положение различных органов, о которых идет речь»¹⁶⁵. В комментарии также упоминается дело *О рыболовстве*, в котором в силу конкретных обстоятельств Международный Суд пришел к заключению о том, что «не стоит придавать слишком большого значения тем немногочисленным неясностям или противоречиям, действительно или предположительно обнаруживаемым... в норвежской практике»¹⁶⁶. Германия поддержала включение в комментарий такого пояснения, поскольку в нем уточняется, что не всегда отсутствие последовательности в практике органов государства должно приводить к приданию его практике меньшего значения¹⁶⁷.

62. Специальный докладчик признает, что текст пункта 2 можно подкорректировать таким образом, чтобы в нем была более четко отражена необходимость проявления осторожности в освещаемых в нем ситуациях и, таким образом, были учтены имеющиеся опасения. Он предлагает изменить пункт 2 вывода 7 следующим образом:

В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике, в зависимости от обстоятельств, может придаваться меньший вес.

Соответствующие изменения к комментарию будут предложены согласно установленному порядку.

Вывод 8: Практика должна быть всеобщей

1. Полученные замечания и мнения

63. Проект вывода 8 был в целом одобрен, но поступил ряд предложений по поправкам к тексту вывода и комментария. По мнению Российской Федерации, формулировка «"всеобщая практика" может быть слишком легковесной», и уместнее было бы использовать формулировку «устоявшаяся практика», которая была использована в решении Международного Суда по делам *О континентальном шельфе в Северном море*¹⁶⁸. Она также заявила, что предпочитает формулировку «обширной и практически единообразной» словам «достаточно широко распространена и репрезентативна»¹⁶⁹. Соединенные Штаты также предложили включить в вывод 8 упоминание стандарта «обширной и практически единообразной» практики, «поскольку он широко признается государствами в качестве условия, которое, как правило, должно быть выполнено для выявления нормы обычного международного права»¹⁷⁰. Соединенные Штаты считают неподходящим слово «достаточно» в пункте 1 проекта вывода, поскольку оно не квалифицирует «размах и свойство государственной практики, необходимой

¹⁶⁵ См. A/71/10, п. 63, п. 5) комментария к выводу 7.

¹⁶⁶ Там же (включая также замечание Суда о том, что такие неясности или противоречия «можно легко понять, учитывая разнообразие фактов и условий на протяжении длительного времени»).

¹⁶⁷ См. A/C.6/71/SR.21, п. 117.

¹⁶⁸ Там же, п. 48.

¹⁶⁹ Там же, п. 53.

¹⁷⁰ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 13 текста оригинала.

для выявления нормы обычного международного права»¹⁷¹. По мнению Израиля, в комментариях необходимо включить отсылку к требованию, согласно которому практика должна быть «практически единообразной», и следует четко обозначить, что «государства, применяющие конкретную практику, ...должны быть значительно и заметно более влиятельными, чем государства, которые не применяют такую практику»¹⁷².

64. Ряд стран выступили с критикой по поводу отсутствия прямого указания на «государства, чьи интересы затронуты особо». Китай считал уместным расширить комментарии к проектам выводов 8 и 9, включив в них «дополнительное уточнение относительно того, что практике и *opinio juris* «"государств, чьи интересы затронуты особо", следует уделять больше внимания»¹⁷³. Он сослался в этой связи на предыдущие решения Международного Суда, пояснив, что «[п]рактика любой страны, большой или малой, богатой или бедной, сильной или слабой, должна в полной мере приниматься во внимание при условии, что эта страна имеет конкретный интерес в формировании норм в конкретной области и оказывает на этот процесс реальное влияние. Как «"государства, чьи интересы затронуты особо", такие страны могут играть определенную роль в формировании норм обычного международного права»¹⁷⁴. По мнению Нидерландов, «государства, чьи интересы затронуты особо», должны упоминаться в самом тексте выводов 8 и 9, а не только в комментариях к ним (где этот термин должен быть, тем не менее, «дополнительно разъяснен»)¹⁷⁵. Ссылаясь на решение по делам *О континентальном шельфе в Северном море*, они предложили включить в проект выводов четкое пояснение, что «практика и *opinio juris* таких государств является неотъемлемым элементом выявления существования нормы обычного международного права» и «им необходимо придавать больший вес, чем практике и *opinio juris* других государств»¹⁷⁶. Соединенные Штаты Америки также высказались в пользу «включения упоминания важной роли государств, чьи интересы затронуты особо, в сам текст [вывода 8]», объяснив это тем, что «требование принятия во внимание практики государств, чьи интересы затронуты особо, является неотъемлемой частью стандарта, сформулированного в решении по делам *О континентальном шельфе Северного моря*»¹⁷⁷. При этом они выразили обеспокоенность в связи с тем, что в своем нынешнем виде выводы и комментарии могут запутать данный вопрос¹⁷⁸. Израиль также высказал мнение, что государства, чьи интересы затронуты особо, «имеют решающее значение для формирования и, соответственно, выявления обычных

¹⁷¹ Там же (где также сказано: «действительно возникает вопрос о том, какая практика должна считаться «достаточно» широкой и распространенной для соответствия стандарту»).

¹⁷² Письменные замечания Израиля, п. 29.

¹⁷³ Письменные замечания Китая, с. 2 текста оригинала.

¹⁷⁴ Там же.

¹⁷⁵ Письменные замечания Нидерландов, п. 10–11.

¹⁷⁶ Там же.

¹⁷⁷ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 13 текста оригинала.

¹⁷⁸ Там же (где утверждается, что «проекты выводов и комментарии к ним могут вызвать путаницу, поскольку в проекте вывода объясняется значение понятия «всеобщая практика», но указания на «государства, чьи интересы затронуты особо», нет, а в пункте 4) комментария говорится, что их практика «является важным фактором», а сама формула «чьи интересы затронуты особо» упоминается только в сноске»).

норм»¹⁷⁹ и что их практика (и *opinio juris*) является не только «незаменимым элементом определения факта существования какой-либо обычной международной нормы, ...но и должна иметь существенно больший вес по сравнению с практикой других государств»¹⁸⁰. Он предложил внести в текст вывода 8 (а также 9) и комментария к нему поправки, призванные привлечь особое внимание к этому обстоятельству¹⁸¹.

65. Соединенные Штаты Америки далее высказали мнение, что в выводе 8 следует «прямо признать, что при оценке того, является ли какая-либо норма обычной нормой международного права, должна анализироваться практика государств, которое не поддерживает такое заключение», отметив важнейшее значение признания за такой практикой достаточного веса¹⁸².

2. Предложения Специального докладчика

66. Термин «всеобщая практика» фигурирует в пункте 1 b) статьи 38 Статута Международного Суда и обычно используется для обозначения «материального» (или «объективного») элемента обычного международного права. Он также встречается в проектах других выводов¹⁸³ и по всему тексту комментария, который был принят в первом чтении. Специальный докладчик считает, что его не следует исключать из текста вывода 8.

67. Что же касается более четкого разъяснения значения в данном контексте прилагательного «всеобщая» – «основного прилагательного, квалифицирующего практику для целей определения факта существования и содержания той или иной нормы международного обычного права»¹⁸⁴, в чем и заключается смысл вывода 8, – то Специальный докладчик хотел бы напомнить, что в нынешней формулировке этот вывод «вдохновляется решениями Международного Суда [и] отражает гибкость обычного международного права и ситуации, при которых оно возникает»¹⁸⁵. Выражение «обширна и практически единообразна» в решении по делам *О континентальном шельфе Северного моря*¹⁸⁶ является лишь одной из формулировок, использованных Судом для обозначения критерия всеобщей практики; в том же самом решении он также использовал термин «устоявшаяся практика»¹⁸⁷ и формулу «достаточно распространена и

¹⁷⁹ Письменные замечания Израиля, п. 29 (где Израиль добавляет, что «в тех случаях, когда накопленная практика и *opinio juris* государств, чьи интересы затронуты особо, не согласуются с предлагаемой нормой или такая предлагаемая норма не подкрепляется практикой и *opinio juris* этих государств, ...это должно служить доказательством того, что такой нормы не существует. Кроме того, этот подход отражен в пункте 74 решения Международного Суда по делам *О континентальном шельфе Северного моря*»).

¹⁸⁰ Там же.

¹⁸¹ Там же, п. 30.

¹⁸² Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 13–14 текста оригинала.

¹⁸³ Термин «всеобщая практика» встречается также в тексте выводов 2, 3, 4, 9, 11, 12 и 16.

¹⁸⁴ Заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 16 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁸⁵ Там же.

¹⁸⁶ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 44, para. 77 and p. 45, para. 79. См. также *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 122, para. 55.

репрезентативна»¹⁸⁸. При рассмотрении других дел Суд применял критерий всеобщей практики, означающий практику, которая является «в целом последовательной...»¹⁸⁹, «закрепившейся и существенной»¹⁹⁰, «единообразной и широко распространенной»¹⁹¹ или «постоянной и единообразной»¹⁹².

68. Ни одно из этих выражений не определяет точного количества и качества практики, необходимых для идентификации какой-либо конкретной нормы обычного международного права. Это в принципе невозможно, и задачи такой не стоит. В этой связи важное значение для обозначения того, как в конкретном случае должна оцениваться степень всеобщности практики, может иметь слово «достаточно»¹⁹³. Оно встречается в решениях Международного Суда и других судов именно в этом смысле¹⁹⁴. Оно может оказаться особенно полезно, с одной стороны, для привлечения внимания к тому факту, что практика должна быть настолько всеобщей, чтобы служить основой для нормы обычного международного права или выражать ее, а с другой стороны, для обеспечения некоторой степени гибкости, которая является неотъемлемым свойством этого источника международного права.

69. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, отражает ли словосочетание «практически единообразная» более точно, чем слово «последовательная», этот аспект всеобщности. Специальный докладчик предлагает изменить пункт 1 вывода 8 следующим образом:

¹⁸⁸ Ibid., p. 42, para. 73 (где отдельно упоминаются «другие элементы, которые обычно считаются необходимыми для того, чтобы можно было считать договорную норму нормой общего международного права»).

¹⁸⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para. 186.

¹⁹⁰ Ibid., at p. 106, para. 202.

¹⁹¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 102, para. 205.

¹⁹² *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40.

¹⁹³ Председатель Редакционного комитета в 2014 году пояснил, что «...число государств, следующих соответствующей практике, может различаться от случая к случаю, что и отражает слово «достаточно». Кроме того, практику также должна применять достаточно представительная группа государств, как правило, представляющих разные регионы мира. То, какое число государств считается репрезентативной группой, также зависит от конкретной рассматриваемой нормы, и это требование также следует рассматривать с определенной степенью гибкости»: заявление председателя Редакционного комитета (7 августа 2014 года), с. 16 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁹⁴ См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 and p. 45, para. 79; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299, para. 111; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para. 186 and p. 108, para. 205; 2 BvR 1506/03, German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para. 59 («Такая практика, однако, не является достаточно широко распространенной для того, чтобы ее можно было рассматривать как закрепившуюся практику, создающую обычное международное право»). См. также второй доклад Специального докладчика Майкла Вуда по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/672), п. 52–53, в частности сноску 154.

Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, а также практически единообразна.

70. Относительно «особо затронутых государств» Специальный докладчик напоминает, что в его втором докладе отмечалось, что «должное внимание следует уделить практике «государств, интересы которых затрагиваются особо», в тех случаях, когда такие государства можно определить»¹⁹⁵. В нем также приводился проект пункта, касающегося этого вопроса¹⁹⁶. В 2014 году в ходе пленарного заседания одни члены Комиссии высказались в поддержку этой формулы, в то время как другие подвергли ее критике. Как пояснил в том же году Специальный докладчик, некоторые из этих критических замечаний были «не вполне заслуженными. Некоторые члены, судя по всему, не вполне поняли идею данного [предложенного] положения, которое отражает практику Международного Суда. В его намерение определенно не входило утверждать, что практика некоторых «великих держав» или постоянных членов Совета Безопасности должна рассматриваться как имеющая первостепенное значение для формирования норм обычного международного права. Он полагал, что содержания [доклада] достаточно для разъяснения смысла данного положения, особенно с учетом того, что его формулировка не предполагает обязательного к исполнению требования... и того, что категория государств, «чьи интересы затронуты особо», меняется от случая к случаю и ни в коей мере не подразумевает никакое государство конкретно»¹⁹⁷. Иными словами, не следует переоценивать значение для выявления обычного международного права понятия «особо затронутых государств». Оно не предполагает, что анализируется *одна лишь* практика особо затронутых государств, чего, по-видимому, некоторые опасаются; оно означает только то, что практика этих государств должна быть принята во внимание. При понимании, что в нынешней формулировке вывод 8 включает в себя этот элемент, Специальный докладчик предлагает Комиссии попытаться учесть высказанную в этой связи озабоченность, скорректировав соответствующим образом комментарий к нему.

