

Provisional

For participants only

25 June 2018

Russian

Original: English

Комиссия международного права
Семидесятая сессия (первая часть)

Краткий отчет о 3402-м заседании,
состоявшемся в Центральных учреждениях, Нью-Йорк, в понедельник, 14 мая 2018 года, 10 ч 00 мин

Содержание

Выявление обычного международного права (*продолжение*)

Временное применение договоров

Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)

Промежуточный доклад Редакционного комитета

В настоящий отчет могут вноситься поправки.

Поправки должны направляться в кратчайшие возможные сроки за подписью одного из членов соответствующей делегации на имя начальника Секции управления документооборотом (dms@un.org) и вноситься в один из экземпляров отчета.

Отчеты с внесенными в них поправками будут переизданы в электронной форме и размещены в Системе официальной документации Организации Объединенных Наций (<http://documents.un.org/>).

18-07720 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку



Присутствуют:

Председатель: г-н Валенсия-Оспина

Члены: г-н Аргуэльо Гомес
г-н Ауреску
г-н Вако
г-н Васкес-Бермудес
сэр Майкл Вуд
г-жа Галван Телиш
г-н Гомес-Робледо
г-н Гроссман Гилофф
г-н Джалло
г-жа Лехто
г-н Мерфи
г-н Мурасэ
г-н Нгуен
г-н Нольте
г-жа Орал
г-н Пак
г-н Петрич
г-н Петер
г-н Раджпут
г-н Райниш
г-н Руда Сантолариа
г-н Сабоя
г-н Сиссе
г-н Глади
г-н Уззани Шахди
г-н Хассуна
г-н Хмуд
г-н Хуан
г-н Штурма
г-жа Эскобар Эрнандес

Секретариат:

г-н Ллуэллин Секретарь Комиссии

Заседание открывается в 10 ч 00 мин.

Выявление обычного международного права
(пункт 6 повестки дня) (*продолжение*) (A/CN.4/710,
A/CN.4/716 и A/CN.4/717)

Председатель приглашает Специального докладчика по теме «Выявление обычного международного права» подвести итоги прений по его пятому докладу (A/CN.4/717).

Сэр Майкл Вуд (Специальный докладчик) говорит, что хотел бы поблагодарить всех членов Комиссии, которые высказались в ходе прений, за их конструктивные и содержательные заявления относительно его доклада. Он с особой признательностью выслушал тех, кто не имел возможности принять участие в обсуждении проектов выводов в первом чтении.

У него сложилось общее впечатление о том, что члены Комиссии в целом согласились с проектами выводов, принятыми в первом чтении, и не считают, что письменные и устные замечания, полученные от государств, указывают на необходимость внесения в выводы или в комментарии радикальных изменений. Предложения, которые он сделал в своем докладе, носят довольно скромный характер; даже несмотря на это, в некоторых случаях, как представляется, члены Комиссии в целом склоняются к сохранению текста, принятого в первом чтении. Он готов рассмотреть эту идею и с нетерпением ожидает возможности обсудить ее подробнее в Редакционном комитете.

Многие другие полезные предложения по проектам выводов и комментариям к ним, высказанные в ходе прений, будут подробно рассмотрены в Редакционном комитете и в рабочей группе по комментариям после ее учреждения. В выступлениях и замечаниях в ходе прений прозвучало много общих тем; поэтому он не будет пытаться отреагировать на все, что было сказано, или называть поименно всех высказавшихся. Это, однако, не означает, что он не принял должным образом во внимание сказанное каждым выступавшим. Вместо этого в своем вступительном слове он хотел бы сосредоточиться на некоторых из наиболее существенных затронутых моментов, начиная с ряда общих вопросов и заканчивая рассмотрением каждого из проектов выводов по очереди.

В центре прений в основном находились предложения, содержащиеся в соображениях и замечаниях правительств, за которые он весьма признателен. Ряд членов Комиссии выразили сожаление в связи с тем, что было получено сравнительно

немного письменных материалов, в особенности от государств некоторых регионов. Это действительно так, и Комиссии следует подумать над тем, как исправить ситуацию в будущем. При этом следует помнить, что многие государства из всех регионов мира представили подробные и весьма полезные замечания в ходе прений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, не только на ее семьдесят первой сессии, но и на ее предыдущих сессиях, и эти комментарии были в полной мере учтены при рассмотрении проектов выводов в первом чтении. Эти комментарии были полностью описаны в докладе и рассмотрены в ходе только что завершившихся прений в Комиссии.

Кроме того, как отметил г-н Хассуна, подробные и предметные комментарии были получены также от Афро-азиатской консультативно-правовой организации (ААКПО), которая, в частности, провела в 2015 году двухдневное совещание юридических экспертов по этой теме и Генеральный секретарь которой в том же году выступил в Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии, рассказав о некоторых замечаниях государств — членов ААКПО по данной теме. Он согласен с г-ном Хуаном и г-жой Эскобар Эрнандес, что, на самом деле, количество государств, представивших свои комментарии относительно работы Комиссии по этой теме, было вовсе не малым.

Еще одно общее замечание касается того, что на протяжении всей работы Комиссии по этой теме расхождения во мнениях играли роль весьма ценного стимула, побуждающего Комиссию тщательно и конструктивно рассматривать соответствующие вопросы. В отношении ряда вопросов некоторая, не лишняя оснований, озабоченность была озвучена также на данном этапе. Он полагает, что снятие этой обеспокоенности будет способствовать дальнейшему улучшению результатов работы Комиссии, и он полностью разделяет мнение г-на Нольте о том, что эту обеспокоенность можно было бы рассмотреть в комментариях.

Г-н Мурасэ, с присущей ему прозорливостью, поднял, а точнее повторно озвучил, некоторые серьезные вопросы. Он призвал к разработке определения обычного международного права, признанию его обязательного для всех характера и разъяснению значения слова «выявление». По личному мнению оратора, проекты выводов затрагивают каждый из этих вопросов таким образом, который соответствует их предполагаемой цели как практического руководства. По первому вопросу Комиссия использовала формулу «всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы», которая заимствована из

Статута Постоянной палаты Международного Суда и Статута Международного Суда, смысл и охват которой она подробно объяснила. Что касается второго вопроса, то, как правило, об обязательном для всех характере обычного международного права хорошо известно, и это очевидным образом вытекает из проектов выводов и комментариев, в том числе из комментариев к проектам выводов 15 и 16. Что касается третьего вопроса, то он считает, что значение слова «выявление» и родственных ему слов прекрасно понятно тем, кто будет использовать результаты работы Комиссии. Вместе с тем, как предложил г-н Мураэсэ, он внимательно изучил прошлый годний комментарий к проекту вывода 9 проектов выводов по теме охраны атмосферы. Действительно, выявление права отлично от его применения, и этот аспект можно было бы упомянуть в комментариях, если это будет сочтено целесообразным.

Важно найти баланс между проектами выводов и комментариями. Он твердо убежден в том, что их следует рассматривать вместе и что, несмотря на то, что проекты выводов, очевидно, имеют определенный статус, комментарии также имеют очень важное значение, поскольку и те и другие составляют неразрывное целое. Как было отмечено г-жой Галван Телиш и другими членами, Комиссия должна помнить о необходимости сохранить текст, содержащий четкие указания и не являющийся при этом слишком жестким.

Переходя к рассмотрению отдельных проектов выводов, он отмечает, что проект вывода 1 (Сфера охвата) получил общее одобрение, и он считает, что никаких изменений в его текст вносить не надо. В комментарии можно указать, что в проектах выводов не было предпринято никаких попыток рассмотреть связь между обычным международным правом и другими источниками международного права и что эта связь затрагивается лишь в той мере, в какой это необходимо для разъяснения того, каким образом следует выявлять нормы обычного международного права, при этом релевантность договоров для этой цели используется в качестве одного примера. В комментарии можно также указать, что проекты выводов не предпрещают вопрос об иерархии норм международного права, в том числе императивных норм общего международного права (*jus cogens*), или вопросов, связанных с характером определенных обязательств как *erga omnes*.

Один или два члена Комиссии, в том числе г-н Сиссе, подняли вопрос о бремени доказывания. Сам оратор согласен с разъяснением, представленным г-ном Райнишом, который указал на различие между доказыванием факта, когда, как правило, бремя

лежит на стороне, ссылающейся на этот факт, и установлением применимой нормы права, когда стороны выдвигают аргументы, но решение по данному вопросу в конечном счете выносится судом. Возможно, его собственная ссылка на внутригосударственные правовые системы недостаточно ясна. Он хотел лишь передать мысль о том, что каждая внутренняя правовая система сама определяет, каким образом должны быть установлены нормы обычного международного права: следует ли рассматривать это как вопрос права, как в международном суде, или как вопрос доказывания, как это часто бывает с иностранным законодательством. В любом случае, в комментарии следует уточнить, что в проектах выводов не рассматривается место обычного международного права в национальных правовых системах.