71. Кроме того, Специальному докладчику представляется очевидным, что при любом анализе существования всеобщей практики необходимо принимать во внимание и рассматривать противоречивую или непоследовательную практику «в частности, именно тех государств, которые, как утверждается, следуют [предполагаемому] обычаю или его устанавливают»¹⁹⁸. В комментарий может быть включено соответствующее уточнение.

¹⁹⁵ Там же, п. 54 (где также сказано, что «иными словами, при любом анализе международной практики следует принимать во внимание практику тех государств, которых рассматриваемая норма «затрагивает в большей степени, чем другие государства, и которые более заинтересованы в ней по сравнению с другими», и такая практика должна иметь особый вес (в той мере, в какой, в соответствующих обстоятельствах, эта практика может помешать формированию нормы)»).

¹⁹⁶ Там же, п. 59 (было высказано мнение, что вывод, касающийся универсальности практики, должен содержать в себе пункт следующего содержания: «При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо»).

¹⁹⁷ [A/CN.4/SR.3227](#): предварительный краткий отчет о 3227-м заседании Комиссии (18 июля 2014 года), с. 5 текста на английском языке (где резюмируется обсуждение, состоявшееся в ходе пленарного заседания).

¹⁹⁸ Если процитировать отдельное мнение и судей Фостера, Бенгзона, Хишенеса де Арачаги, Нажендра Сингха и Руды по делу *О рыбопромысловой юрисдикции*

Часть четвертая: Признание в качестве правовой нормы (opinio juris)

Вывод 9: Требование признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Полученные замечания и мнения

72. Ряд государств высоко оценили «подробные замечания относительно характера второй составляющей» – признания в качестве правовой нормы, – включая четкое разграничение такого признания и «внеправовых мотивов для действий или бездействия, включая вежливость, политическую целесообразность или удобство, посредством тщательного анализа контекста»¹⁹⁹. Австрия, в свою очередь, предложила отразить в комментариях «значение второго аспекта субъективной составляющей обычного международного права, – opinio necessitatis», отметив, что, «как показывает доктрина, некоторые в других случаях противоправные действия государств могут считаться политически, экономически или морально необходимыми»²⁰⁰. Судан пожелал подчеркнуть, что «принцип opinio juris должен предполагать учет практики во всех регионах мира и во всех существующих правовых системах»²⁰¹. Ряд других государств высказались в поддержку включения четкого указания на важность признания практики в качестве правовой нормы особо затронутыми государствами²⁰².

73. Соединенные Штаты Америки предложили заменить слова «с сознанием» в определении термина «признание в качестве правовой нормы», содержащегося в пункте 1 («такая практика должна быть принята с сознанием юридического права или юридического обязательства») словами «из осознания»²⁰³. Как было разъяснено, если такая поправка будет внесена, «это позволит более четко обозначить, что вся практика в целом должна быть принята из осознания юридического обязательства»²⁰⁴. Кроме того, согласившись «в принципе с тем, что по международному праву за государствами признаются определенные права», Соединенные Штаты Америки предложили исключить прямое упоминание концепции юридического права в определении признания в качестве правовой нормы²⁰⁵. Они пояснили, что упоминание «юридического права» излишне, поскольку «государства в целом понимают, что слова «принята в силу осознания юридического обязательства» подразумевают в соответствующих случаях

(*Соединенное Королевство Великобритании против Исландии*), *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 50, para. 16.

¹⁹⁹ См., соответственно, совместные письменные замечания стран Северной Европы, с. 1 текста оригинала и [A/C.6/71/SR.20](#), п. 51 (Финляндия от имени стран Северной Европы).

²⁰⁰ Письменные замечания Австрии, с. 2 текста оригинала.

²⁰¹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 138.

²⁰² См. п. 64 выше.

²⁰³ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 7 текста оригинала.

²⁰⁴ Там же.

²⁰⁵ Там же, с. 7–8 текста оригинала.

практику государств, принятую в силу осознания юридического права или обязательства»²⁰⁶, и что оно также может ввести в заблуждение, «будто для установления того, как государства *могут* действовать, требуется анализ практики государства и *opinio juris*, аналогичный тому, который требуется для определения того, как государства *должны* действовать»²⁰⁷. В связи с этим было предложено оставить в выводе 9 лишь «общую формулировку» с указанием только юридических обязательств, а приведенные выше пояснения включить в комментарий²⁰⁸. Другие государства, однако, не высказали никакого несогласия с определением, содержащимся в проекте вывода 9: так, Индия, например, согласилась с Комиссией в том, что «практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*), должна быть принята с сознанием юридического права или юридического обязательства»²⁰⁹.

2. Предложения Специального докладчика

74. Как объяснялось во втором докладе по данной теме, в международной практике и доктрине используется целый ряд различных выражений для обозначения элемента признания в качестве правовой нормы и его взаимосвязи с другим конститутивным элементом обычного международного права²¹⁰. Специальный докладчик хотел бы напомнить, что, прежде чем принять пункт 1 проекта вывода 9 в нынешней редакции, «члены Редакционного комитета высказали ряд предложений по изменению редакции и этого положения»²¹¹. Как зафиксировано в заявлении, сделанном председателем Редакционного комитета в 2015 году, «Комитет пришел к выводу, что слова «быть принята с» (в тексте на английском языке – «undertaken») позволяют обозначить тесную связь между двумя элементами признания в качестве правовой нормы лучше, чем предлагавшееся ранее слово "сопровождаться"»²¹². Этой формулировке было отдано предпочтение, поскольку она указывает, в частности, на то, что «данная практика не должна мотивироваться исключительно правовыми соображениями для того, чтобы стать релевантной для выявления норм международного обычного права»²¹³.

²⁰⁶ Там же, с. 7 текста оригинала (далее поясняется, что добавление в проект вывода «права или» чревато формированием у читателя ложного представления, будто выражение «осознание юридического обязательства» не подразумевает концепцию юридических прав).

²⁰⁷ Там же (где на с. 8 текста оригинала со ссылкой на принцип, постулированный в деле *Lotus*, сказано также, что «государства не обязаны устанавливать *opinio juris* или тот факт, что общая и последовательная практика государств подтверждает законность практики, прежде чем они могут на правомерных основаниях заниматься практикой, на которую не распространяются никакие иные юридические ограничения», они также сослались на принцип).

²⁰⁸ Там же, с. 8 текста оригинала.

²⁰⁹ A/C.6/71/SR.24, п. 17.

²¹⁰ См. также второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/672), п. 67.

²¹¹ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 7 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹² Там же. В тексте, первоначально предложенном Специальным докладчиком, использовалось слово «сопровождаться»: Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/672), с. 64, п. 69.

²¹³ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 7 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

75. Что касается выражения «*opinio necessitatis*», то, согласно широко распространенному мнению, латинское выражение «*opinio juris sive necessitatis*» предполагает один единственный критерий оценки, о чем свидетельствует тот факт, что оно обычно сокращается до «*opinio juris*» (в том числе в решениях Международного Суда²¹⁴). Это само по себе вполне может иметь самостоятельное значение. В целом необходимым элементом считается наличие *opinio* (такого мнения) о праве, согласно которому существующее или формирующееся право требует или разрешает совершение того или иного действия²¹⁵. Практика, объясняющаяся соображениями исключительно политической, экономической или моральной необходимости, едва ли может рассматриваться как вносящая вклад в обычное международное право – разумеется, с точки зрения его выявления, в отличие от, например, его зарождения²¹⁶. Это не означает, что такие соображения не могут использоваться в дополнение к признанию в качестве правовой нормы.

76. Словосочетание «сознание юридического обязательства» содержалось в первоначально предложенном Специальным докладчиком определении «требования признания в качестве правовой нормы»²¹⁷, но после завершения прений в пленарном заседании Специальный докладчик внес поправки в свое первоначальное предложение, с тем чтобы разъяснить, что в основе соответствующей практики могут лежать не только сознание юридической обязательности, но и сознание юридического права²¹⁸. Действительно, как отметили также Соединенные Штаты, государства, осуществляющие свои права в соответствии с обычным международным правом «могут делать это исходя из правового убеждения в наличии у них соответствующего законного права»²¹⁹. Международный

²¹⁴ См. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 122–123, para. 55 and p. 135, para. 77; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 254, paras. 65, 67 and p. 255, paras. 70, 71, 73; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, at p. 29, para. 27; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 299, para. 111. В тех случаях, когда Суд (также) использовал более длинную формулировку этого латинского выражения, он прямо указывал на сознание юридического обязательства: *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 109, para. 207 (со ссылкой на дела *North Sea Continental Shelf*). В деле *О праве прохода* Суд не использовал длинный вариант латинского выражения, хотя в решении было отражено, что Португалия выступила с таким предложением; вместо этого Суд использовал словосочетание «признание в качестве правовой нормы» (см. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at pp. 11 and 40).

²¹⁵ См. второй доклад по теме «Выявление обычного международного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/672), п. 65 (где цитируется Н. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 78).

²¹⁶ См. также второй доклад по теме «Выявление обычного международного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/672), с. 53, п. 61.

²¹⁷ Там же, с. 64, п. 69.

²¹⁸ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 7 текста на английском языке (размещено по адресу <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹⁹ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 7 текста оригинала.

Суд также говорит о практике, «свидетельствующей о наличии общего признания существования правовой нормы или юридического обязательства»²²⁰ и «практике, свидетельствующей об убежденности в существовании своего рода общего правомочия государств»²²¹.

77. Таким образом, Специальный докладчик считает, что текст вывода 9, принятый в первом чтении, следует оставить без изменений. В дальнейшем могут быть предложены изменения в комментарий в целях уточнения того, что для выявления нормы обычного международного права помимо всеобщей практики требуется также репрезентативное (а не просто широкое²²²) признание в качестве нормы права, в том числе со стороны государств, чьи интересы затронуты особо.

Вывод 10: Формы доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

1. Полученные замечания и мнения

78. Государства, высказавшиеся по проекту вывода 10, главным образом призывали проявлять максимальную осмотрительность в вопросе использования бездействия как доказательства признания в качестве правовой нормы²²³. Так, Таиланд одобрил использование «более точной формулировки – "отсутствие реакции в течение периода времени на практику"»²²⁴. Ирландия приветствовала «четкое» обозначение в комментарии конкретных условий, при которых бездействие может иметь доказательную ценность для подтверждения признания в качестве правовой нормы²²⁵. Китай согласился с тем, что само по себе «бездействие не может рассматриваться как подразумеваемое согласие; при определении того, является ли бездействие государства намеренным и, таким образом, могущим служить доказательством *opinio juris*, необходимо принимать во внимание осведомленность государства о соответствующих нормах и его возможности реагировать»²²⁶. Австралия подчеркнула, что «нельзя ожидать, что государства будут реагировать на все, а присвоение бездействию правовой значимости должно зависеть от обстоятельств дела»²²⁷. Нидерланды также предложили упомянуть в комментарии, что государства могут реагировать конфиденциально, и коснуться «роли пояснений, которые могут быть даны государствами на более позднем этапе по поводу своей позиции и возможного молчания»²²⁸. Новая Зеландия отметила, что отсутствие реакции может означать признание в качестве правовой нормы лишь при определенных обстоятельствах и

²²⁰ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74.

²²¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 108, para. 206.

²²² См. A/71/10, п. 63, п. 5) комментария к выводу 9.

²²³ См. замечания государств, указанные ниже, и A/C.6/71/SR.21, п. 55 (Российская Федерация); A/C.6/71/SR.24, п. 11 (Индонезия).

²²⁴ См. A/C.6/71/SR.22, п. 44.

²²⁵ Там же, п. 34.

²²⁶ См. A/C.6/71/SR.20, п. 67.

²²⁷ См. A/C.6/71/SR.21, п. 17 (с добавлением, что «бездействие не следует считать априори доказательством признания в качестве правовой нормы, и государству сначала необходимо узнать об определенной практике и иметь разумное время для реагирования»).

²²⁸ Письменные замечания Нидерландов, п. 13.

не может презюмироваться, в частности, потому, что государство может предпочесть отреагировать в конфиденциальном порядке²²⁹. Согласившись с формулировкой, фигурирующей в пункте 3, Новая Зеландия предложила включить «дополнительные элементы, обозначенные» в комментарии, в текст самого проекта вывода²³⁰. Чешская Республика также выразила озабоченность в связи с тем, что в нынешней редакции пункт 3 проекта вывода 10, возможно, «не предусматривает надлежащую защиту государств, открыто не высказывающих возражений против практики других государств, от ложного предположения о том, что они принимают формирующуюся норму обычного права»²³¹. Она пояснила, что «отсутствие реакции имеет разное значение в зависимости от масштабов и степени влияния той или иной практики на права и обязанности государства» и «отсутствие реакции должно рассматриваться в общем контексте ситуации, в частности в тех случаях, когда государство, не реагирующее на поведение другого государства, последовательно придерживается иной практики в собственном поведении по отношению к другим государствам»²³². Кроме того, Чешская Республика предложила Комиссии «проанализировать различия между ситуациями, когда отсутствие реакции на соответствующую практику может привести к появлению нормы обычного международного права в области, которая еще не регулируется какой-либо нормой обычного международного права, и ситуациями, при которых новая обычная норма, в случае ее возникновения, будет отличаться от уже устоявшейся»²³³.

79. Другие государства высказались за более строгий подход. Соединенные Штаты согласились с тем, что отсутствие реакции в течение определенного времени может свидетельствовать о признании в качестве правовой нормы только в том случае, если государство имеет возможность отреагировать и об-

²²⁹ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 19.

²³⁰ Там же, п. 20 (в котором, в частности, говорится о критерии, согласно которому государство, решившее воздержаться от реакции должно «быть напрямую затронуто данной практикой, быть осведомлено об этой практике и располагать достаточным временем и возможностями для реагирования»).

²³¹ См. A/C.6/71/SR.21, п. 8.

²³² Там же (где поясняется также, что «государства, как правило, открыто высказывают возражения или заявляют протест, если определенная практика оказывает прямое или существенное воздействие на их интересы, но когда практика затрагивает многие или все государства, оценки относительно того, следует ли реагировать и если следует, то каким образом, начинают различаться»). В своих письменных замечаниях Чешская Республика добавила, что Комиссии следует уделять больше внимания «проведению различия между, с одной стороны, отсутствием реакции государств, которые особенно (существенно или непосредственно) причастны к соответствующей практике других государств, заинтересованы или затронуты ею и осведомлены о правовой значимости своей реакции или ее отсутствия, и, с другой стороны, бездействием или отсутствием реакции со стороны других государств, которые могут исходить из политических, практических или иных соображений, не имеющих правовой природы и не связанных с сознанием юридического обязательства, проистекающего из обычных норм» (письменные замечания Чешской Республики, с. 2).

²³³ Письменные замечания Чешской Республики, с. 2 текста оригинала (где поясняется, что «тот факт, что некоторые нормы обычного права уже существуют, служит стабилизирующим фактором и в целом делает менее необходимым реагирование других государств на практику, отличающуюся от такой нормы (если исходить из принципа, что отклонение от устоявшейся нормы рассматривается как нарушение этой нормы, а не признак появления новой»)).

стоятельства требуют реакции, но при этом предложили включить дополнительный критерий, согласно которому решение не реагировать «должно быть принято из сознания юридического обязательства»²³⁴. Израиль также заявил, что необходимо наличие «доказательств того, что отсутствие реакции объясняется сознанием юридического обязательства, проистекающего из обычной нормы», предложив также упомянуть в комментарии о сложности разграничения на практике доказательств признания в качестве правовой нормы и простого бездействия²³⁵.

80. Что касается других форм доказательства признания в качестве правовой нормы, то Индия согласилась с тезисом о том, что юридические заключения государственных органов могут служить ценным свидетельством признания в качестве правовой нормы, заметив при этом, что «ознакомление с такими заключениями может быть трудной задачей, поскольку многие правительства не публикуют юридические заключения своих юристов»²³⁶. Нидерланды высказали мнение, что в отношении решений национальных судов, о которых говорится в проекте вывода 10, необходима оговорка, поскольку эти решения «могут представлять собой доказательство *opinio iuris* только в том случае, если они не были отвергнуты исполнительной властью»²³⁷. Беларусь считала, что «одним из подтверждений юридического признания обычной нормы международного права является повеление государства, свидетельствующее об его отказе от определенных преимуществ и выгод в пользу применения этой нормы»²³⁸. Вместе с тем Соединенные Штаты Америки призвали проявлять осторожность при оценке любых доказательств *opinio iuris* государства «для определения того, отражает ли оно взгляды этого государства на текущее состояние обычного международного права»²³⁹.

81. Вьетнам указал на «расхождения между формами практики государств, перечисленными в проекте вывода 6, и формами доказательства *opinio iuris*, перечисленными в проекте вывода 10», и предложил внести в текст необходимые в этой связи уточнения²⁴⁰. Республика Корея высказалась в том же ключе, назвав «вполне естественным» значительные сходства между перечнем форм государственной практики, приведенным в пункте 2 вывода 6, и перечнем доказательств признания в качестве правовой нормы, приведенным в пункте 2 вывода 10, но предложила во избежание путаницы «попытаться привести к единообразию употребление терминов и порядок их перечисления в выводах»²⁴¹. Она также предложила «разъяснить существующие расхождения»²⁴². Нидер-

²³⁴ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 10–11 текста оригинала (где предлагаются соответствующие изменения для внесения в текст вывода и комментария).

²³⁵ Письменные замечания Израиля, п. 14–15.

²³⁶ См. A/C.6/SR.24, п. 18.

²³⁷ Письменные замечания Нидерландов, п. 12 (с добавлением, что «...такие решения можно считать отвергнутыми в том случае, если исполнительная власть считает или заявляет вовне, что они не представляют позиции государства по данному вопросу. Это уточнение вытекает из тезиса о том, что *opinio iuris* требует единства мнений различных ветвей власти по соответствующему вопросу»).

²³⁸ Письменные замечания Беларуси, с. 3.

²³⁹ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 15 текста оригинала.

²⁴⁰ См. A/C.6/71/SR.22, п. 50.

²⁴¹ Письменные замечания Республики Корея, п. 3.

²⁴² Там же.

ланды предложили добавить в комментарий упоминание *opinio juris* международных организаций²⁴³ и, как и Австрия, выступили за разъяснение порядка их выявления или установления²⁴⁴.

2. Предложения Специального докладчика

82. Специальный докладчик согласен с тем, что из бездействия нельзя просто так делать вывод о признании в качестве правовой нормы²⁴⁵. Эта мысль нашла свое отражение в пункте 3 проекта вывода 10²⁴⁶ и дополнительно разъясняется в комментарии. При этом Специальный докладчик согласен с тем, что в комментарии можно дополнительно подчеркнуть, что в этом вопросе требуется особая осторожность, а также четко обозначить, что государства могут иначе объяснить свое молчание, если задать им соответствующий вопрос. Таким образом можно было бы, в частности, удовлетворить пожелания тех, кто высказался в поддержку дополнительного условия, согласно которому необходимо доказать, что бездействие объясняется признанием в качестве права, и которое кому-то может показаться своего рода плеоназмом.

83. Специальный докладчик согласен с предложением о включении в комментарий к проекту вывода 10 общего заявления о том, что подтверждения признания в качестве правовой нормы должны быть тщательно изучены на предмет того, отражают ли они юридическую оценку государством своих прав или обязательств по обычному международному праву. При проведении такой оценки, безусловно, могут приниматься во внимание любые различия во взглядах, которые могут существовать между разными органами государственной власти, что согласуется с порядком, закрепленным в выводе 7. В комментарии можно также пояснить, что вывод 10 применяется *mutatis mutandis* к международным

²⁴³ Письменные замечания Нидерландов, п. 14 (с добавлением о том, что *opinio juris* международных организаций «вытекает из международной правосубъектности таких организаций»).

²⁴⁴ Письменные замечания Австрии, с. 2. Письменные замечания Нидерландов, п. 7.

²⁴⁵ См. также позицию, заявленную недавно судьей Международного уголовного суда г-ном де Бришамбо в представленном им «мнении меньшинства» по делу *Прокурор против Омара Хасана Ахмеда аль-Башира*: «Хотя с учетом действующей нормы обычного международного права, касающейся иммунитета, при определенных обстоятельствах молчание или бездействие могут быть приравнены к молчаливому согласию, такое молчание также может всего лишь свидетельствовать о деликатной природе иммунитета и нежелании должностных лиц брать на себя обязательства в отношении определенной позиции по соответствующему вопросу» (No. ICC-02/05-01/09, Decision under article 87 (7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir (6 July 2017), para. 91); и см. F. Vismara, «Rilievi in tema di inaction e consuetudine internazionale alla luce dei recenti lavori della Commissione del diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 99, No. 4 (2016), pp. 1026–1041.

²⁴⁶ См. также заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 10 оригинала, размещенное по адресу <http://legal.un.org/ilc/> («Редакционный комитет разделяет мнение, согласно которому нельзя ожидать, что государства будут реагировать на каждое проявление практики других государств. Необходимо обращать внимание на обстоятельства, при которых не поступило реакции, поскольку они могут свидетельствовать о том, что государство, решающее не действовать, считает, что такая практика согласуется с обычным международным правом»).

организациям, поскольку их поведение может создавать указанные в перечне формы доказательства²⁴⁷.

84. Специальный докладчик считает, что имеются веские основания для того, чтобы перечень форм практики, содержащийся в проекте вывода 6, отличался от перечня форм доказательства признания в качестве правовой нормы, содержащегося в проекте вывода 10, а именно: в обоих случаях перечень призван указать на основные примеры соответствующего конститутивного элемента. Если Комиссия соглашается с такой оценкой, она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в комментарий пояснения на этот счет.

Часть пятая: Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права

Вывод 11: Договоры

1. Полученные замечания и мнения

85. Проект вывода 11 получил широкую поддержку государств, которые сочли его «полезным и точно отражающим ту роль, которую играют в этой связи договоры»²⁴⁸. В то же время Сингапур высказал мнение, что «в тексте пункта 1 проекта вывода 11 не прослеживается разница между подходами к тому, каким образом договорная норма может отражать нормы обычного международного права», и предложил изменить текст таким образом, чтобы «эта разница была более четко отражена в тексте самого проекта вывода»²⁴⁹.

86. По мнению Российской Федерации, стоит пояснить, что речь идет о многосторонних договорах, а также добавить в проект вывода предложение из комментария, в котором указывается, что «сами по себе договоры не могут создать норму обычного международного права»²⁵⁰. Беларусь также подчеркнула важность в этой связи «"перехода" («spillover effect») универсального многостороннего международного договора в международный обычай», и предложила дополнительно изучить это явление²⁵¹. Соединенные Штаты Америки предложили внести некоторые изменения в комментарий, в частности исключить фразу о широко ратифицированных международных договорах, имеющих особую значимость для выявления обычного международного права, так как «высока вероятность того, что она будет неправильно понята – таким образом, будто широко ратифицированные международные договоры с наибольшей вероятностью отражают нормы обычного международного права, хотя это не соответствует действительности»²⁵². Израиль выразил аналогичную обеспокоенность, в частности в связи с любым упоминанием возможной значимости еще

²⁴⁷ См. также п. 45 и сноску 119 выше; Odermatt, «The development of customary international law by international organizations» at p. 493 (сноска 112 выше).

²⁴⁸ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 22 (в котором говорится о трех категориях, обозначенных в пункте 1); см. также, например, [A/C.6/71/SR.21](#), п. 56 (Российская Федерация) и п. 101 (Чили); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 62 (Япония); [A/C.6/71/SR.24](#), п. 10 (Индонезия); [A/C.6/71/SR.29](#), п. 66 (Турция); письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 16 текста оригинала; письменные замечания Израиля, п. 38.

²⁴⁹ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 16.

²⁵⁰ [A/C.6/71/SR.21](#), п. 56; см. также п. 109 (Испания).

²⁵¹ Письменные замечания Беларуси, с. 3 текста оригинала.

²⁵² Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 16 текста оригинала.

не вступивших в силу договоров или договоров с недостаточно большим числом участников²⁵³.

87. Новая Зеландия одобрила осторожный тон пункта 2 проекта вывода в том, что касается использования двусторонних договоров для целей выявления обычных норм международного права²⁵⁴. По мнению Индии, «только договорные нормы, создавшие основополагающие нормы, могут порождать [нормы обычного международного права]», и «жесткая позиция пусть даже нескольких стран, выступающих против конкретного договора, может быть одним из факторов, которые следует принимать во внимание при выявлении норм обычного международного права»²⁵⁵. Сингапур заявил, что «не следует исходить из того, что какая-либо норма договора является нормой обычного международного права только потому, что норма другого договора с похожей формулировкой была признана выражающей обычное международное право»²⁵⁶.

2. *Предложения Специального докладчика*

88. Специальный докладчик не считает необходимым внесение каких-либо изменений в текст проекта вывода 11, в частности в пункт 1, где излагаются признаваемые обстоятельства, при которых норма, закрепленная в договоре, может быть признана отражающей обычное международное право. Как и в случае с другими выводами, не следует упускать из виду приводимые в комментарии пояснения.

89. В комментарии подчеркивается особая значимость многосторонних договоров посредством упоминания «договоров, которые получили почти всеобщее признание» или были приняты «подавляющим большинством государств»²⁵⁷. Какими бы ни были конкретные обстоятельства, с этим трудно спорить – во всяком случае в отношении некоторых закрепленных в них норм. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, Венская конвенция о праве международных договоров, четыре Женевские конвенции 1949 года и Венская конвенция о дипломатических сношениях, – лишь некоторые из таких договоров. Указание на число участников договора как на потенциально важный фактор не имеет своей целью умаление в какой-либо мере обозначенных в выводе строгих требований для установления того, что норма, закрепленная в таких (или иных) договорах, отражает норму обычного международного права. Специальный докладчик предлагает Комиссии пересмотреть комментарий с учетом этого соображения. В этой связи уместно включить в комментарий пояснение относительно того, что для участвующих сторон договоры в любом случае носят обязательный характер²⁵⁸. Возможно, было бы также целесообразно прямо указать в комментарии значимость отношения государств к договору, причем как на момент его заключения, так и впоследствии.