Проект вывода 2 (Основной подход) и проект вывода 3 (Оценка доказательств по двум конститутивным элементам), в которых излагается основной подход к выявлению норм обычного международного права и то, каким образом следует оценивать доказательства при проведении такой работы, также получили общее одобрение членов Комиссии и государств. Действительно, каждый год с начала рассмотрения Комиссией данной темы государства в Шестом комитете заявляли о своей решительной поддержке двухэлементного подхода. По его мнению, нынешний текст обоих проектов выводов следует сохранить, и он хотел бы предостеречь от любых отступлений от общепринятого выражения «всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы».

В соответствующих местах в комментарии будет дано разъяснение относительно того, что для выявления обычного международного права требуется систематический и тщательный анализ; на самом деле, именно это требуется проектами выводов в целом. В комментарии также будет дано разъяснение относительно того, что двухэлементный подход применим для определения существования и содержания нормы обычного международного права во всех областях международного права, несмотря на то, что в процессе установления наличия двух элементов необходимо учитывать конкретные обстоятельства и условия, в которых возникла и действует предполагаемая норма. Кроме того, как отметил г-н Пак, следует уточнить, что определенная степень дедукции в качестве вспомогательного инструмента в процессе применения двухэлементного подхода может применяться только с чрезвычайной осторожностью, а не в качестве альтернативы стандартному подходу.

Проект вывода 4 (Требование наличия практики) снова вызвал повышенный интерес и

расхождения во мнениях в отношении надлежащего способа отразить релевантность практики международных организаций. Некоторые незначительные изменения, предложенные в докладе, натолкнулись на серьезное сопротивление. Он с нетерпением ожидает проведения конструктивного обсуждения в Редакционном комитете, где должны быть рассмотрены вопросы, вызывающие озабоченность всех сторон. В то же время все выступавшие дали ясно понять, что в целом при определении существования и содержания нормы обычного международного права в первую очередь должна анализироваться практика государств. Комиссии следует не упускать из виду этот основополагающий момент и не допустить, чтобы результат ее работы свидетельствовал об обратном.

Кроме того, из прений очевидно, что Комиссии придется дать в комментарии более удачное разъяснение своей ссылки на практику международных организаций, в том числе относительно того, в каких случаях такая практика является релевантной, какая практика может быть релевантной и какими соображениями следует руководствоваться при оценке значимости такой практики. Начать можно с разъяснения того, что, хотя международные организации нередко действуют в качестве площадки или катализатора для практики государств, в пункте 2 речь идет о практике, приписываемой самим международным организациям, а не о практике государств, действующих в их рамках или в связи с ними. Затем можно было бы пояснить, что, принимая во внимание различия между государствами и международными организациями, практика международных организаций в международных отношениях (когда она сопровождается *opinio juris*) может считаться практикой, порождающей или подтверждающей нормы обычного международного права, когда речь идет о нормах, предмет которых подпадает под действие мандата организаций и/или касается конкретно их. Примерами таких норм являются нормы, касающиеся их международной ответственности, и нормы, связанные с договорами, участниками которых они являются. В этом контексте релевантная практика наиболее четко появляется тогда, когда государства-члены передают международной организации исключительные полномочия. Однако практика может также формироваться в тех случаях, когда государства-члены наделяют международную организацию полномочиями, которые функционально эквивалентны полномочиям государств. Примеры будут представлены с учетом весьма полезных предложений, высказанных членами Комиссии в ходе обсуждения. Как было предложено г-ном Райнишом, следует

подчеркнуть такие выражения, как «установившаяся практика организации».

В комментарии к этому проекту вывода Комиссии следует также пояснить, что необходимо проявлять осторожность при оценке значимости практики международных организаций как части всеобщей практики. Как подчеркнули некоторые члены Комиссии, включая г-на Мерфи, международные организации существенно различаются не только по своим полномочиям, но и по своему членскому составу и своим функциям. Как правило, чем более непосредственно международная организация прибегает к той или иной практике от имени своих государств-членов или с их одобрения и чем больше число этих государств-членов, тем больший вес может иметь такая практика в отношении формирования или выражения нормы обычного международного права. К числу других факторов, которые следует учитывать при оценке практики международной организации, относятся характер организации, характер органа, поведение которого рассматривается, является ли это поведение *ultra vires* соответствующей организации или органа и согласуется ли это поведение с поведением государств — членов организации. В комментарии могут потребоваться дополнительные разъяснения, в том числе в отношении пункта 3. Эти соображения можно обсудить в рабочей группе по комментариям.

Переходя к проекту вывода 5 (Поведение государства как практика государства), он отмечает, что внесение каких-либо изменений в текст этого проекта вывода не представляется необходимым. В комментарии следует более понятно разъяснить, что, для того чтобы релевантная практика могла способствовать формированию и выявлению той или иной нормы обычного международного права, о ней по меньшей мере должно быть известно другим государствам. Трудно понять, каким образом конфиденциальные действия государства могли бы служить такой цели (в той мере, в какой затрагиваются общие нормы обычного международного права), до тех пор пока о таком поведении не станет известно.

Что касается проекта вывода 6 (Формы практики), то главный поднятый вопрос заключается в том, как наилучшим образом упомянуть бездействие. Значительное число государств затронули эту проблему в Шестом комитете, что свидетельствует о том, что это один из тех случаев, когда разъяснение целесообразно перенести из комментария в текст самого проекта вывода. Он по-прежнему считает, что Комиссии следует должным образом прислушаться к столь решительно выраженным мнениям государств. Упоминание в проекте вывода бездействия касалось

случаев, когда избранным способом поведения является отказ от каких-либо действий как идентифицируемый факт, и именно в этом смысле он должно квалифицироваться как намеренный. Оценка мотивов, лежащих в основе такой практики, была оставлена для других проектов выводов, а именно проектов выводов 9 и 10, в которых предусматривается, что формированию или выражению норм обычного международного права может способствовать только бездействие, выбранное исходя из осознания его принятия в качестве правовой нормы. Эти и другие предлагаемые изменения можно было бы подробнее обсудить в Редакционном комитете.

С учетом нескольких предложений, которые были высказаны в ходе прений, Комиссия разъяснит в комментарии, что решения национальных судов всех уровней могут считаться практикой государства, особенно в тех случаях, когда эти решения были окончательными; что в целом больший вес следует придавать решениям вышестоящих судов; и что отмененные решения по тому или иному конкретному вопросу вряд ли будут считаться релевантными. Будет разъяснено, что роль решений национальных судов в качестве формы практики государств совершенно обособлена от потенциальной роли национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения норм обычного международного права.

Небольшое изменение, предложенное к проекту вывода 7 (Оценка практики государства), получило общее одобрение. В соответствии с предложением членов Комиссии в комментарии будет отмечено, что не во всех случаях, когда разные органы того или иного государства занимают разные позиции по одному и тому же вопросу, это умаляет значения практики этого государства для установления наличия всеобщей практики. Анализ такого поведения должен быть нюансированным и контекстуальным. Пункт 2 призван подчеркнуть этот момент в целях обеспечения более четкого руководства.

Что касается проекта вывода 8 (Практика должна быть всеобщей), то получила определенную поддержку замена слова «последовательна» словами «практически единообразна». В то же время некоторые члены предпочли бы сохранить слово «последовательна», при этом часть из них выразили озабоченность по поводу того, что выражение «практически единообразна» может подразумевать не только наличие более высокого порога согласованности, но и более высокого порога участия государств в формировании и выражении той или иной нормы обычного международного права. Однако в выражении «практически единообразна» не говорится о количестве

государств (и/или международных организаций), участвующих в применении соответствующей практики: этот аспект отражают слова «широко распространена и репрезентативна». Цель требования о последовательности, выраженного словами «практически единообразна», заключается в том, чтобы дополнительно уточнить широко распространенную и репрезентативную практику. По сути оно предполагает невозможность выделения в рамках такой практики каких-то иных типов поведения. По его мнению, выражение «практически единообразна» дает на этот счет более четкие указания и ничуть не отличается от слова «последовательна». Однако, как уже отмечалось в его докладе, он признает, что некоторые термины уже были в этом отношении использованы в международном прецедентном праве, что может послужить источником вдохновения для разъяснения в комментарии вопроса, по которому на самом деле существует широкое единство мнений в Комиссии.

Термин «государства, чьи интересы затронуты особо» стал предметом глубокого анализа, который высвечивает не только его логику и целесообразность, но и возможности для злоупотребления им. При рассмотрении проектов выводов в первом чтении в духе компромисса и консенсуса Комиссия уже согласилась не использовать этот термин в тексте самого проекта вывода. Он считает, что в свете комментариев, полученных от государств, в том числе безоговорочной поддержки самого понятия, которую высказали государства — члены ААКПО, и в свете комментариев, высказанных членами Комиссии в ходе прений на пленарных заседаниях, Комиссия может и должна упомянуть этот термин в комментарии, уточнив при этом, что он означает и что он не означает. Аналогичные разъяснения были включены в комментарий, принятый в первом чтении при ценном содействии г-на Глади и других: они могли бы стать основой для работы Комиссии в этой области.

Г-н Аргуэльо Гомес поставил под сомнение ссылку на необязательность «какой-либо конкретной продолжительности» в пункте 2. В комментарии к проекту вывода будет разъяснено, что неизбежно требуется некоторая продолжительность существования всеобщей практики и что для формирования всеобщей практики должно пройти некоторое время. По его собственному мнению, именно это и подразумевает использование выражения «какой-либо конкретной продолжительности».

Что касается проекта вывода 9 (Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)), то в ходе прений члены Комиссии выразили общее одобрение его формулировки и внесли ряд полезных

предложений относительно текста комментария к проекту данного вывода. Поэтому он предлагает сохранить тот вариант проекта вывода, который был принят в первом чтении. Широкая поддержка государствами проектов выводов Комиссии по второму из конститутивных элементов обычного международного права, а именно по принятию в качестве правовой нормы, указывает на то, что в этом отношении Комиссии также удалось представить руководство и разъяснение по вопросу, который долгое время считался трудным и неопределенным.

Что касается проекта вывода 10 (Формы доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)), то с учетом прений он рекомендует оставить его текст без изменений. Важно понять, что упоминание бездействия в проекте вывода 10 служит совершенно иной цели, нежели в проекте вывода 6, и он считает, что текст пункта 3 проекта вывода 10 надлежащим образом отражает соответствующие элементы. Эти элементы следует разъяснить в комментарии, уточнив, что государства вполне могут представлять другие разъяснения по поводу их кажущегося молчания. Как было предложено некоторыми членами Комиссии, в комментарии следует также упомянуть различия между формами свидетельства признания в качестве правовой нормы, перечисленными в проекте вывода 10, и формами практики государств, перечисленными в проекте вывода 6. Следует также пояснить, что эти перечни призваны указать на основные примеры, связанные с каждым из конститутивных элементов. Как было предложено г-ном Васкес-Бермудесом и г-ном Ауреску, в комментарии было бы также полезно привести разъяснение относительно того, что перечисленные формы свидетельства могут также применяться *mutatis mutandis* к международным организациям.

Что касается проекта вывода 11 (Договоры), то он согласен с г-ном Гроссманом Гилоффом, что в самом начале комментария к этому проекту вывода следует четко указать, что договоры имеют обязательную силу только для их сторон. Кроме того, в ответ на серьезную обеспокоенность, которую озвучил г-н Аргуэльо Гомес, в комментарии следует четко указать, что предупреждение о необходимости проявлять осмотрительность, содержащееся в пункте 2, обусловлено существованием аналогичных положений во многих двусторонних или многосторонних договорах. В комментарии, принятом в первом чтении, в этой связи уже было упомянуто дело *Амаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго)*.

Что касается проекта вывода 12 (Резолюции международных организаций и межправительственных конференций), то значительное число членов Комиссии прокомментировали предложение включить в пункт 2 слова «при определенных обстоятельствах». Учитывая расхождения во взглядах, он склонен согласиться с тем, что слова «может» в этом пункте достаточно для того, чтобы указать на необходимость осмотрительности при использовании в качестве доказательств резолюций. Все это будет разъяснено в комментарии, где будет прямо указано на конкретные обстоятельства, в которых резолюция может иметь такой вес. Тем не менее, по его мнению, следует внести редакционную поправку и заменить слово «установление» в пункте 2 словом «определение», с тем чтобы обеспечить большую последовательность внутри свода проектов выводов в целом. Он согласен с тем, что в комментарии особое внимание следует уделить резолюциям Генеральной Ассамблеи — пленарного органа Организации Объединенных Наций с практически всеобщим участием, — которые могут служить важным свидетельством коллективных мнений государств-членов.

Проект вывода 13 (Решения судов и трибуналов) породил ряд интересных замечаний. Некоторые члены Комиссии одобрили нынешний текст, однако один или два ее члена оспорили проводимое в нем различие между решениями национальных и международных судов в качестве вспомогательного средства определения норм обычного международного права. Он напоминает о том, что первоначально в его третьем докладе проведение такого различия не предполагалось: напротив, был предложен более общий вывод, в котором говорилось как о судебных решениях, так и о доктринах. Однако после тщательного и продолжительного обсуждения на пленарных заседаниях и в Редакционном комитете и после получения Комиссией меморандума секретариата о роли решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления обычного международного права (A/CN.4/691) Комиссия приняла нынешний текст проекта вывода, так как в нем предлагаются более качественные и более четкие указания по этому вопросу. Он по-прежнему считает, что этот проект вывода отвечает данной цели. Принимая во внимание позиции, заявленные рядом государств в Шестом комитете, он решительно выступает за сохранение текста проекта вывода в его нынешнем виде. Далее в комментарии можно было бы подчеркнуть, что в каждом случае аргументация, которая приводится в решении, а также ее принятие государствами и прецедентным правом в будущем, имеют огромное значение. Можно также

предоставить дополнительные и более конкретные указания, как это было сделано в тексте проекта вывода, принятого в первом чтении. В соответствии с тем, что было предложено рядом членов Комиссии, в комментарии следует разъяснить различие между решениями национальных судов в качестве государственной практики и/или свидетельства признания в качестве правовой нормы и их возможной ролью в качестве вспомогательного средства.

Что касается проекта вывода 14 (Доктрины), то было достигнуто общее согласие относительно роли доктрин как вспомогательного средства и были высказаны некоторые ценные мысли по поводу комментария. В комментарии можно было бы подчеркнуть, что в конечном счете главным является качество и авторитетность конкретного труда. К числу факторов, которые следует учитывать в этой связи, относится подход, принятый автором с целью выявления норм обычного международного права, и его верность принятому подходу. В комментарии следует также пояснить, что упоминание специалистов по публичному праву «разных наций» подчеркивает важное значение охвата, насколько это возможно, работ, представляющих основные правовые системы и регионы мира и написанных на разных языках.

Что касается проекта вывода 15 (Настойчиво возражающее государство), то был поднят вопрос о том, следует ли включать проект этого вывода в свод проектов, касающихся выявления (а не применения) обычного международного права. Комиссия имела возможность обсудить этот вопрос в прошлом, и было признано, что вопрос о настойчиво возражающем государстве нередко возникает вместе с вопросом о существовании и содержании нормы обычного международного права, что было проиллюстрировано многочисленными примерами в третьем докладе (A/CN.4/682). Одно из достоинств нынешней формулировки заключается в том, что она отражает исключительный характер положения о настойчиво возражающем государстве и жесткие требования, которые применяются к нему, снижая тем самым риск злоупотребления этим положением. Из года в год подавляющее большинство государств одобряют включение этого проекта вывода и его содержание, и то же самое касалось его включения в проекты выводов, принятые в первом чтении, что, в частности, было с удовлетворением воспринято государствами в Шестом комитете на семьдесят первой сессии Генеральной Ассамблеи. С учетом этих обстоятельств он твердо убежден в том, что проект вывода следует сохранить.

Значительное число членов Комиссии поддержали добавление в проект этого вывода третьего

пункта, содержащего оговорку о том, что он «не затрагивает» *jus cogens*. Редакционному комитету следует рассмотреть конкретную формулировку этого пункта с учетом более общего комментария о сфере охвата проектов выводов, решения Комиссии не рассматривать *jus cogens* в рамках настоящей темы и работы, проводимой в настоящее время Комиссией в рамках отдельной темы. Разъяснение причин включения этого пункта и его содержания будет дано в комментарии к проекту вывода.

Переходя к проекту вывода 16 (Партикулярное обычное международное право), он отмечает, что этот пункт получил общее одобрение, равно как и незначительное уточнение в пункте 2, предложенное в его докладе, а именно включение слов «среди них». Применимая и полезная формула «всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы» будет сохранена, и, как это предлагают члены Комиссии, в тексте вывода и в комментарии будет сказано о том, каким образом к нормам партикулярного обычного международного права применяется двухэлементный подход. Кроме того, в комментарии следует четко указать, что партикулярное обычное международное право преимущественно является региональным, субрегиональным или местным и, по крайней мере в принципе, исключительно касается возможности формирования нормы партикулярного обычного международного права среди государств, связанных общим делом, интересом или деятельностью, а не географическим положением.