²⁵³ Письменные замечания Израиля, п. 38.

²⁵⁴ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 23.

²⁵⁵ См. A/C.6/SR.24, п. 18.

²⁵⁶ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 17.

²⁵⁷ A/71/10, п. 63, п. 3) комментария к выводу 11.

²⁵⁸ Там же, п. 2).

Вывод 12: Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

1. Полученные замечания и мнения

90. Проект вывода 12 нашел широкую поддержку среди государств, которые представили по нему свои комментарии²⁵⁹. Аргентина, отметив, что проект вывода 12 «отражает общепризнанную доктрину», вместе с тем указала, что «было бы полезно предусмотреть более точную формулировку ... и, в частности, в нем следует пояснить, может ли «мягкое право» способствовать закреплению пока еще не сформировавшихся норм обычного международного права»²⁶⁰. Следуя той же логике, Чили предположило, что следовало бы пояснить, почему в проекте вывода 12 не упоминается о «формировании и кристаллизации норм, о которых говорится в проекте вывода 11»²⁶¹. Испания также сослалась на различия между проектами выводов 12 и 11 и высказала мнение о том, что в этом контексте резолюции являются не менее важными, чем договоры, и что формулировку в проекте вывода 11 вполне можно использовать в выводе 12, поскольку она «является достаточно гибкой, чтобы включать в себя обстоятельства, связанные с любой резолюцией и любой международной организацией»²⁶². В более общем плане Испания сочла, что «отсутствие параллелей между проектами выводов 11 и 12 может обернуться проблемой»²⁶³. Польша выразила мнение о том, что проект вывода 12 «чрезмерно ограничивает роль международных организаций в деле формирования норм обычного права», и, кроме того, предложила провести в этом выводе различие «между обычаем, который имеет обязательную силу лишь в рамках международной организации, и обычаем, входящим в состав общих норм обычного права»²⁶⁴. Делегация Российской Федерации поддержала подход, изложенный в проекте вывода 12, однако выразила сомнение относительно того, может ли резолюция, принятая международной организацией, «рассматриваться в качестве акта этой организации, так как это понятие является довольно широким и может включать в себя не только решения тех органов, которые состоят из государств»²⁶⁵. В свою очередь, Новая Зеландия высказала мнение о том, что более четкое разъяснение причин, по которым резолюции не считаются «практикой» соответствующей организации, было бы полезным в рамках более широкого исследования взаимосвязи между выводом 12 и пунктом 2 вывода 4²⁶⁶.

91. Сингапур предложил добавить слова «при определенных обстоятельствах» в пункт 2 вывода, с тем чтобы отразить формулировку консультативного

²⁵⁹ Помимо государств, упомянутых ниже, см. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 52 (страны Северной Европы) и объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 1 текста оригинала; [A/C.6/71/SR.21](#), п. 9 (Чешская Республика) и п. 18 (Австралия); [A/C.6/71/SR.22](#), п. 62 (Япония); [A/C.6/71/SR.24](#), п. 10 (Индонезия) и п. 18 (Индия); [A/C.6/71/SR.29](#), п. 66 (Турция); письменные замечания Сингапура, п. 18; письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 17 текста оригинала; письменные замечания Беларуси, с. 3.

²⁶⁰ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 75.

²⁶¹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 101.

²⁶² Там же, п. 108.

²⁶³ Там же, п. 109.

²⁶⁴ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 31.

²⁶⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 57 (со ссылками на выводы 6 и 10).

²⁶⁶ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 25.

заклучения Международного Суда по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применения* и дополнительно уточнить, что «не все... резолюции могут служить доказательством или вкладом в формирование обычного международного права»²⁶⁷. Соединенные Штаты, отметив, что проект вывода и комментарий к нему точно следуют принципу, в соответствии с которым «к резолюциям следует подходить с большой осторожностью», выступили с аналогичным предложением²⁶⁸. Сингапур далее высказал мысль о том, что при определении того, действительно ли соответствующие государства намереваются признать существование какой-либо нормы обычного международного права путем принятия резолюции, следует рассмотреть «особые полномочия, состав и функции [международной организации] или межправительственной конференции», и, таким образом, эти факторы должны быть включены в комментарий к выводу²⁶⁹. Беларусь сочла, что в комментарии следует также упомянуть «о ситуациях, когда четкая поддержка таких резолюций со стороны государств отсутствует»²⁷⁰. Судан отметил, что «[о]ценивая резолюции международных организаций, важно сосредоточивать внимание в первую очередь на том органе в рамках организации, который имеет самый широкий членский состав. Следует принимать во внимание только межправительственные организации, а также учитывать контекст и порядок принятия решения»²⁷¹. Исламская Республика Иран предположила, что вопрос о доказательственной базе резолюций международных организаций «остается открытым, поскольку такие резолюции порой принимаются политическими органами и не отражают *opinio juris*»²⁷². По мнению Вьетнама, на необходимость проявления надлежащей осмотрительности целесообразно указать в других выводах, в которых упоминаются резолюции²⁷³.

92. Несколько государств высказали мнение о том, что следует подчеркнуть особую актуальность резолюций Генеральной Ассамблеи. По мнению Алжира, «резолюциям Генеральной Ассамблеи – пленарного органа, имеющего почти универсальный членский состав и являющегося легитимным и авторитетным источником международного права, – не только следует уделять особое внимание, как указано в комментарии к проекту вывода 12, но такие резолюции следует рассматривать в качестве отдельной категории в контексте резолюций международных организаций и межправительственных конференций»²⁷⁴. Российская Федерация, полагая, что проект вывода «должен отражать тот факт, что вес акта той или иной организации зависит от ее универсальности и положения в международных отношениях», в том же ключе предложила включить в его текст прямую ссылку на Организацию Объединенных Наций²⁷⁵. Египет также стремился подчеркнуть «особую важность резолюций Генеральной Ассамблеи,

²⁶⁷ Письменные замечания Сингапура, п. 19.

²⁶⁸ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 17 текста оригинала.

²⁶⁹ Письменные замечания Сингапура, п. 20.

²⁷⁰ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 4; см. также письменные замечания Беларуси, с. 4 (где разъясняется, что «[д]аже резолюции, принятые консенсусом, могут свидетельствовать не о наличии *opinio juris*, а о незаинтересованности большинства государств в вопросах, затронутых в резолюции, либо о чрезмерно общем характере ее положений, не имеющих, *ipso facto*, значимых правовых последствий»).

²⁷¹ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 141.

²⁷² См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 15.

²⁷³ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 50.

²⁷⁴ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 30.

²⁷⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 57.

членство в которой является всеобщим»²⁷⁶. Страны Северной Европы высказали мнение о том, что идею об «уникальном характере Генеральной Ассамблеи [Организации Объединенных Наций] и особенностях, отличающих ее от других международных организаций», а также о «важности содержания [ее] резолюций и условий их принятия» можно было бы развить в комментарии²⁷⁷.

2. *Предложения Специального докладчика*

93. Отсутствие параллелизма между проектами выводов 11 и 12 с точки зрения структуры и формулировки является результатом сознательного выбора Комиссии, сделанного при первом чтении проектов. Комиссия сочла важным с самого начала указать, что резолюции не могут создавать нормы обычного международного права, с тем чтобы опровергнуть иногда возникающие по этому поводу заблуждения и более четко подчеркнуть в пункте 2 действительное значение резолюций²⁷⁸. В пункте 2 возможное формирование и кристаллизация норм под воздействием резолюций в контексте обычного международного права охватываются термином «развитие». И действительно, в комментарии четко предусматривается, что, «как и в случае с договорными положениями», резолюции могут служить стимулом для развития, или кристаллизации, обычного международного права²⁷⁹. В более широком плане в нем далее говорится, что «[м]ногое из того, что уже было сказано о договорах в проекте вывода 11, относится и к резолюциям»²⁸⁰. Тот факт, что основной упор в выводе делается на возможную полезность резолюций в качестве свидетельства при выявлении обычного международного права, означает также, что он не касается (по крайней мере, напрямую) непосредственной роли международных организаций в создании или выражении таких норм²⁸¹. В этом смысле он согласуется с проектом вывода 4 или, выражаясь точнее, не противоречит ему.

94. В комментарии уже говорится об «[о]собом внимании, [которое] в настоящем контексте уделяется резолюциям Генеральной Ассамблеи – пленарного органа с практически всеобщим участием, который может служить удобным

²⁷⁶ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 41.

²⁷⁷ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 52; объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 1 текста оригинала (в которых, в том числе, отмечается, что «[к]ак заявил также Специальный докладчик ... в своем третьем докладе, резолюции Генеральной Ассамблеи могут быть особенно релевантными в качестве доказательства наличия обычного международного права или импульса для его развития. Вместе с тем в докладе отмечается также, что при определении нормативной ценности таких резолюций следует проявлять осторожность, поскольку "Генеральная Ассамблея является политическим органом, в котором не всегда ясно, что акты стран имеют юридическое значение"»).

²⁷⁸ См. также заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 13 текста оригинала («Это заявление первоначально прозвучало в несколько иной форме во второй фразе предложения, внесенного Специальным докладчиком в его третьем докладе. С учетом его важного значения для данной темы Редакционный комитет заключил, что он должен стать предметом отдельного пункта и находиться в начале проекта вывода»).

²⁷⁹ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 7) комментария к выводу 12.

²⁸⁰ Там же, п. 3).

²⁸¹ Это далее подчеркивается путем включения вывода 12 в часть пятую выводов, озаглавленную «Значение определенных материалов для выявления обычного международного права».

средством изучения коллективных мнений ее членов»²⁸². В то же время Специальный докладчик признает, что в этом комментарии можно было бы сделать еще больший акцент на потенциальной важности резолюций Генеральной Ассамблеи. В нем также можно было бы провести более четкое разграничение между резолюциями международных организаций и резолюциями специальных международных конференций²⁸³. В комментарии можно было бы также указать, что выводы напрямую не касаются внутреннего права международных организаций.

95. Специальный докладчик также согласен с тем, что вывод 12 будет лучше отражать потенциальную роль резолюций, если в него вернуть некоторые уточняющие слова, например выражение «при определенных обстоятельствах»²⁸⁴. Такие обстоятельства, на которые ссылался ряд государств, уже упомянуты в комментарии. Было бы также предпочтительнее заменить слово «установление» на «определение» для обеспечения большей последовательности в контексте всего свода выводов²⁸⁵. Таким образом, пункт 2 вывода 12 будет гласить:

Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может, при определенных обстоятельствах, давать доказательства для определения существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.

Вывод 13: Решения судов и трибуналов

I. Полученные замечания и мнения

96. Хотя проект вывода 13 в целом нашел поддержку²⁸⁶, было высказано несколько замечаний по поводу различий, проводимых между решениями национальных и международных судов. Австрия усомнилась в необходимости проведения такого различия, пояснив, что «в статье 38 Статута Международного Суда это различие не проводится; кроме того, оно не позволит обеспечить необходимую степень внимания к важным решениям национальных судов, которые, как подтверждено в проекте вывода 6, являются одной из форм государственной практики, имеющих значение для формирования обычного международного права»²⁸⁷. Она добавила, что «[в]озможные различия между решениями таких органов, будь то международные суды и трибуналы или национальные суды, [в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм] могут проистекать только из различий в степени их убедительности»²⁸⁸.

²⁸² См. A/71/10, п. 63, п. 2) комментария к выводу 12.

²⁸³ См. также письменные комментарии Соединенных Штатов Америки, с. 19 текста оригинала; Blokker, «International organizations and customary international law» (сноска 22 выше), р. 9.

²⁸⁴ См. также третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/682), п. 54 (предложенная Специальным докладчиком формулировка вывода, включающая слова «при определенных обстоятельствах»).

²⁸⁵ Глагол «определять» используется в сопоставимом контексте в выводах 1, 2, 13, 14 и 16.

²⁸⁶ См., например, A/C.6/71/SR.21, п. 9 (Чешская Республика); письменные замечания Сингапура, п. 21; письменные замечания Беларуси, с. 3.

²⁸⁷ См. A/C.6/71/SR.21, п. 72.

²⁸⁸ Там же, п. 73.

Австрия также высказала мысль о том, что проведение строгого различия между международными и национальными судами в практическом плане представляется довольно сложной задачей, сославшись на «региональные суды, например, Европейский суд по правам человека и Суд Европейского союза, которые осуществляют функции как международных судов, так и квазинациональных или даже конституционных судов»²⁸⁹.