Что касается вопроса о том, следует ли применять в отношении результата работы Комиссии название «руководящие положения» вместо «выводов», то, в то время как г-н Мураэ, в частности, довольно решительно указал на то, что название «руководящие положения» является более подходящим, ряд других членов Комиссии высказались за дальнейшее обозначение результатов ее работы как «выводов». Как сам оратор отметил в ходе прений, ответ на этот вопрос в значительной степени является делом вкуса. Обдумав этот вопрос и внимательно выслушав выступавших, он по-прежнему считает, что использование в отношении результата работы названия «выводы» является уместным в данном контексте. Термин «выводы» вполне отражает задачу Комиссии, которая состоит в том, чтобы предложить достаточно авторитетное руководство для тех, на кого возложена задача выявления существования нормы обычного международного права и ее содержания. Кроме того, этот термин отражает методологию и передает надлежащую степень твердости без претензии на нормативность, которая в таком контексте может быть нецелесообразной. Именно к

такому мнению пришла Комиссия после тщательного изучения широкого спектра материалов, и, по его собственному мнению, термин «вывод» полностью согласуется с предоставлением руководящих указаний. Кроме того, государства привыкли к этому термину в рамках данной темы и не нашли его неуместным. Более того, Редакционный комитет рассмотрел этот вопрос на нынешней сессии в связи с темой «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» и принял решение сохранить этот термин. Он не видит оснований для принятия иного решения в отношении данной темы и, таким образом, рекомендует Комиссии сохранить термин «выводы».

Интересно отметить, что в девятом и последнем издании бесценной публикации, озаглавленной «Работа Комиссии международного права», которая еще не была переведена на все языки, секретариат приводит определения терминов «руководящие положения», «принципы» и «выводы», используемых в отношении результатов работы Комиссии, исходя из того, что было сказано самой Комиссией. На странице 51 тома I секретариат указывает, что «[в]ыводы использовались в качестве обозначения результатов работы по темам, призванным пролить свет на существующую практику в отношении конкретного процесса». Это же разъяснение дается в разделе «О Комиссии» на ее веб-сайте.

Он будет рад предложениям о добавлении публикаций в проект библиографии, который уже распространялся среди всех членов Комиссии в октябре 2017 года и был вновь распространен на нынешней сессии. Он планирует представить секретариату обновленную библиографию к концу первой части сессии, чтобы ее можно было опубликовать в качестве приложения II к его докладу. Он выражает надежду на то, что библиография будет включать в себя широкий перечень трудов, опубликованных во всех регионах мира и на как можно большем числе языков, что было объектом его пристального внимания на протяжении всей работы Комиссии над этой темой. Для этого ему потребуется постоянная помощь со стороны других членов Комиссии.

Все выступавшие приветствовали меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710) и подчеркивали важность продолжения работы по этому вопросу. Предложения, которые он сделал в связи с этим в пункте 129 своего доклада, получили широкую поддержку, и некоторые члены Комиссии, включая г-на Джалло и г-на Гроссмана Гилоффа, сообщили, что у них могут быть дополнительные предложения. Он

предлагает провести консультации с коллегами относительно конкретного содержания рекомендаций Комиссии Генеральной Ассамблее в этом отношении. Это следовало бы сделать на второй части сессии в Женеве, а также, в случае необходимости, в контексте созданной на непродолжительное время рабочей группы до принятия ежегодного доклада Комиссии о работе ее семидесятой сессии.

В заключение он вновь благодарит членов Комиссии за весьма конструктивные прения. Прогресс, достигнутый на текущий момент, является результатом коллективных усилий Комиссии и секретариата. Он рекомендует направить 16 проектов выводов вместе с поправками, предложенными в его докладе, в Редакционный комитет для их рассмотрения с учетом прений, состоявшихся на предыдущей неделе. Он рекомендует также создать рабочую группу для оказания ему помощи в доработке комментариев после того, как Редакционный комитет завершит свою работу над проектами выводов, и, возможно, организовать работу этой рабочей группы под председательством г-на Васкес-Бермудеса.

Г-н Мурасэ, повторяя вопрос, на который он не получил ответа, спрашивает, какую позицию занимает Специальный докладчик относительно цитирования в комментариях научных трудов.

Сэр Майкл Вуд (Специальный докладчик) говорит, что считает, что этот вопрос должен рассматриваться в рамках рабочей группы по комментариям, поскольку он касается не проектов выводов, а комментариев. Он по-прежнему придерживается четкого мнения о том, что лучше всего было бы не давать ссылки на литературу с учетом сложности выбора авторитетных трудов, особенно в области обычного международного права, и хорошей альтернативой в этом отношении он считает библиографию. Если кто-либо из членов Комиссии считает, что в комментариях следует ссылаться на научные труды, ему было бы весьма интересно узнать, ссылки на какие конкретные работы они хотели бы увидеть в комментариях.

Председатель благодарит Специального докладчика за представленное им всеобъемлющее резюме прений по его докладу, говорит, что, насколько он понимает, Комиссия желает передать проекты выводов 1–16 в Редакционный комитет с учетом соображений и замечаний, высказанных в ходе прений, и рекомендаций и поправок, предложенных Специальным докладчиком.

Решение принимается.

Председатель говорит, что Специальный докладчик предложил создать рабочую группу для оказания ему помощи в подготовке комментариев к проектам выводов и организовать работу этой рабочей группы под председательством г-на Васкес-Бермудеса. При отсутствии возражений он будет считать, что Комиссия принимает оба этих предложения.

Решение принимается.

Временное применение договоров (пункт 5 повестки дня) (A/CN.4/707 и A/CN.4/718)

Г-н Гомес-Робledo (Специальный докладчик), представляя свой пятый доклад по вопросу о временном применении договоров (A/CN.4/718), говорит, что он приступил к работе в качестве Специального докладчика по этой теме на шестьдесят четвертой сессии Комиссии и представлял доклад по ней на каждой последующей сессии, за исключением шестьдесят девятой сессии. Для новых членов Комиссии он хотел бы дать краткий обзор завершённой к настоящему времени работы, за которым следует описание аспектов, рассматриваемых в докладе, и его предложение в отношении плана будущей работы. Он обращает внимание на меморандум секретариата, содержащийся в документе A/CN.4/707, который, в соответствии с новой практикой Комиссии, будет представлен сотрудником секретариата после представления его доклада.

Отправной точкой для рассмотрения данной темы стал документ, подготовленный бывшим членом Комиссии г-ном Гая (в настоящий момент судья Гая является членом Международного Суда), в котором он обозначил две наиболее важные особенности данной темы, а именно: огромное разнообразие существующих положений о временном применении в двусторонних и многосторонних договорах, исходя из чего вычленение однородной и единообразной практики государств представляется трудной задачей, и отсутствие ясности в отношении многих аспектов правил временного применения, несмотря на тот факт, что условия временного применения и его прекращения изложены в статье 25 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года.

На своей шестьдесят пятой сессии Комиссия имела в своем распоряжении весьма полезный меморандум секретариата, в котором изложена история разработки статьи 25 Венской конвенции 1969 года (A/CN.4/658), а на шестьдесят седьмой сессии ей был представлен меморандум по статье 25 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года

(A/CN.4/676). Оба меморандума были подготовлены секретариатом по просьбе Комиссии в качестве вклада в рассмотрение данной темы.

Один из наиболее интересных выводов этих исследований, особенно в связи с Венской конвенцией 1969 года, заключается в том, что как в подготовительных материалах, так и на дипломатической конференции рассматривалась возможность определения понятия временного применения как временного вступления договора в силу, но в конечном итоге эта идея была отклонена. По его мнению, путаница по поводу нормативной базы статьи 25 в значительной степени обусловлена двойственностью в сознании пользователей — как государств, так и секретариатов международных организаций, когда они выполняют функции депозитариев или регистраторов, как в случае с Секретариатом Организации Объединенных Наций в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций.

В своем первом докладе по этой теме (A/CN.4/664) он ставил перед собой четыре цели: начать исследование по вопросу о временном применении; определить исходя из практики государств, почему они прибегают к режиму временного применения; рассмотреть вопросы терминологии; и предложить план будущей работы. Цель его второго доклада (A/CN.4/675) заключалась в том, чтобы представить углубленный анализ правовых последствий временного применения, что, несомненно, является наиболее важным аспектом темы.

Эти первые два доклада, которые были подготовлены с теоретической точки зрения и носили скорее индуктивный, а не дедуктивный характер, заложили основу для его третьего доклада (A/CN.4/687), в котором был представлен анализ связи временного применения с другими положениями Венской конвенции 1969 года, включая статьи 11 (Способы выражения согласия на обязательность договора), 18 (Обязанность не лишать договор его объекта и цели до вступления договора в силу), 24 (Вступление в силу), 26 (Pacta sunt servanda) и 27 (Внутреннее право и соблюдение договоров).

В третьем докладе также рассматривался вопрос о временном применении договоров между государствами и международными организациями и договоров между международными организациями, и в нем был представлен второй меморандум секретариата Венской конвенции 1986 года, несмотря на то, что Конвенция еще не вступила в силу, без чрезмерного углубления в вопрос о том, может ли Конвенция рассматриваться в качестве элемента обычного международного права. Содержащийся в докладе анализ

некоторых аспектов меморандума был разбит на три части: временное применение договоров об учреждении международных организаций или международных режимов; временное применение договоров, заключенных в рамках международных организаций или на дипломатических конференциях, проведенных под эгидой международных организаций; а также временное применение договоров, сторонами которых являются международные организации.

Принимая во внимание все предыдущие доклады по этой теме, а также письменные замечания и замечания государств, комментарии, представленные государствами в Шестом комитете, и прения в Комиссии, он представил для рассмотрения Комиссии первоначальный набор из шести проектов руководящих положений. Затем они были переданы в Редакционный комитет, который на своих заседаниях 29 и 30 июля 2015 года в предварительном порядке принял проект руководящего положения 1 (Сфера применения), проект руководящего положения 2 (Цель) и проект руководящего положения 3 (Общее правило). Аналогичным образом 28 июля 2015 года Редакционный комитет рассмотрел проекты руководящих положений 4–9, которые были представлены в пересмотренном варианте текста, изначально предложенного в третьем докладе оратора, с учетом комментариев и замечаний, полученных от членов Комиссии.

В своем четвертом докладе (A/CN.4/699 и A/CN.4/699/Add.1) он продолжил анализ связи временного применения с другими положениями Венской конвенции 1969 года, в частности в области оговорок, недействительности договоров, прекращения или приостановления действия договора вследствие его нарушения, а также в случае правопреемства государств, ответственности государств и начала военных действий. Он также затронул практику международных организаций в связи с временным применением договоров, в частности практику Организации Объединенных Наций в том, что касается ее функций по регистрации, ее функций депозитария и ее публикаций, призванных служить государствам руководством в отношении международных договоров; Организации американских государств; Европейского союза; Совета Европы; Организации Североатлантического договора; а также Экономического сообщества западноафриканских государств.

Он также представил на рассмотрение Комиссии проект руководящего положения 10 (Внутреннее право и соблюдение режима временного применения договора в целом или части договора), который был добавлен к шести проектам руководящих положений, находящимся на рассмотрении. На шестьдесят

восьмой сессии Комиссии Редакционный комитет принял в предварительном порядке проекты руководящих положений 4, 6, 7, 8 и 9, а проект руководящего положения 5 был отложен Редакционным комитетом, с тем чтобы вернуться к его рассмотрению на более позднем этапе.

В ходе первой части шестьдесят девятой сессии Комиссии Редакционный комитет принял в предварительном порядке проекты руководящих положений 10, 11 и 12, а проект руководящего положения 5 он вновь оставил на рассмотрении ввиду нехватки времени. Тем не менее проект руководящего положения 5 был изучен и в предварительном порядке принят Редакционным комитетом в ходе второй части шестьдесят девятой сессии, с тем чтобы в ходе этой сессии Комиссия могла в предварительном порядке принять первый сводный набор из 11 проектов руководящих положений с комментариями к ним. Следует отметить, что до своего принятия эти проекты руководящих положений также прошли через фильтр в Специальной рабочей группе.

В 2017 году секретариат распространил свой третий меморандум по данной теме (A/CN.4/707), в котором он провел обзор практики государств в отношении двусторонних и многосторонних договоров, предусматривающих временное применение, находящихся на хранении или зарегистрированных за последние 20 лет у Генерального секретаря. Меморандум был запрошен исходя из анализа, содержащегося в четвертом докладе, который показал наличие огромных трудностей, связанных с выявлением и систематизацией практики государств, из-за того, что классификации секретариата Организации Объединенных Наций на основании инструкций от государств относительно договоров, в отношении которых он несет ответственность за регистрацию или выполняет функции депозитария, и деятельность, связанная с выполнением этих двух задач, указывают на то, что в целом значение временного применения остается неясным. Эти замечания объясняют, почему на шестьдесят девятой сессии оратор не представил доклад по данной теме, а вместо этого сосредоточил свое внимание на принятии проекта руководящих принципов, рассмотрение которых было отложено, что и было сделано.

Переходя к пятому докладу (A/CN.4/718), он говорит, что на семьдесят второй сессии Генеральной Ассамблеи количество делегаций, которые представили в Шестом комитете свои замечания по теме «Временное применение договоров», увеличилось с 30 (уровня, на котором это количество оставалось неизменным в период с шестьдесят восьмой сессии до семьдесят первой сессии Генеральной

Ассамблеи) до 44. Это увеличение произошло потому, что проекты руководящих положений и комментарии к ним, принятые в предварительном порядке Комиссией, дают государствам более обширный материал для подготовки замечаний по данной теме в целом.

Следует также отметить, что в период между шестьдесят шестой и шестьдесят девятой сессиями Комиссии он получил письменные комментарии о национальной практике от 24 государств (это число оставалось неизменным в течение нескольких лет, однако при весьма несбалансированном представительстве государств по региональным группам). Из этих 24 откликов 13 получены от государств Западной Европы и других государств, четыре — от латиноамериканских и карибских государств, три — от восточноевропейских государств, три — от азиатско-тихоокеанских государств и только один отклик — от государств Африки. Тем не менее, как показывает обзор договоров, который содержится в последнем меморандуме секретариата по данной теме, договоры с клаузулами, предусматривающими временное применение, обнаружены во всех регионах и во всех правовых системах мира. Например, в Африке временное применение предусматривают 48 договоров, заключенных под эгидой Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС) за период 1975–2010 годов.

В пятом докладе был продолжен анализ мнений государств-членов, как высказанных в Шестом комитете, так и переданных Комиссии в письменном виде, и в нем приводится дополнительная информация о практике международных организаций, к числу которых, таким образом, были добавлены еще три организации: Международная организация франкофонии, Международная организация труда и Европейская ассоциация свободной торговли.

Одним из недавних примеров, подтверждающих все более широкое использование международными организациями режима временного применения, является соглашение, подписанное в октябре 2017 года между Организацией Объединенных Наций и правительством Гаити, в котором предусматривается создание Миссии Организации Объединенных Наций по поддержке правосудия в Гаити (МООНППГ). В статье 60 этого Соглашения содержится положение о его временном применении с момента его подписания до завершения внутренних процедур Гаити для его вступления в силу.

В пятом докладе представлено два новых проекта руководящих положений: проект руководящего положения 8 bis о прекращении или

приостановлении временного применения договора или части договора вследствие его нарушения и проект руководящего положения 5 bis о формулировании оговорки. Кроме того, была включена новая глава, содержащая восемь проектов типовых положений, касающихся сроков временного применения договора и сферы охвата временного применения.

В своих комментариях, представленных в ходе последних прений в Шестом комитете, государства подчеркивали необходимость разъяснить три вопроса: во-первых, упоминание предусмотренной в проекте руководящего положения 4 возможности «заявления государства или международной организации, которое признается остальными соответствующими государствами или международными организациями», — иными словами, одностороннего заявления, для которого требуется ясно выраженное согласие государств или международных организаций, о которых идет речь, что можно было бы разъяснить в комментарии; во-вторых, вопрос о степени обязательности временного применения в связи с формулировкой проекта руководящего положения 6, — иными словами, не заходит ли выражение «как если бы он находился в силе» слишком далеко; и, в-третьих, условия для прекращения и приостановления временного применения в связи с проектом руководящего положения 8 с учетом необходимости сохранения определенной гибкости в этом вопросе. Он хорошо понимает важное значение и юридически чувствительный характер всех этих вопросов и ни в коей мере не хочет избежать их тщательного рассмотрения. Тот факт, что Комиссия в настоящее время рассматривает только два новых проекта руководящих положений и восемь типовых положений, ни в коей мере не означает, что после завершения рассмотрения проектов руководящих положений в первом чтении Комиссия не будет обращаться к нерешенным вопросам. В действительности оба новых проекта руководящих положений имеют прямую связь с озабоченностью, озвученной государствами.

Он не видит необходимости в том, чтобы предлагать проект руководящего положения о поправках, поскольку в этой области пока еще нет широкой практики, а существующая практика касается, главным образом, случаев, когда орган международной организации прибегает к режиму временного применения в качестве средства ускорения осуществления поправок к договору, и поскольку поправка к договору касается сферы действия договора, вступившего в силу. Включение проекта руководящего положения о поправках создаст впечатление, что временное применение в конечном счете имеет те же последствия, что и вступление договора в силу.

Оба новых предлагаемых проекта руководящих положений призваны дополнить существующие проекты руководящих положений и комментарии к ним; отправной точкой, как всегда, является Венская конвенция 1969 года.

В связи с проектом руководящего положения 8 bis он ссылается на пункты 69–87 своего четвертого доклада (A/CN.4/699), в которых он обсуждал связь между временным применением и статьей 60 Венской конвенции. Одним из аспектов статьи 60, который был прояснен в этом докладе в ответ на заинтересованность, проявленную государствами в Шестом комитете, была негативная взаимность, которая подразумевает, что должно было иметь место существенное нарушение договора и между сторонами, применяющими договор на временной основе, должно было существовать действующее обязательство. Когда он проводил этот анализ, вопросы правовых последствий и прекращения временного применения еще не обсуждались. Поэтому на тот момент он предпочел не предлагать положение о приостановлении или прекращении временного применения договора вследствие его нарушения.