97. Вьетнам, с другой стороны, считал неубедительной позицию, согласно которой решения национальных судов имеют такое же значение, что и решения международных судов, и полагал, что последним (особенно решениям Международного Суда) следует придавать больший вес, нежели первым²⁹⁰. По мнению Китая, решения национальных судов «лишь отражают правовую систему того или иного государства, и, следовательно, их релевантность для международного права имеет ограниченный характер»²⁹¹. Новая Зеландия высказала мнение о том, что «решения международных судов и трибуналов следует придавать больший вес» в качестве вспомогательного средства, и предположила, что «это можно четче отразить в формулировке проекта вывода 13»²⁹². Судан отметил, что «решения Международного Суда имеют важнейшее значение и не могут приравниваться по своей значимости к решениям других международных судов»²⁹³; эту точку зрения, судя по всему, разделяет Российская Федерация²⁹⁴. Мексика высказала мнение о том, что было бы полезным уточнить «должна ли доказательная ценность решений международных судов [в качестве вспомогательного средства для определения норм обычного международного права] быть выше решений национальных судов»²⁹⁵. Индонезия подчеркнула, что реальное значение судебных решений зависит от того, какой вес им придается²⁹⁶.

98. По мнению Российской Федерации, в комментарии к выводу 13 следует уточнить, что решения международных судов и трибуналов имеют обязательную силу только для государств – сторон соответствующих дел и что они не могут являться решающим доказательством для целей выявления норм обычного международного права²⁹⁷. Кроме того, она высказала мысль о том, что вывод должен сам по себе содержать утверждение, которое сформулировано в аналогичных выражениях в комментарии и гласит, что «вес решения суда зависит от реакции на него со стороны государств и от положения самого суда в системе международных отношений»²⁹⁸. Соединенные Штаты рекомендовали далее разъяснить в комментарии ограниченную ценность судебных решений в качестве вспомогательного средства (и внесли ряд предложений в этой связи),

²⁸⁹ Там же, п. 74.

²⁹⁰ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 51 (в котором поясняется, что «[н]ациональные суды действуют в рамках различных специфических для отдельных государств ограничений и разного понимания доктрины прецедента в национальном праве»).

²⁹¹ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 68.

²⁹² Письменные замечания Новой Зеландии, п. 26.

²⁹³ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 140.

²⁹⁴ Там же, п. 58 (в котором говорится, что «решения специального трибунала или арбитражного суда, учрежденного двусторонним договором, по своему авторитету едва ли могут быть сопоставимы с авторитетом решения Международного Суда»).

²⁹⁵ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 25.

²⁹⁶ См. [A/C.6/71/SR.24](#), п. 11.

²⁹⁷ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 58.

²⁹⁸ Там же.

указав, что это «помогло бы читателям более критично оценивать» высказывания судов и трибуналов, касающиеся обычного международного права²⁹⁹. Испания предложила исключить слово «вспомогательный» из обоих пунктов вывода, пояснив, что тот факт, что судебные решения (и доктрины) «не являются независимыми источниками международного права, но являются вспомогательными по отношению к независимым источникам, не означает, что, применительно к квалификации права, они играют второстепенную роль по сравнению с договорами и резолюциями международных организаций»³⁰⁰.

2. Предложения Специального докладчика

99. Специальный докладчик считает, что нынешняя формулировка проекта вывода 13 обеспечивает приемлемое равновесие и ее следует сохранить. В частности, было бы трудно отрицать необходимость проявлять большую осмотрительность в стремлении полагаться на решения национальных судов, которые, возможно, являются выразителями конкретной национальной позиции и могут не обладать экспертными знаниями в области международного права. В тексте вывода это отражено как в различии, проводимом между этими двумя типами решений, так и между различными формулировками, используемыми для каждого из них (в частности, прямая ссылка на Международный Суд в пункте 1 и использование слов «[в] соответствующих случаях могут учитываться» в пункте 2). Как отметил в 2015 году председатель Редакционного комитета, «во время дискуссии в пленарном заседании ряд членов предостерегали от повышения значимости решений национальных судов для целей выявления норм обычного международного права до того же уровня, на котором находятся решения международных судов и трибуналов, которые на практике играют в этом контексте более важную роль. Соответственно, Редакционный комитет решил рассмотреть решения международных и национальных судов в двух отдельных пунктах»³⁰¹. В то же время в комментарии четко указывается, что значимость *всех* решений может варьироваться «в зависимости как от качества обоснования..., так и от восприятия этого решения государствами и другими судами»³⁰². В комментарии поясняется также, что «[р]азличие между международными и национальными судами не всегда является четким», и приводятся некоторые руководящие указания по этому вопросу³⁰³.

100. Следует напомнить также, что использование термина «вспомогательное средство» применительно к решениям судов и трибуналов говорит о «намерении не приуменьшить практическую важность таких решений, как это можно предположить, глядя на слово «вспомогательный», а поместить их в контекст по отношению к другим источникам права, о которых говорится в статье 38 1) а), б) и с) Статута [Международного Суда]. Таким образом, термин «вспомогательный» следует противопоставлять первичным источникам»³⁰⁴.

²⁹⁹ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 18 текста оригинала.

³⁰⁰ См. A/C.6/71/SR.21, п. 110.

³⁰¹ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 15 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>).

³⁰² См. A/71/10, п. 63, п. 3) комментария к выводу 13, в котором также упоминаются другие возможные соображения.

³⁰³ Там же, п. 6).

³⁰⁴ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 15–16 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>).

Этот момент разъясняется в комментарии³⁰⁵, который Комиссия, возможно, пожелает вновь рассмотреть для подтверждения того, что это разъяснение дано надлежащим образом. С учетом предложений, о которых говорилось выше, в комментарий можно внести другие небольшие изменения, включая добавление положения, уточняющего, что решения международных судов и трибуналов имеют обязательную силу только для сторон дела.

Вывод 14: Доктрины

1. Полученные замечания и мнения

101. Ряд государств высказались в поддержку проекта вывода 14, принятого в первом чтении³⁰⁶. В то же время Испания предложила исключить из текста слово «вспомогательный», с тем чтобы лучше отразить роль доктрин при определении норм обычного международного права³⁰⁷. Китай, с другой стороны, отметил, что, «[х]отя мнения специалистов-ученых в области публичного права традиционно служили важной основой для международного права», в настоящее время дело обстоит иначе³⁰⁸. По мнению Израиля, в комментарии к выводу следует уточнить, что используемые доктрины должны быть «исчерпывающими, эмпирическими и объективными по своему характеру»³⁰⁹. По мнению Соединенных Штатов, в комментарий следует включить «рекомендацию о том, чтобы те, кто пользуется этими вспомогательными средствами, выявляли противоречивые или различные мнения для наиболее точной оценки закона», с тем чтобы суждения юристов по обычному международному праву можно было оценить более критично³¹⁰.

102. Беларусь предложила отметить в комментарии, что «труды Комиссии входят в число важнейших вспомогательных средств для выявления обычного международного права»³¹¹. Чили, в свою очередь, полагает, что работу Комиссии было бы уместно упомянуть в выводе 12, «поскольку, как правило, после того, как Комиссия завершила свою работу по какому-либо проекту, Генеральная Ассамблея предпринимает шаги, чтобы принять его в качестве приложения к резолюции»³¹².

2. Предложения Специального докладчика

103. Специальный докладчик считает важным сохранить ссылку на доктрины в качестве «вспомогательного средства», следуя таким образом общепринятой формулировке в Статуте Международного Суда (по намеренному выбору Комиссии³¹³). Эта формулировка отражает ограниченную роль таких материалов

³⁰⁵ См. A/71/10, п. 63, п. 2) комментария к выводу 13.

³⁰⁶ См., например, A/C.6/71/SR.21, п. 9 (Чешская Республика) и п. 101 (Чили); письменные замечания Беларуси, с. 3.

³⁰⁷ См. A/C.6/71/SR.21, п. 110.

³⁰⁸ См. A/C.6/71/SR.20, п. 68.

³⁰⁹ Письменные замечания Израиля, п. 32.

³¹⁰ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 18 текста оригинала.

³¹¹ См. A/C.6/71/SR.23, п. 3; см. также письменные замечания Беларуси, с. 4.

³¹² См. A/C.6/71/SR.21, п. 101 (в котором добавляется, что «[в] любом случае, один из проектов выводов должен содержать конкретное упоминание Комиссии»).

³¹³ См. также заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 17 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>).

в выявлении норм обычного международного права. В то же время можно рассмотреть возможность изменения комментария, с тем чтобы более четко пояснить, что термин «вспомогательное средство» не означает, что доктрины не являются важными на практике (как это уже сделано в отношении решений судов и трибуналов в комментарии к проекту вывода 13³¹⁴).

104. В комментарии уже четко оговорена необходимость проявления особой осторожности при использовании письменных трудов, поскольку они «могут отражать национальные или иные индивидуальные позиции их авторов» и «существенно отличаются друг от друга по своему качеству»³¹⁵. Подчеркивается также важное значение «охвата, насколько это возможно, трудов, представляющих основные правовые системы и регионы мира и написанных на разных языках»³¹⁶. Специальный докладчик не видит необходимости в дальнейших рекомендациях относительно необходимости оценки авторитетности того или иного труда, принимая во внимание, помимо прочего, формулировку («может») этого вывода.

105. Специальный докладчик напоминает, что в Комиссии уже проводились обстоятельные обсуждения вопроса о наиболее подходящих способах отражения особой значимости ее трудов в выявлении норм обычного международного права³¹⁷. Первоначальное предложение Специального докладчика состояло в том, чтобы охватить труды Комиссии в рамках «доктрин»³¹⁸, однако было сочтено предпочтительным признать, что труды Комиссии важным образом отличаются от доктрин ученых и пояснить этот момент отдельно от проекта вывода 14. Специальный докладчик считает, что наиболее подходящим местом для этого является общий комментарий, предваряющий часть пятую выводов, и отмечает общую поддержку этого подхода государствами. При этом следует отметить, что Комиссия может счесть полезным включить в комментарий к выводу 14 перекрестную ссылку на то, о чем говорится в общем комментарии.

Часть шестая: Настойчиво возражающее государство

Вывод 15: Настойчиво возражающее государство

1. Полученные замечания и мнения

106. Включение нормы о настойчиво возражающем государстве в проект выводов было одобрено почти всеми государствами, которые затронули этот вопрос³¹⁹. Сингапур «подтверждает [подтвердил] существование принципа

³¹⁴ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 2) комментария к выводу 13.

³¹⁵ Там же, п. 3) комментария к выводу 14.

³¹⁶ Там же, п. 4).

³¹⁷ См. также [A/CN.4/SR.3303](#): предварительный краткий отчет о 3303-м заседании Комиссии (24 мая 2016 года), с. 10–11.

³¹⁸ [A/CN.4/682](#): третий доклад по теме «Выявление обычного международного права» (2015 год), с. 54, п. 65.

³¹⁹ См., например, [A/C.6/71/SR.20](#), п. 52 (страны Северной Европы) и объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 2 текста оригинала; [A/C.6/71/SR.21](#), п. 9 (Чешская Республика), п. 28 (Сальвадор), п. 59 (Российская Федерация), п. 75 (Австрия), п. 102 (Чили); письменные замечания Новой Зеландии, п. 27; письменные замечания Беларуси, с. 4.

«настойчиво возражающего государства», как указано в пункте 1 проекта вывода 15, и считает его существование *lex lata*»³²⁰. Индонезия «разделяет мнение о том, что как судебные решения, так и государственная практика подтверждают» существование этой нормы³²¹, а Турция с признательностью отметила «целый ряд практических примеров, приведенных в комментарии»³²². С другой стороны, Кипр и Республика Корея, не обязательно оспаривая включение положения об этой норме, считают, что она не лишено противоречий³²³.

107. Несколько государств указали на то, что следует более конкретно поставить вопрос о риске злоупотребления нормой о настойчиво возражающем государстве. Некоторые из них выразили мнение о том, что эта норма не может применяться в случае норм, имеющих характер *jus cogens*, и предложили отразить это в выводе или комментарии³²⁴. Другие государства положительно отметили включение в проект комментария пункта о «ненанесении ущерба» какому бы то ни было вопросу *jus cogens*³²⁵. Греция поставила под сомнение применимость нормы о настойчиво возражающем государстве «в отношении не только норм *jus cogens*, но и в отношении более широкой категории общих принципов международного права» и выразила мнение о том, что в комментарии следует уделить этому внимание³²⁶. Аналогичная мысль была высказана странами Северной Европы, которые отметили, что «[о]собое внимание в этом контексте следует уделить категории нормы, против применения которой возражает государство, и рассмотреть общее соблюдение основополагающих норм, особенно касающихся защиты лиц»³²⁷. Беларусь, поддерживая норму о настойчиво возражающем государстве, также заявила, что она не должна применяться в ущерб интересам международного сообщества или «целостности всей системы международного права»³²⁸. Было также высказано мнение о том, что надлежит ис-

³²⁰ Письменные замечания Сингапура, п. 23.

³²¹ См. [A/C.6/71/SR.24](#), п. 11 (в котором добавляется, что «[р]оль настойчиво возражающего государства действительно важна для сохранения консенсусного характера обычного международного права»).

³²² См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 23.