Однако впоследствии ряд делегаций проявили интерес к этому вопросу в свете проекта руководящего положения 8, озаглавленного «Прекращение после уведомления о намерении не становиться участником». Делегации в целом согласились с содержанием проекта руководящего положения, они пришли к выводу, что с учетом широкой формулировки пункта 2 статьи 25 Венской конвенции имеется возможность для рассмотрения форм прекращения и приостановления, изложенных в статье 60, и призвали к определенной гибкости в подходе к этому вопросу. Именно поэтому он решил *ad cautelam* предложить на рассмотрение Комиссии проект руководящего положения 8 bis.

Вопрос об оговорках был также ранее рассмотрен в пунктах 22–39 его четвертого доклада. Он считает, что если Комиссия не желает использовать слишком жесткие формулировки, то, поскольку не было выявлено достаточной практики, чтобы оправдать разработку руководящего положения, и поскольку ни у государств, ни у самой Комиссии нет твердой позиции по этому вопросу, гибкость, присущая временному применению, избавляет государства от необходимости формулировать оговорки до вступления договора в силу. Если в отношении того или иного конкретного положения возникают какие-либо трудности, то государства могут просто исключить его из временного применения договора, и эта мысль уже высказывалась в пункте 34 его четвертого доклада.

Он признателен бывшему члену Комиссии г-ну Форто, предложившему материалы Университета Западного Парижа в качестве примеров оговорок к договорам, применяемым на временной основе. Вместе с тем после тщательного рассмотрения примеров он пришел к выводу о том, что они являются не оговорками по смыслу подпункта 1 d) статьи 2 Венской конвенции, а заявлениями о толковании или ограничении, вытекающими из внутреннего права государств либо правил международных организаций. В лучшем случае, положение об оговорках может быть предложено в качестве клаузулы «без ущерба», которую в целом Комиссии следует избегать по методологическим соображениям, хотя такие оговорки призваны гарантировать охват всех возможных ситуаций.

В соответствии с выводами, сделанными в его четвертом докладе, Специальный докладчик предлагает восемь типовых положений, и эта идея встретила широкую поддержку со стороны государств. Типовые положения содержат элементы, отражающие наиболее устоявшуюся практику государств и международных организаций, и при этом не касаются тех элементов, которые не встречаются в практике или представляются неясными, или неопределенными с юридической точки зрения. Хотя ни одна из предложенных формулировок типовых положений не была взята из какого-либо действующего договора дословно, цель состоит в том, чтобы заполнить пробелы, обнаруженные при изучении данной темы.

Он надеется, что Комиссия направит два новых проекта руководящих положений и восемь типовых положений в Редакционный комитет. Он считает, что если это будет сделано, то полный свод проектов руководящих положений вместе с комментариями к ним может быть принят в первом чтении на текущей сессии. Результат работы Комиссии в его окончательной форме может быть озаглавлен «Руководство по временному применению договоров», хотя этот вопрос остается темой для дискуссии.

Г-н Мурасэ благодарит Специального докладчика за его доклад и приветствует тот факт, что Комиссия успешно приближается к завершению рассмотрения проектов руководящих положений в первом чтении.

В предлагаемом проекте руководящего положения 8 bis речь идет о ситуации, когда существенное нарушение договора, применяемого на временной основе, дает право государствам или соответствующим международным организациям ссылаться на это нарушение в качестве основания для

прекращения или приостановления такого временного применения, в соответствии со статьей 60 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. Тем не менее Комиссия уже приняла в предварительном порядке проект руководящего положения 8, согласно которому государство может прекратить временное применение договора путем простого уведомления других государств или международных организаций о своем намерении не становиться участником договора. Возникает вопрос, бывают ли случаи, когда государствам действительно надо сослаться на существенное нарушение для того, чтобы прекратить временное применение договора.

С сугубо теоретической точки зрения возможны случаи, когда вместо того, чтобы просто уведомить другие государства о своем намерении прекратить временное применение, государство считает себя обязанным прекратить временное применение в силу существенного нарушения со стороны другого государства. Это не будет вызывать никаких проблем до тех пор, пока проект руководящего положения 8 bis применяется в ситуации, когда договор еще не вступил в силу и все государства применяют его временно и на равной основе. Проект, подготовленный Специальным докладчиком, как представляется, отражает ситуацию, когда соответствующий договор еще не вступил в силу, и все государства имеют одинаковый статус не участвующих в нем государств, которые применяют договор на временной основе. Вместе с тем ситуация будет иной в тех случаях, когда договор уже вступил в силу, и некоторые государства являются его участниками, в то время как другие в нем еще не участвуют и применяют его лишь на временной основе.

Именно такая ситуация сложилась на момент принятия решения Постоянной палаты третейского суда по делу *ЮКОС Юниверсал Лимитед (остров Мэн) против Российской Федерации* в отношении Договора к Энергетической хартии, когда многие государства уже стали участниками договора, в то время как такие государства, как Российская Федерация, были в состоянии применять его лишь на временной основе. Он интересуется, обеспечивает ли проект руководящего положения 8 bis надлежащий баланс между государствами — участниками многостороннего договора и государствами, применяющими договор лишь на временной основе. В деле *ЮКОС* Российская Федерация могла бы прекратить временное применение, просто уведомив об этом другие государства в соответствии с пунктом 2 статьи 25 Венской конвенции, в то время как государства, которые уже были участниками договора, могут прекратить его действие лишь на основании

существенного нарушения по смыслу статьи 60 Венской конвенции. Он сомневается в том, что Комиссии следует предоставлять подобный привилегированный статус государствам, которые применяют договор лишь на временной основе, не становясь его сторонами. Если новый проект руководящего положения будет сохранен, то понадобится включить положение о защите прав участников договора.

Что касается проекта руководящего положения 5 bis, то он считает, что тема оговорок очень важна в контексте временного применения договоров. Вновь ссылаясь на дело *ЮКОС*, он говорит, что при подписании Договора к Энергетической хартии Российская Федерация, по всей видимости, не отдавала себе отчета в существовании положения о временном применении. Во время подписания Российская Федерация не сделала заявление о неприменении в соответствии с пунктом 2 статьи 45 этого договора. Если бы она сделала такое заявление или внесла оговорку, то ей удалось бы избежать длительного разбирательства в Постоянной палате третейского суда и в других органах. В связи с этим он предлагает более четко сослаться на заявление о неприменении или оговорку, заменив клаузулу «без ущерба», предложенную Специальным докладчиком в проекте руководящего положения 5 bis.

Что касается типовых положений, предложенных Специальным докладчиком, то он хотел бы знать, как они связаны с проектами руководящих положений, какова их цель и польза от них, поскольку они, по-видимому, не выполняют никаких функций, сопоставимых с функциями проектов руководящих положений 8 bis и 5 bis.

Что касается окончательной формы проекта, то он надеется, что Специальный докладчик не будет понижать статус своих проектов руководящих положений до проектов выводов, с тем чтобы обеспечить согласованность с темой «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»: следует скорее повысить статус текстов по последней теме. В заключение он говорит, что одобряет передачу двух новых проектов руководящих положений в Редакционный комитет.

Г-жа Альборн (секретариат), представляя меморандум секретариата по теме «Временное применение договоров» (A/CN.4/707), говорит, что на своей шестьдесят восьмой сессии Комиссия просила секретариат подготовить меморандум с анализом практики государств в отношении применяемых на временной основе двусторонних и многосторонних договоров, находящихся на хранении или зарегистрированных за последние 20 лет у Генерального

секретаря, в том числе о действиях в отношении таких договоров. В соответствии с этой просьбой содержащийся в меморандуме анализ охватывает только договоры, имеющиеся в Собрании договоров Организации Объединенных Наций; она благодарит Договорную секцию Управления по правовым вопросам за ценную помощь.

Описывая методологию, использованную при подготовке меморандума, она говорит, что для поиска договоров, имеющих отношение к данной теме, использовалось несколько вариантов поисковых запросов по таким ключевым выражениям, как «provisional application», «provisional entry into force», «interim application» или «temporary application». Терминология, используемая для обозначения временного применения, сильно различается, особенно в двусторонних договорах. В некоторых особых случаях, в том числе товарных соглашениях, проводится терминологическое различие между временным применением отдельными государствами или международными организациями и временным вступлением в силу соглашения в целом. Тем не менее была предпринята попытка отделить временное применение договора от других понятий, таких как «временные договоры» и «срочные договоры».

Был проведен анализ более 400 двусторонних и 40 многосторонних договоров. Как двусторонние, так и многосторонние договоры, подлежащие временному применению, как правило, регистрируются только после их вступления в силу. Таким образом, число договоров, применяемых на временной основе за последние 20 лет, на самом деле выше, чем число договоров, доступных в Собрании договоров Организации Объединенных Наций. В меморандуме учитываются особые характеристики некоторых договоров, таких как многосторонние договоры с «ограниченным членским составом», «смешанные соглашения», заключенные между Европейским союзом и его государствами-членами и третьими сторонами, а также договоры о создании институциональных механизмов. Категория договоров, применяемых на временной основе, которые предусматривают создание институциональных механизмов, включает в себя товарные соглашения. В этой связи секретариат счел важным провести различие между созданными институциональными механизмами, действующими на временной основе, и подготовительными комиссиями для учреждения международной организации. Секретариат подошел к решению своей задачи без какой-либо намеченной заранее структуры и разработал ее только после прочтения соответствующих положений 440 изученных договоров. Двусторонние

и многосторонние договоры обсуждались по-отдельности с учетом различий между ними.

В отношении раздела II, озаглавленного «Правовое основание для временного применения», выходящая отмечает, что обе правовые основы, содержащиеся в общей статье 25 двух венских конвенций, нашли отражение в практике, проанализированной в меморандуме. Однако большинство двусторонних договоров применяются на основании клаузулы, содержащейся в договоре, применяемом на временной основе, в то время как в отношении многосторонних договоров более распространенным является временное применение в силу отдельного соглашения. Отдельные соглашения о временном применении многосторонних договоров заключаются либо в момент принятия первоначального договора, либо на более позднем этапе. В таких отдельных соглашениях зачастую прямо говорится о причинах временного применения.

В качестве особого случая в меморандуме обсуждается правовое основание для временного применения поправок к учредительным документам международных организаций. Например, Устав Всемирной туристской организации (ЮНВТО) не допускает временного применения поправок, однако Генеральная Ассамблея неоднократно принимала резолюции, допускающие такое временное применение. В Римском статуте Международного уголовного суда, наоборот, эксплицитно предусматривается временное применение поправок к Правилам процедуры и доказывания Суда.

Еще один вопрос, который возникает в отношении многосторонних договоров, но на который пока не удалось дать ответ исходя из имеющейся практики, касается того, могут ли соглашения о временном применении заключаться государствами или международными организациями, отличными от «договаривающихся государств» или «договаривающихся организаций», как это предусмотрено в подпункте b) пункта 1 статьи 25 Венской конвенции 1986 года. Этот вопрос является особенно актуальным в ситуации, когда договор, который применялся на временной основе, был продлен, как в случае с товарными соглашениями, а затем решение о продлении временного применения было применено также в отношении государств или организаций, присоединившихся к договору.

Переходя к разделу III меморандума о начале временного применения, она отмечает, что такой момент может зависеть от определенных процедур, предусмотренных в договоре, или, в более редких случаях, от наступления какого-либо внешнего

события, например принятия закона или вступления в силу другого договора. Договоры могут также сочетать процедурные условия с требованием наступления внешнего события.

В меморандуме определен ряд условий для начала временного применения: начало при подписании договора или отдельного соглашения о временном применении; начало в определенную дату; или начало с даты уведомления. Принятие решения международной организацией является четвертым вариантом начала временного применения, который касается многосторонних договоров.

Что касается начала временного применения с даты уведомления, то в многосторонних договорах может уточняться, в какой момент может быть сделано заявление о временном применении: уведомление в момент подписания или в любое время либо уведомление в момент ратификации, принятия, утверждения или присоединения. В последнем случае временное применение исключается после вступления в силу договора, как, например, в случае Конвенции по кассетным боеприпасам.

Договоры, в частности многосторонние договоры, могут содержать несколько условий для начала временного применения, которые должны применяться в сочетании между собой или на альтернативной основе, как, например, это предусматривается в статье 7 Соглашения об осуществлении части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву.

Что касается раздела IV меморандума о сфере охвата временного применения, то оратор говорит, что значительное число двусторонних и многосторонних договоров или отдельных соглашений о временном применении ограничивают сферу охвата временного применения двумя способами: оговаривая временное применение части соглашения или ссылаясь на внутреннее законодательство или правила организации.

Исследование показывает, что не во многих договорах четко предусмотрено временное применение части договора и что оно больше распространено в многосторонних договорах, чем в двусторонних договорах. В клаузулах о временном применении части договора может быть либо определено, какие положения договора не применяются на временной основе, либо указано, какие положения подлежат применению на временной основе. Некоторые договоры, например товарные соглашения, допускают временное вступление в силу части договора на основе решения государств и/или международных организаций, которые заявили о своем согласии на

обязательность для них договора или на временное применение ими договора.

Что касается второго способа ограничения сферы охвата временного применения, а именно ссылки на внутреннее право, то оратор говорит, что такие ограничения являются менее конкретными, чем положения о временном применении части договора, в которых, как правило, выделяются отдельные положения. В договорах, охваченных исследованием, чаще содержалась ссылка на внутреннее право в целом, а не конкретно на конституционное право.

В разделе V меморандума о прекращении временного применения показано, что прекращение временного применения оговаривается в весьма ограниченном числе договоров. Среди двусторонних и многосторонних договоров, в которых упоминается прекращение применения, лишь немногие договоры прямо допускают прекращение путем уведомления о намерении не становиться участником договора, как это предусмотрено в пункте 2 общей статьи 25 венских конвенций 1969 и 1986 годов. Вместо этого в этих договорах говорится о прекращении или приостановлении временного применения как такового. Что касается многосторонних договоров, то временное применение может также быть прекращено в результате выхода из договора государства или международной организации, в отношении которых договор еще не вступил в силу.

В меморандуме подтверждается, что вступление в силу соглашения является наиболее распространенным способом прекращения временного применения на основе другой договоренности между сторонами. Следовательно, прекращение временного применения часто зависит от различных условий, необходимых для вступления договора в силу. Вместе с тем временное применение может быть прекращено также на основе договоренностей между сторонами другого рода, не имеющих отношения к вступлению в силу, таких как вступление в силу договора, отличного от договора, применяемого на временной основе; определенная дата прекращения временного применения; заключение сторонами договора, применяемого на временной основе, нового договора, который заменяет собой предыдущий договор; решение сторон о прекращении действия договора, применяемого на временной основе; и договоренность сторон многостороннего институционального механизма об исключении конкретного государства или международной организации, пока учредительный документ применяется на временной основе.

В заключение она говорит, что в меморандуме секретариата показано, что временное применение договоров является весьма гибким инструментом с точки зрения используемой терминологии, типов соответствующих соглашений и условий применения.

Г-н Раджпут говорит, что он признателен секретариату за полезный меморандум по этой теме, однако просит представить разъяснения в отношении методологии. Он хотел бы узнать, были ли материалы, содержащиеся в меморандуме, получены в результате одновременного поиска по всем этим ключевым словам («provisional application», «provisional entry into force» и «temporary application») или в результате отдельного поиска по каждому из них.

Г-жа Альборн (секретариат) говорит, что термин «временное применение» («provisional application») относится к временному применению договора, который в конечном итоге вступит в силу как таковой. С этим связано понятие «срочных» («temporary») договоров, которые вступили в силу или применяются лишь на определенный срок и в конечном итоге будут заменены другим договором. Очень часто подготовительные комиссии для учреждения международной организации базируются на срочных договорах. Так было в случае с Подготовительной комиссией по учреждению Международного уголовного суда. Проблема заключается в том, что очень часто государства, которые являются участниками договоров, которые, как предполагается, будут применяться на временной основе, используют для их описания термины, отличные от термина «временное применение», такие как «temporary application» и «interim application». В пункте 28 меморандума упоминается соглашение, заключенное между Бельгией и Нидерландами в форме обмена нотами, о продлении действия другого соглашения, «которое до вступления в силу осуществляется на временной основе, а с 1 марта 1996 года продлевается на неопределенный срок». Термин «на временной основе» касается временного применения, а не срочного договора. Секретариат внимательно изучил различные положения и попытался выявить те, в которых содержится ссылка на временное применение того или иного договора в противоположность срочному договору, который на более позднем этапе будет заменен другим договором.

Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) (пункт 9 повестки дня)
(A/CN.4/714 и A/CN.4/714/Corr.1)

Промежуточный доклад Редакционного комитета

Г-н Джалло (Председатель Редакционного комитета), представляя промежуточный доклад Редакционного комитета по теме «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)», говорит, что в соответствии с рекомендацией Специального докладчика, сделанной в 2016 году, проект выводов останется в Редакционном комитете до тех пор, пока не будет принят полный свод. В этом случае Комиссия будет иметь в своем распоряжении полный свод проектов выводов для принятия решения. Он напоминает, что на своей шестьдесят восьмой сессии Комиссия приняла проекты выводов 1 и 3, а на своей шестьдесят девятой сессии она приняла проекты выводов 2 и 4–7.