³²³ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 53–54 (Кипр считает «преждевременной разработку проекта вывода по данному вопросу», поскольку «международная судебная практика в основном касалась данного вопроса в *obiter dicta* и в делах, на момент рассмотрения которых эта норма не получила статуса нормы обычного международного права», добавив, что «данный вопрос... требует дальнейшей проработки в силу того, что [различные мнения] имеют последствия для авторитетности нормы», но поддерживая при этом некоторые разъяснения, представленные в выводе); [A/C.6/71/SR.23](#), п. 12 (Республика Корея) и письменные замечания Республики Кореи, п. 5 (где говорится, что «эта доктрина имеет существенные последствия для нормообразования в международном праве и поэтому требует дополнительного изучения с большой осмотрительностью»).

³²⁴ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 28–29 (Сальвадор) и письменные замечания Сальвадора, с. 3 текста оригинала; [A/C.6/71/SR.21](#), п. 102 (Чили) и п. 111 (Испания); письменные замечания Новой Зеландии, п. 28.

³²⁵ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 18 (Бразилия); объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 2 текста оригинала; письменные замечания Сингапура, п. 25; письменные замечания Беларуси, с. 2.

³²⁶ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 10; см. также там же, п. 54 (Кипр).

³²⁷ Объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 2 текста оригинала; см. также [A/C.6/71/SR.20](#), п. 52 (страны Северной Европы).

³²⁸ Письменные замечания Беларуси, с. 5.

ключить возможность использования нормы о настойчиво возражающем государстве для целей уклонения от выполнения договорных обязательств³²⁹. Сальвадор выступил с предложением о том, чтобы в выводе было «четко обозначено, что государства не могут пользоваться этой нормой, если уже существует закрепившаяся обычная норма»³³⁰.

108. Вопросу о том, насколько часто должны высказываться повторные возражения против нормы, было уделено особое внимание. Китай, полагая, что комментарий в целом «согласуется с международной практикой», поскольку в нем уточняется, что от государств не ожидается проявление реакции в каждом конкретном случае, вместе с тем высказал мнение о том, что «если соответствующая страна уже выражала недвусмысленное возражение в надлежащее время, то у нее нет необходимости делать это вновь»³³¹. Израиль предложил уточнить, что «возражение, четко выраженное суверенным государством в процессе формирования нормы обычного права, является достаточным для того, чтобы заявить об этом возражении, и, как правило, нет необходимости повторять это возражение для того, чтобы оно оставалось в силе»³³². Нидерланды также заявили о том, что «[о]бязательство подтверждать свое желание не быть связанным не может существовать, если государство достаточно четко высказало свое намерение не быть связанным той или иной нормой в течение периода ее формирования», добавив, что «теория и логика» не допускают иного подхода³³³. Страны Северной Европы, с другой стороны, согласились с положением в проекте вывода, предусматривающим, что возражение должно быть постоянным³³⁴; Чили заявило в том же ключе, что «[в]озражающее государство несет

³²⁹ См. [A/C.6/71/SR.20](#), п. 69 (Китай); см. также [A/C.6/71/SR.21](#), п. 28 (Сальвадор).

³³⁰ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 28.

³³¹ Письменные замечания Китая, с. 3 текста оригинала (где говорится также, что «при определении того, является ли страна «настойчиво возражающим государством», следует учитывать конкретные условия, и необходимо провести всесторонний анализ различных факторов, в том числе вопроса о том, в состоянии ли соответствующая страна в том или ином конкретном случае заявить о своем несогласии»). В ходе прений в Шестом комитете Китай заявил, что «тот факт, что государство не выступило с возражением против формирующейся нормы международного обычного права, не может расцениваться как принятие нормы, если только не было определено, что государство было осведомлено о норме и, для того чтобы не принять ее, было обязано явным образом и настойчиво выразить свое возражение» ([A/C.6/71/SR.20](#), п. 69).

³³² Письменные замечания Израиля, п. 17 (в пункте 18 Израиль рекомендовал также включить в вывод и комментарий «четкие критерии отказа от возражения, который состоял бы в явно выраженном изменении *opinio juris* этого государства и был доведен до сведения других государств, а не просто был бы презюмирован»).

³³³ Письменные замечания Нидерландов, п. 15 (где поясняется, что после того как «позиция настойчиво возражающего государства была занята в результате осуществления необходимых шагов, и нормы обычного права были установлены, она не требует какой-либо дополнительной поддержки в виде продолжающихся возражений ... В действительности норма является обратной: только в случае наличия последующей практики или выражения настойчиво возражающим государством правовой позиции в поддержку «новой» нормы в отступление от своей первоначальной позиции в качестве такового данное государство утратит эту позицию»).

³³⁴ Объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 2 текста оригинала.

ответственность за обеспечение того, чтобы его возражение не осталось неучтенным»³³⁵. Соединенные Штаты Америки также согласились с упоминаемой в проекте комментария необходимостью прагматической оценки для определения того, поддерживалось ли возражение постоянно (но высказали предположение о том, что приведенный пример «конференции, на которой в присутствии возражающего государства вновь утверждается данная норма» может ввести читателя в заблуждение, и что было бы лучше его исключить)³³⁶. Российская Федерация, одобряя проект вывода 15, добавила, что требуемое настойчивое сохранение возражения не лишено трудностей, и «[з]десь необходимо учитывать реальные возможности государственного аппарата не только хорошо организованных развитых государств, но и государств, имеющих небольшие внешнеполитические ведомства и не обладающих ресурсами, необходимыми для постоянного поддержания своих возражений даже в тех ситуациях, когда непосредственно затрагиваются их интересы»³³⁷. Беларусь высказала мнение о том, что формулировку пункта 2 «следует изменить по аналогии с пунктом 3 проекта вывода 10, с упоминанием ситуаций, в которых государства имеют возможность реагировать, и обстоятельств, требующих такой реакции»³³⁸. Кипр просил пояснить, «может ли возражение поддерживаться долгосрочно или, в частности, после того, как формирующаяся норма стала частью свода норм международного права»³³⁹, а Греция отметила, что она также хотела бы получить такое разъяснение³⁴⁰.

2. *Предложения Специального докладчика*

109. Проект вывода 15 и комментариев к нему были приняты в частности с учетом необходимости недопущения неправомерного использования нормы о настойчиво возражающем государстве³⁴¹. Из пункта 1, согласно которому возражение должно быть высказано в то время, когда соответствующая норма обычного международного права находилась в процессе формирования, четко следует, что своевременность имеет решающее значение и что, когда норма

³³⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 102.

³³⁶ Письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 18–19 текста оригинала (в которых поясняется, что «у государства редко, если вообще когда-либо, возникает необходимость в том, чтобы высказать возражение в ходе той или иной конференции для сохранения своего статуса настойчиво возражающего государства в отношении какой-либо нормы обычного международного права, принятой другими государствами. Например, государство может отказаться от выступления на дипломатической конференции по целому ряду политических или практических соображений, которые не свидетельствуют о его правовой позиции, и было бы странно, если бы заявление, сделанное после конференции, не имело бы тех же последствий в соответствии с обычным международным правом, что и заявление в ходе конференции. В более общем плане этот пример может быть ошибочно истолкован как указывающий на особое значение международных конференций в качестве форумов для практики, имеющей отношение к формированию обычного международного права, что мы не считаем верным»).

³³⁷ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 59.

³³⁸ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 4; см. также письменные комментарии Беларуси, с. 4–5.

³³⁹ См. [A/C.6/71/SR.22](#), п. 54.

³⁴⁰ Там же, п. 11.

³⁴¹ См. также четвертый доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом ([A/CN.4/695](#)), п. 27.

начинает действовать, последующее возражение не может оправдать государство, желающее освободить себя от ее применения³⁴². В пункте 2 предусмотрены дополнительные «жесткие требования»³⁴³. Кроме того, очевидно, что договорное обязательство не может быть исключено путем применения нормы о настойчиво возражающем государстве. Что касается неприменимости этой нормы в отношении *jus cogens*, то Специальный докладчик хотел бы напомнить, что Комиссия на раннем этапе приняла решение о том, что *jus cogens* не будет рассматриваться в рамках данной темы. В настоящее время она занимается исследованием отдельной темы «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)»³⁴⁴. Тем не менее, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть возможность включения в вывод положения, которое уже отражено в пункте 10) комментария, путем добавления пункта 3 в следующей редакции:

*Данный вывод не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (*jus cogens*).*

110. Хотя предположение о том, что единожды высказанное четкое возражение должно быть достаточным для получения статуса настойчиво возражающего государства, является весьма привлекательным с точки зрения строго волюнтаристской теории международного права, оно противоречит не только общему пониманию нормы о настойчиво возражающем государстве (и самому ее названию), но также тому, как обычай может функционировать в качестве источника международного права. В частности, такой подход, «как представляется, не учитывает той правовой силы, которую иногда 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»³⁴⁵. Необходимость настойчивого возражения действительно признается

³⁴² Это уточняется далее в комментарии: [A/71/10](#), п. 63, п. 5) комментария к выводу 15.

³⁴³ Там же, п. 2). См. также [A/C.6/71/22](#), п. 54 (по словам Кипра, «из проектов выводов явствует, что государство, ссылающееся на норму о настойчиво возражающем государстве, следует обязать предоставить веские доказательства своего продолжительного и последовательного несогласия с рассматриваемой нормой в любом конкретном случае до ее оформления»).

³⁴⁴ См. заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 20 текста на английском языке (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>) («Редакционный комитет также провел краткое обсуждение вопроса о том, необходим ли дополнительный пункт, с тем чтобы отразить невозможность наличия статуса настойчиво возражающего государства в отношении какой-либо нормы *jus cogens*. Этот вопрос был также поднят в пленарном заседании. Следует напомнить о том, что Комиссия решила не рассматривать *jus cogens* в рамках данной темы; в действительности тема «*Jus cogens*» в настоящее время отдельно фигурирует в программе работы Комиссии. В этой связи было сочтено, что этот вопрос целесообразнее рассмотреть в рамках последней темы»).

³⁴⁵ См. четвертый доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом ([A/CN.4/695](#)), п. 28.

в международной практике³⁴⁶ и доктрине³⁴⁷, а также самой Комиссией в подготовленном ею в 2011 году Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам³⁴⁸. Как уточняется в комментарии, настойчивое возражение означает, что та или иная обычная норма неприменима по отношению к соответствующему государству до тех пор, пока оно продолжает возражать³⁴⁹.

³⁴⁶ См., например, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46, Beschluss vom 13. Dezember 1977 (2 BvM 1/76), Nr. 32 (Tübingen, 1978), pp. 388–389, para. 6 («Это касается не только поведения, которого государство может успешно придерживаться, с самого начала возражая против применения той или иной действующей общей нормы международного права посредством упорного оспаривания прав (по смыслу постановления Международного Суда в деле *О рыболовстве у берегов Норвегии*, ICJ Reports 1951, p. 131)»; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d (1992), 699, 715, para. 54 («Государство, которое настойчиво возражает против той или иной формы обычного международного права, которую признают другие государства, не связано этой нормой»); *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), paras. 48–49 («После установления та или иная норма обычного международного права обязывает все государства, за исключением только тех государств, которые настойчиво отвергали практику до того, как она приобрела юридическую силу»); *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius (2013), p. 124, para. 5.11 («Норма постоянно возражающего государства требует от государства выражения неизменного неприятия в период формирования соответствующей нормы»). См. также третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/682), сноска 211.

³⁴⁷ См., например, G. Gaja, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 364 (2012), p. 43 («возражение, которое Суд счел релевантным [в деле *О рыболовстве (Соединенное Королевство против Норвегии)*], состояло в нечто более чем простом негативном отношении к той или иной норме. Оно касалось возражения в отношении «какой-либо попытки применять» норму при предположении о том, что эти попытки успехом не увенчались»); J. Crawford, *ibid.*, vol. 365 (2013), p. 247 («Постоянное возражение ... должно быть последовательным и четким»); M.H. Mendelson, *ibid.*, vol. 272 (1998), p. 241 («Протест должен сохраняться. Это действительно подразумевается по смыслу слова «настойчивый» ... если государство, которое однажды выразило возражения, не подтвердило это возражение, то может быть уместным (в зависимости от обстоятельств) презюмировать то, что оно от него отказалось»); O. Elias, «Persistent objector», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 16 («Если государство не сохраняет свое возражение, то это может рассматриваться как его согласие»). Последний анализ практических и политических соображений, обуславливающих необходимость в требовании о частоте повторения, см. в J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 96–98.

³⁴⁸ Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, п. 7) комментарий к руководящему положению 3.1.5.3: *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 2011 год*, том II (Часть II) («оговорка может быть тем средством, с помощью которого «настойчиво возражающее государство» настаивает на своем возражении; возражающая сторона, безусловно, вправе отказаться применять в рамках международного договора такую норму, которая не налагает на нее обязательств в соответствии с общим международным правом»).

³⁴⁹ См. A/71/10, п. 63, п. 6) комментария к выводу 15.

111. В то же время, как с удовлетворением отметили некоторые государства³⁵⁰, из комментария, принятого в первом чтении, ясно следует, что оценка выполнения требования о постоянстве возражения «должна быть прагматичной и проводиться с учетом обстоятельств каждого конкретного дела»³⁵¹. Предусматривается также, что «... от государств не ожидается проявление реакции в каждом конкретном случае, особенно если их позиция уже хорошо известна»³⁵².