На нынешней сессии Редакционный комитет провел три заседания: 2, 4 и 8 мая 2018 года. Он приступил к выполнению оставшейся после предыдущей сессии работы, а именно к рассмотрению предложения Специального докладчика по проекту вывода 9, и принял решение разбить ранее принятый им в предварительном порядке текст на две части, а именно на проекты выводов 8 [9 (1), (2)] и 9 [9 (3), (4)]. При подготовке обоих этих текстов Комитет учел формулировки проектов выводов о выявлении обычного международного права.

В основу проекта вывода 8 [9 (1), (2)] (Свидетельства принятия и признания) легли пункты 1 и 2 первоначального предложения по проекту вывода 9. В нем речь идет о различных формах свидетельства принятия и признания того, что норма общего международного права является императивной нормой (*jus cogens*). Текст пункта 1 практически дословно воспроизводит формулировку пункта 1 проекта вывода 10 проектов выводов о выявлении обычного международного права. Таким образом, вместо предложенной Специальным докладчиком фразы «могут быть отражены в различных материалах и принимать различные формы» в нем используется упрощенная фраза «могут принимать самые различные формы». Чтобы полное название темы было отражено так, как это сделано в других проектах выводов, перед «*jus cogens*» был добавлен термин «императивные нормы».

Было высказано несколько предложений, призванных отразить связь между проектом вывода 9, первоначально предусмотренным Специальным докладчиком, и предшествующими ему проектами выводов. Одно из них заключалось в том, чтобы включить соответствующий текст проектов выводов 4, 6 и 7 в проект пункта 1 вывода 8. В качестве альтернативы было предложено включить весь текст новых проектов выводов 8 и 9 в проект вывода 6 в качестве нового пункта 3. Наконец, было предложено

включить в пункт 1 проекта вывода 8 перекрестные ссылки на соответствующие проекты выводов. Большинство членов придерживались мнения о том, что проекты выводов 4, 6 и 7 представляют собой последовательность, которая предшествует проекту вывода 8. Соответственно, в проекте вывода 8 подразумевается наличие имплицитной ссылки на предыдущие проекты выводов.

В пункте 2 проекта вывода 8 приводится исчерпывающий перечень возможных форм свидетельства принятия и признания государствами того, что норма общего международного права является императивной нормой (*jus cogens*). Редакционный комитет сосредоточил внимание на связи этого пункта с последующими пунктами предложения Специального докладчика по проекту вывода 9. В целях обеспечения согласованности было решено использовать формулировку пункта 2 проекта вывода 10 проектов выводов о выявлении обычного международного права и добавить перед «формы свидетельства» в начале этого пункта слово «такие». Кроме того, порядок форм свидетельства принятия и признания, первоначально предложенный Специальным докладчиком, был изменен в соответствии с перечнем, содержащимся в пункте 2 проекта вывода 10. Любые отступления от пункта 2 проекта вывода 10 будут разъяснены в комментарии. Подразумевается, что ссылка на «резюми» включает в себя «поведение в связи с резолюциями» — формулировку, которая используется в пункте 2 проекта вывода 10. Некоторые члены Редакционного комитета отметили, что национальные законы и конституции представляют собой важные свидетельства признания и принятия нормы в качестве нормы, имеющей императивный характер. На основе формулировки, содержащейся в пункте 2 проекта вывода 6 проектов выводов о выявлении обычного международного права, Редакционный комитет решил включить «законодательные и административные акты» в перечень форм свидетельства, содержащийся в пункте 2 проекта вывода 8.

Пункт 2 проекта вывода 8, если его рассматривать в свете проекта вывода 7, касается свидетельства принятия и признания со стороны государств, в том числе в тех случаях, когда они действуют через национальные суды, как через свои органы. Был поднят вопрос о том, следует ли также включить в текст «решения международных судов и трибуналов». После некоторого обсуждения Редакционный комитет решил включить пункты 3 и 4 первоначального предложения Специального докладчика в новый проект вывода, с тем чтобы отразить различие ролей, которые решения национальных судов, с одной стороны,

и решения международных судов и трибуналов, с другой стороны, играют в качестве свидетельств принятия и признания того, что норма общего международного права является императивной нормой (*jus cogens*). В отличие от решений национальных судов и трибуналов решения международных судов и трибуналов используются в качестве вспомогательного средства для определения норм международного права на основе оценки доказательств. Кроме того, подход, заключающийся в рассмотрении решений национальных судов и трибуналов в качестве форм свидетельства, отдельно от рассмотрения решений международных судов и трибуналов в качестве вспомогательного средства, согласуется с проектом выводов о выявлении норм обычного международного права.

В соответствии с первоначальным предложением Специального докладчика название проекта вывода 8 [9 (1), (2)] «Свидетельства принятия и признания» сохранено.

Проект вывода 9 [9 (3), (4)] (Вспомогательные средства установления императивного характера норм общего международного права (*jus cogens*)) посвящен субсидиарным средствам установления императивного характера норм общего международного права (*jus cogens*). Редакционный комитет работал на основе пересмотренного предложения Специального докладчика, основанного на его первоначальном предложении в отношении пунктов 3 и 4 проекта вывода 9, и с учетом предложений, высказанных в Редакционном комитете.

Пересмотренное предложение воспроизводит формулировку пункта 1 проекта вывода 13 проектов выводов о выявлении обычного международного права. Редакционный комитет не согласился с предложением включить прилагательное «судебные» перед словом «решения», поскольку не только «судебные решения» могут быть релевантны для установления императивного характера норм общего международного права (*jus cogens*). Было предложено заменить термин «установление» на «выявление». Однако Редакционный комитет решил сохранить термин «установление», так как он согласуется с формулировкой, используемой в подпункте 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, а также с пунктом 1 проекта вывода 13 проектов выводов о выявлении обычного международного права.

Пункт 2 проекта вывода 9 посвящен работе экспертных органов и доктринам наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву в качестве вспомогательного средства установления императивного характера той или иной нормы общего

международного права (*jus cogens*). Было высказано мнение о том, что в тексте проекта вывода следует отдельно упомянуть работы Комиссии международного права ввиду значительного вклада Комиссии в возникновение и развитие императивных норм общего международного права (*jus cogens*) и в свете ее мандата и взаимодействия с государствами в процессе кодификации и прогрессивного развития. Тем не менее Редакционный комитет решил исключить любую эксплицитную ссылку на работу Комиссии, поскольку это не соответствует ее обычной практике. В комментарии будет уточнено, что Комиссия, как экспертный орган, играет важную роль в возникновении и развитии императивных норм общего международного права (*jus cogens*).

Подразумевается, что термин «работа» включает в себя процесс, а также заключительный результат рассмотрения экспертными органами императивных норм общего международного права (*jus cogens*). Обсуждались альтернативные термины — «заявления», «заклучения», «мнения» и «оценки» экспертных органов. Редакционный комитет обсудил также вопрос о том, следует ли работу экспертных органов вынести в пункт, отделенный от пункта, посвященного доктринам наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, поскольку последние эксплицитно упомянуты в пункте 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, а первые — нет. Были высказаны опасения, что это может быть истолковано как внедрение иерархии между вспомогательными средствами установления императивного характера норм общего международного права (*jus cogens*).

В основу выражения «экспертные органы, учрежденные государствами или международными организациями» легло пересмотренное предложение Специального докладчика и некоторые изменения, внесенные в ходе обсуждения. Подразумевается, что это выражение включает в себя органы, учрежденные международными организациями и вспомогательными органами, такими как Комиссия международного права, а также договорные органы. Термин

«экспертные органы» без каких-либо дополнительных уточнений, как было первоначально предложено Специальным докладчиком, сочли слишком широким, поскольку он может быть понят таким образом, что он включает частные организации без межправительственного мандата. Была также рассмотрена фраза «признанные экспертные органы, учрежденные государствами». Редакционный комитет счел, что выражение «экспертные органы, учрежденные государствами» приведет к исключению экспертных органов, учрежденных международными организациями.

Проект вывода 9 [9 (3), (4)] озаглавлен «Вспомогательное средство установления императивного характера норм общего международного права (*jus cogens*)».

В заключение оратор выражает признательность Специальному докладчику, основательный опыт и знания в области рассматриваемой темы, советы и помощь которого во многом облегчили работу Редакционного комитета. Он также благодарит членов Редакционного комитета за их ценный вклад в работу по данной теме, а также секретариат за его неоценимую помощь.

Ожидается, что Редакционный комитет вернется к рассмотрению этого вопроса в ходе второй части текущей сессии и рассмотрит любые проекты выводов, переданные ему на основе третьего доклада Специального докладчика. Комиссия не должна пока принимать решения по проектам заключений, поскольку промежуточный доклад был представлен исключительно в информационных целях.

Председатель говорит, что, насколько он понимает, Комиссия желает принять к сведению промежуточный доклад Председателя Редакционного комитета.

Решение принимается.

Заседание закрывается в 12 ч 50 мин.