Часть седьмая: Партикулярное обычное международное право

Вывод 16: Партикулярное обычное международное право

1. Полученные замечания и мнения

112. Подавляющее большинство государств, представивших комментарии по проекту вывода 16, в целом его одобрили текст и комментарий и высказали различные предложения о путях их совершенствования. Новая Зеландия высказала мысль о том, что в текст этого вывода следует включить уточнение, в настоящее время находящееся в комментарии, по поводу того, что соответствующими государствами являются те, среди которых применяется норма партикулярного обычного международного права, о которой идет речь³⁵³. Соединенные Штаты Америки предложили пояснить в выводе, что *opinio juris*, который надлежит выявить среди соответствующих государств, заключается в признании ими той или иной практики в качестве правовой нормы, действующей между ними (в отличие от «ошибочного представления о том, что эта норма является нормой общего обычного международного права»)³⁵⁴. По мнению Нидерландов, слова «применяется» в пункте 1 следует избегать, с тем чтобы не допустить путаницы³⁵⁵. Чешская Республика отметила, что в выводе следует «четко указать, что ни одна норма партикулярного обычного международного права, действующая только в рамках конкретной группы государств, не может создавать обязательств или прав для третьего государства без его на то согласия»³⁵⁶. Греция также поддержала включение в комментарий уточнения о более строгом применении двухэлементного подхода в случае норм партикулярного обычного международного права и добавила, что «в этом контексте было бы полезно провести различие между новыми партикулярными обычаями и девиантными партикулярными обычаями, в отношении которых необходимо применять более строгий стандарт доказывания»³⁵⁷. Российская Федерация, однозначно выразив свое согласие с формулировкой проекта вывода, предложила продолжить изучение вопроса о «нормах, применимых к составным элементам» конкретных норм обычного международного права, «в том числе в плане

³⁵⁰ См., например, письменные замечания Сингапура, п. 24; письменные замечания Соединенных Штатов Америки, с. 18 текста оригинала.

³⁵¹ См. A/71/10, п. 63, п. 9) комментария к выводу 15.

³⁵² Там же.

³⁵³ Письменные комментарии Новой Зеландии, п. 30 (в котором подчеркивается, в частности, что «практика должна быть последовательной среди всех [этих] государств»).

³⁵⁴ Письменные комментарии Соединенных Штатов Америки, с. 19 текста оригинала.

³⁵⁵ Письменные комментарии Нидерландов, п. 16 (в которых предлагается формулировка «которая связывает лишь ограниченное число государств»).

³⁵⁶ См. A/C.6/71/SR.21, п. 9.

³⁵⁷ См. A/C.6/71/SR.22, п. 12.

возможности формирования партикулярного обычая при наличии возражающего государства»³⁵⁸.

113. Два государства выразили несогласие с определением партикулярного обычного международного права, предусмотренным в пункте 1, заявив, что некоторые элементы не отражают нынешнее положение дел. Соединенные Штаты отметили, что «в комментарии не приводится каких-либо доказательств того, что в практике государств в целом признается существование двустороннего обычного международного права или партикулярного обычного права между государствами, которые не имеют тех или иных региональных взаимоотношений», и высказали мнение, что речь идет о «лишь теоретических концепциях, которые еще не являются признанными частями международного права»³⁵⁹. Было добавлено, что если такая возможность будет сохранена в проекте вывода, то в комментарии «следует четко указать, что эти концепции... являются примерами прогрессивного развития»³⁶⁰. Чешская Республика высказала аналогичные оговорки лишь в отношении партикулярных норм обычного международного права, которые могут действовать в отношениях между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, отметив отсутствие каких-либо конкретных примеров и указав на недостаточную ясность в вопросе о том, каким образом критерий «общего дела, интереса или вида деятельности... [или] общности интересов» может применяться на практике³⁶¹. По мнению Чешской Республики, этот аспект в комментарии следует рассмотреть более подробно либо исключить ссылку на такие нормы³⁶².

114. Вместе с тем большинство государств, представивших комментарии по этому вопросу, признают, что нормы партикулярного обычного международного права могут действовать в отношениях между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения. Страны Северной Европы согласны с тем, что, хотя «между двумя государствами, применяющими некую норму партикулярного обычного международного права, как правило, существует определенная географическая близость, ... в принципе партикулярное обычное международное право может развиваться между государствами, которые связаны другими общими делами, интересами или видами деятельности»³⁶³. В то же время страны Северной Европы хотели подчеркнуть, что «такие общие знаменатели в отношениях между соответствующими государствами должны быть очень четко различимы»³⁶⁴. По мнению Чили, «вполне естественно, что разные географические регионы и народы, даже со схожими интересами, имеют обычные нормы, которые не являются общераспространенными по своему характеру»³⁶⁵. Беларусь аналогичным образом отметила, что «практика, формирующая норму международного обычного права, может зависеть от технологического, научного, географического и иного потенциала и особенностей

³⁵⁸ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 60.

³⁵⁹ Письменные комментарии Соединенных Штатов Америки, с. 19 текста оригинала.

³⁶⁰ Там же, с. 20.

³⁶¹ Письменные замечания Чешской Республики, с. 3 текста оригинала.

³⁶² Там же; см. также [A/C.6/71/SR.21](#), п. 9.

³⁶³ Объединенные письменные замечания стран Северной Европы, с. 2 текста оригинала.

³⁶⁴ Там же.

³⁶⁵ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 103.

государств», включая исторические и военно-политические³⁶⁶. Австрия, особо отметив важность того, что в проекте вывода признается возможность развития партикулярного обычного международного права между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, сочла целесообразным включить в комментарий примеры таких норм и указала на два возможных варианта³⁶⁷. Словакия аналогичным образом отметила, что «нет никаких причин полагать, что некая норма партикулярного обычного международного права не может сформироваться между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности или обладают общностью интересов», но предположила в том же ключе, что в комментарий следует внести большую ясность в отношении таких норм³⁶⁸. Новая Зеландия согласилась с тем, что нормы партикулярного обычного международного права могут существовать «в конкретном общем географическом или ином контексте», однако сочла, что «они не могут заменять фундаментальные принципы международного права или отступать от них» и предложила отразить это в комментарии³⁶⁹.

2. Предложения Специального докладчика

115. Трудно отрицать, что та или иная норма партикулярного обычного международного права может применяться в отношениях лишь между двумя государствами. Международный Суд указал – в ответ на утверждения о том, что норма обычного международного права не может быть установлена лишь между двумя государствами, – что «сложно понять, почему количество государств, в отношении которых можно установить наличие обычая ... обязательно должно быть более двух»³⁷⁰. В комментарии, принятом в первом чтении, перечислено несколько примеров³⁷¹. Практически ни одно из государств, представивших комментарии по проекту вывода 16, не высказало возражений по этому поводу³⁷². С учетом этого Специальный докладчик считает, что ссылки на двусторонние нормы обычного международного права следует сохранить.

³⁶⁶ Письменные замечания Беларуси, с. 5 (в которых добавляется, что «широко распространено в доктрине признание наличие определенных обычаев, которым следуют так называемые «космические державы» или другие страны, в какой-либо высокотехнологичной сфере деятельности», и в этом контексте отмечается возможная целесообразность использования термина «государства, чьи интересы затронуты особо», который охватывает соответствующие государства); см. также [A/C.6/71/SR.23](#), п. 4.

³⁶⁷ См. [A/C.6/71/SR.21](#), п. 76 («Было бы полезно включить в комментарий несколько примеров, таких как закрепление понимания того, что смертная казнь и применение ядерного оружия уже запрещены нормами партикулярного обычного международного права»).

³⁶⁸ См. [A/C.6/71/SR.23](#), п. 24.

³⁶⁹ Письменные замечания Новой Зеландии, п. 29.

³⁷⁰ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, р. 6, at р. 39 (где Суд добавил, что он «не усматривает причин, по которым давно применявшаяся практика в отношениях между двумя государствами, признанная ими как регулирующая их отношения, не должна составлять основу для взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»).

³⁷¹ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 4) комментария к выводу 16.

³⁷² Следует напомнить в этой связи, что Соединенные Штаты сами пытались опираться на обычное международное право такого рода в Международном Суде в деле *О правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко (Case concerning rights of*

116. Что касается норм партикулярного обычного международного права, применяющегося между государствами, которые не имеют какой-либо географической связи, то, прежде всего, следует напомнить, что в соответствии с обсуждаемым комментарием «*в принципе* нет никаких причин полагать, что [такая] норма партикулярного обычного международного права не может сформироваться»³⁷³. В комментарии также отмечается, что «партикулярное обычное международное право действует в основном на региональном, субрегиональном или местном уровне»³⁷⁴. Следует напомнить также о том, что слова «будь то регионального, местного или иного» отсутствовали в первоначальном предложении Специального докладчика по этому выводу³⁷⁵, но были добавлены, поскольку члены Комиссии предпочли более подробную формулировку.

117. Кроме того, комментарии государств подтверждают, что возможность действия норм партикулярного обычного международного права в отношениях между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, не является сугубо теоретической, и содержат ряд возможных примеров, которые могут быть включены в текст в дополнение к делу *О правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*³⁷⁶. Как представляется, включение таких примеров в комментарий в нынешнем контексте не требуется еще и по той причине, что выводы не призваны охватить вопрос о содержании обычного международного права и касаются лишь методологии выявления норм обычного международного права³⁷⁷.

118. Таким образом, Специальный докладчик считает, что нынешний текст пункта 1 является удовлетворительным. Если Комиссия все же решит его переработать, с тем чтобы учесть высказанные предложения, то в новой формулировке можно было бы указать, что нормы партикулярного обычного международного права «включают в себя региональные или местные нормы», а в комментарии можно затем пояснить, что это основные проявления такого права, но не исключено, что могут быть и «другие». В любом случае Специальный докладчик признает, что в комментарии следует дополнительно уточнить, каким образом закрепленный в выводах двухэлементный подход применяется в случае норм партикулярного обычного международного права и что такие нормы не создают обязательств для третьих государств. Следует напомнить, что [в пункте 1] Редакционный комитет намеренно «решил использовать слово

nationals of the United States of America in Morocco), *Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at pp. 199–200; контрмеморандум, препровожденный правительством Соединенных Штатов Америки (20 декабря 1951 года), pp. 385–388; протокол устных слушаний от 23 июля 1952 года, p. 284.

³⁷³ См. [A/71/10](#), п. 63, п. 5) комментария к выводу 16 (курсив добавлен).

³⁷⁴ Там же.

³⁷⁵ См. третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом ([A/CN.4/682](#)), п. 84.

³⁷⁶ См. сноску 372 выше. Следует также отметить, что в издании *Restatement of the Law Third of the Foreign Relations Law of the United States* содержится ссылка на нормы партикулярного обычного международного права и предусматривается, что «практика государств в рамках региональных или других специальных групп может создавать «региональные», «специальные» или «партикулярные» общеправовые нормы для этих государств в их отношениях между собой» (курсив добавлен): *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, comment (e).

³⁷⁷ Как это уточняется в комментарии к проекту вывода 1: [A/71/10](#), п. 63, п. 5) комментария к выводу 1.

«применяется», а не указывать на «возможность ссылки» на норму государством или против него или привносить элемент "обязательности"»³⁷⁸.

119. Что касается других предложений, касающихся пункта 2, то Специальный докладчик согласен с тем, что слова «между ними», которые уже содержатся в комментарии³⁷⁹, могли бы стать полезным дополнением, с тем чтобы уточнить, что в настоящем контексте следует выявлять признание в качестве правовой нормы. Таким образом, формулировка пункта 2 может быть следующей:

Для определения существования и содержания нормы партикулярного обычного международного права необходимо удостовериться, существует ли всеобщая практика в отношениях между соответствующими государствами, которая признана ими в качестве правовой нормы между ними (opinio juris).

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

120. Государства приветствовали тот факт, что Комиссия возобновила рассмотрение вопроса о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права³⁸⁰. Некоторые из них особо подчеркнули важное значение доступности таких материалов на разных языках³⁸¹. Специальный докладчик с этим согласен.

121. После рассмотрения четвертого доклада Специального докладчика в 2016 году Комиссия обратилась к секретариату с просьбой подготовить меморандум о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права, который содержал бы обзор современного состояния доказательств международного обычного права и предложения по его улучшению³⁸². Такой обзор был проведен секретариатом в 1949 году по случаю первой сессии Комиссии в ходе подготовки к рассмотрению ею данного вопроса в соответствии со статьей 24 Положения о Комиссии³⁸³. В новом меморандуме, подготовленном секретариатом для рассмотрения на нынешней сессии, отражен тот факт, что с 1949 года и сфера

³⁷⁸ Заявление председателя Редакционного комитета (29 июля 2015 года), с. 21–22 текста оригинала (размещено на веб-сайте <http://legal.un.org/ilc/>) (Председатель Комитета далее пояснил, что «последующие соображения, как представляется, вызывают вопросы о возможных «последствиях», и этих вопросов, судя по всему, больше, чем ответов, тогда как слово «применяется» отличается простотой и prima facie является конкретным и понятным для предполагаемого читателя»).

³⁷⁹ См. A/71/10, п. 63, п. 7) комментария к выводу 16.

³⁸⁰ См. A/C.6/71/SR.21, п. 20 (Австралия), п. 38 (Перу), п. 87 (Соединенное Королевство), п. 95 (Португалия) и п. 118 (Германия); A/C.6/71/SR.22, п. 18 (Бразилия), п. 33 (Ирландия), п. 61 (Япония); A/C.6/71/SR.23, п. 12 (Республика Корея) и п. 34 (Словения).

³⁸¹ См. A/C.6/71/SR.21, п. 129–130 (Нидерланды) и п. 139 (Судан); и A/C.6/71/SR.22, п. 61 (Япония).

³⁸² См. A/71/10, п. 56.

³⁸³ A/CN.4/6 и Согг.1: «Пути и средства обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права: подготовительная работа в связи со статьей 24 Положения о Комиссии международного права» (1949 год).

охвата обычного международного права, и доступность доказательств его существования претерпели значительные изменения³⁸⁴.

122. Собирая данные, проанализированные в меморандуме, секретариат обратился за помощью к государствам, с тем чтобы выявить материалы, которые они считают наиболее важными для определения их собственной практики и *opinio juris*³⁸⁵. Также была запрошена информация у всех подразделений системы Организации Объединенных Наций и всех образований и организаций, которые по состоянию на 2016 год получили постоянное приглашение участвовать в качестве наблюдателей в сессиях и работе Генеральной Ассамблеи³⁸⁶. Были направлены запросы ряду научных обществ, научно-исследовательских центров и библиотек, специализирующихся в области международного и сравнительного права³⁸⁷. Полученные материалы были дополнены результатами проведенного секретариатом обследования «наиболее доступных первичных источников доказательств, поступивших от государств и международных организаций»³⁸⁸.

123. В самом меморандуме подробно представлены имеющиеся материалы и использованная секретариатом методика подготовки этого документа. Он включает в себя семь приложений с собранными данными: I) справочные материалы с разбивкой по государствам; II) справочные материалы с разбивкой по организациям; III) справочные материалы с разбивкой по отраслям международного права; IV) сборники договоров и информация о депозитариях; V) международные суды и трибуналы, смешанные суды и наблюдательные договорные органы; VI) органы, занимающиеся изучением, кодификацией, прогрессивным развитием или согласованием норм международного права; и VII) языки собранных справочных материалов.

124. На основе собранной информации и в соответствии с просьбой Комиссии секретариат внес ряд предложений по повышению доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права, которые представлены в главе I меморандума. Эти предложения можно разделить на четыре категории: а) предложения, касающиеся способов и средств, при помощи которых государства могут обеспечить большую доступность доказательств своей практики и признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)³⁸⁹; б) предложения, касающиеся способов и средств ведения и доработки Организацией Объединенных Наций своих юридических публикаций, имеющих отношение к международному праву, и обеспечения их максимально широкого распространения³⁹⁰; в) предложения, касающиеся способов и средств повышения доступ-

³⁸⁴ A/CN.4/710: «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права: меморандум секретариата», п. 6.

³⁸⁵ Там же, п. 7.

³⁸⁶ Там же, п. 8.

³⁸⁷ Там же, п. 9.

³⁸⁸ Там же, п. 10.

³⁸⁹ Там же, п. 103–107.

³⁹⁰ Там же, п. 108–115. Эти публикации включают в себя следующее: *I.C.J. Pleadings* (Состязательные бумаги, устные прения, документы Международного Суда); *I.C.J. Reports* (Сборник решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда); *Law of the Sea Bulletin* (Бюллетень по морскому праву); *Diplomatic Conferences* (Дипломатические конференции); «Справочник по практике Совета Безопасности»; Справочник по практике органов Организации Объединенных Наций; *Reports of International Arbitral Awards* (Доклады о решениях

ности доказательств обычного международного права в контексте прогрессивного развития и кодификации международного права³⁹¹; и d) предложения, касающиеся периодически обновляемой онлайн-базы данных для систематического и всеобъемлющего распространения библиографической информации о доказательствах обычного международного права³⁹².

125. Специальный докладчик хотел бы обратить внимание на один из аспектов, который подчеркивается в меморандуме, а именно на важнейшее значение «постоянного улучшения библиотек, специализирующихся в области международного права, и гарантирование широкого доступа к ним общественности»³⁹³. Специальный докладчик выражает свою признательность Библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве и ее высококвалифицированным сотрудникам за помощь в работе над данной темой.

126. Специальный докладчик рекомендует Комиссии одобрить предложения секретариата и направить их на рассмотрение Генеральной Ассамблеи. Рекомендация на этот счет включена в проект рекомендации Генеральной Ассамблеи в пункте 129 ниже. Специальный докладчик рекомендует также, чтобы этот меморандум был переиздан в надлежащие сроки для отражения текста выводов и комментариев, принятых во втором чтении.

III. Окончательная форма, которую может принять результат работы Комиссии

127. Согласно рекомендации Специального докладчика, которая содержится в его четвертом докладе³⁹⁴ и нашла поддержку в письменных и устных комментариях государств, предлагается, чтобы окончательные результаты работы по данной теме включали три компонента: а) свод выводов с комментариями, принятые Комиссией; б) меморандум секретариата о путях и способах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права; и с) библиографию.

128. Остался нерешенным поднятый при первом чтении вопрос относительно использования термина «выводы» в отношении итогов работы Комиссии по рассматриваемой теме; учитывая, что целью этой работы является подготовка практического руководства, которое помогало бы установить существование и содержание той или иной общеправовой нормы, некоторые участники обсуждений задались вопросом о том, не является ли более подходящим термин

международных арбитражных органов); «Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда»; «Изложение практики Генерального секретаря в качестве депозитария многосторонних договоров»; «Работа Комиссии международного права»; «Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли»; «Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций»; «Законодательная серия Организации Объединенных Наций»; «Сборник договоров Организации Объединенных Наций» и «Ежегодник Комиссии международного права».

³⁹¹ Там же, п. 116–119.

³⁹² Там же, п. 120–122.

³⁹³ Там же, п. 107.

³⁹⁴ Четвертый доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом (A/CN.4/695), п. 50–53.

«руководящие положения»³⁹⁵. Тщательно рассмотрев этот вопрос, Специальный докладчик заключил, что термин «выводы» является уместным в данном контексте и отвечает цели подготовки практического руководства. Он полагает, что его следует сохранить.

129. Кроме того, Специальный докладчик предлагает Комиссии рекомендовать Генеральной Ассамблее:

а. *принять к сведению* выводы Комиссии международного права по теме «Выявление обычного международного права» в резолюции, включить выводы в приложение к этой резолюции и обеспечить их максимально широкое распространение;

б. *довести* выводы с прилагаемыми к ним комментариями *до сведения* государств и всех сторон, которые могут столкнуться с необходимостью выявления норм обычного международного права;

с. *приветствовать* меморандум секретариата о способах и средствах повышения доступности материалов, являющихся доказательствами обычного международного права (A/CN.4/710), с обзором современного состояния доказательств обычного международного права и предложениями по его улучшению;

д. *принять решение* о последующей деятельности в связи с предложениями, представленными в меморандуме секретариата, и в частности:

i) *обратить* внимание государств и международных организаций на целесообразность публикации сборников и обзоров их практики по международному праву, дальнейшего широкого распространения информации о законодательной, исполнительной и судебной практике государств и всяческой поддержки существующих публикаций и библиотек, специализирующихся в области международного права;

ii) *обратиться* к секретариату с просьбой продолжать разработку и совершенствование публикаций Организации Объединенных Наций, которые предоставляют доказательства существования обычного международного права; а также

iii) *обратиться* к секретариату с просьбой также предоставить информацию, содержащуюся в приложениях к меморандуму о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права (A/CN.4/710) через онлайн-базу данных, которая будет периодически обновляться на основе информации, полученной от государств, международных организаций и других структур.

130. В настоящее время Специальный докладчик занимается обновлением библиографического списка, прилагаемого к четвертому докладу. Пересмотренный вариант будет распространен среди членов Комиссии в неофициальном порядке до начала сессии, а затем (с поправками, внесенными в свете полученных предложений) опубликован в качестве приложения II к настоящему докладу.

³⁹⁵ Там же, п. 12. См. также A/CN.4/SR.3303: предварительный краткий отчет о 3303-м заседании Комиссии (24 мая 2016 года), с. 9.

Приложение

Принятый в первом чтении проект выводов с изменениями, предложенными Специальным докладчиком

Выявление обычного международного права

Часть первая Введение

Вывод 1 Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются способа, которым следует определять существование и содержание норм обычного международного права.

Часть вторая Основной подход

Вывод 2 Два конститутивных элемента

Для определения существования и содержания нормы обычного международного права необходимо удостовериться, существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Вывод 3 Оценка доказательств по двум конститутивным элементам

1. При оценке доказательств для цели удостоверения в том, существует ли всеобщая практика и признана ли такая практика в качестве правовой нормы (*opinio juris*), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть найдены данные доказательства.
2. Наличие каждого из двух конститутивных элементов следует удостоверить отдельно. Это требует оценки доказательств по каждому элементу.

Часть третья Всеобщая практика

Вывод 4 Требование наличия практики

1. Требование наличия всеобщей практики, как один из конститутивных элементов обычного международного права, ~~в отношении наличия всеобщей прак-~~

~~тики означает, что в первую очередь именно практика~~ практику государств, выражающую или создающую ~~способствует формированию или выражению норм~~ нормы обычного международного права.

2. В некоторых случаях практика международных организаций может также ~~способствует~~ способствовать ~~формированию или выражению~~ или созданию нормы обычного международного права.

3. Поведение других акторов не является практикой, способствующей ~~формированию или~~ выражению или созданию норм обычного международного права, но может быть релевантно при оценке практики, упомянутой в пунктах 1 и 2.

Вывод 5

Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения государства, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или другой функции.

Вывод 6

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может включать в себя как физические, так и вербальные акты, ~~а также. При определенных обстоятельствах она может включать~~ намеренное бездействие.

2. Формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические акты и 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.

3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Вывод 7

Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю имеющуюся практику конкретного государства, которую следует оценивать во всей совокупности.

2. В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может в зависимости от обстоятельств придаваться меньший вес.

Вывод 8

Практика должна быть всеобщей

1. Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, а также практически единообразна ~~последовательна~~.

2. При условии, что практика является всеобщей, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

Часть четвертая

Признание в качестве правовой нормы (opinio juris)

Вывод 9

Требование признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Требование, как один из конститутивных элементов международного обычного права, в отношении признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris) означает, что такая практика должна быть принята с сознанием юридического права или юридического обязательства.
2. Всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы (opinio juris), следует отличать от простого обыкновения или простой привычки.

Вывод 10

Формы доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут принимать самые различные формы.
2. К формам доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) относятся, не ограничиваясь этим: публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.
3. Отсутствие реакции в течение периода времени на практику может служить доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали какой-то реакции.

Часть пятая

Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права

Вывод 11

Договоры

1. Норма, закрепленная в договоре, может отражать нормы обычного международного права, если установлено, что договорная норма:
 - а) кодифицировала норму обычного международного права, существовавшую во время заключения договора;

б) привела к кристаллизации нормы обычного международного права, начавшей складываться до заключения договора; или

с) породила всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы (*opinio juris*), и тем самым привела к выработке новой нормы обычного международного права.

2. Тот факт, что норма зафиксирована в ряде договоров, может указывать, хотя и не обязательно указывает, что договорная норма отражает норму обычного международного права.

Вывод 12

Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

1. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, сама по себе не может создавать норму обычного международного права.

2. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может, при определенных обстоятельствах, давать доказательства для определения установления существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.

3. Положение резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что это положение соответствует всеобщей практике, принятой в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Вывод 13

Решения судов и трибуналов

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, являются вспомогательным средством для определения таких норм.

2. В соответствующих случаях могут учитываться решения национальных судов, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, в качестве вспомогательного средства для определения таких норм.

Вывод 14

Доктрины

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных государств могут служить вспомогательным средством для определения норм обычного международного права.

Часть шестая
Настойчиво возражающее государство

Вывод 15
Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, как эта норма находилась в процессе формирования, эта норма не противопоставима данному государству до тех пор, пока оно продолжает возражать.
2. Возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и продолжаться настойчиво.
3. Данный вывод не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (jus cogens).

Часть седьмая
Партикулярное обычное международное право

Вывод 16
Партикулярное обычное международное право

1. Норма партикулярного обычного международного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой обычного международного права, которая применяется лишь между ограниченным числом государств.
2. Для определения существования и содержания нормы партикулярного обычного международного права необходимо удостовериться, существует ли всеобщая практика в отношениях между соответствующими государствами, которая признана ими в качестве правовой нормы между ними (opinio juris).