



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
24 July 2013
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят пятая сессия

Женева, 6 мая – 1 июня и 8 июля – 9 августа 2013 года

Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестидесят пятой сессии

Докладчик: г-н Матьяс Форто

Глава VII

Формирование и доказательство существования международного обычного права

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Введение	1	2
B. Рассмотрение темы на данной сессии	2	2
1. Представление Специальным докладчиком первого доклада.....	3–9	2
2. Краткое изложение прений	10–37	4
a) Общие замечания	10–12	4
b) Сфера охвата темы	13–19	4
c) Методология	20–26	6
d) Виды справочных материалов для работы по теме	27–34	8
e) Дальнейшая работа по теме	35–37	9

Глава VII

Формирование и доказательство существования международного обычного права

A. Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия постановила включить тему "Формирование и доказательство существования международного обычного права" в свою программу работы и назначила г-на Майкла Вуда Специальным докладчиком¹. На той же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика (A/CN.4/653)². На той же сессии Комиссия также обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме³.

B. Рассмотрение темы на данной сессии

2. На данной сессии на рассмотрение Комиссии был внесен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/663), а также меморандум Секретариата по данной теме (A/CN.4/659). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3181–... заседаниях 17–... ... 2013 года.

1. Представление Специальным докладчиком первого доклада

3. Первый доклад, имеющий вводный характер, призван заложить основу для будущей работы и обсуждений по данной теме и в общих чертах описывает предлагаемый Специальным докладчиком подход к ней. В докладе, среди прочего, представлен краткий обзор предыдущей работы Комиссии, имеющей отношение к данной теме, и приводятся некоторые мнения, высказанные делегатами в Шестом комитете во время шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи. В нем также обсуждается сфера охвата и возможные результаты рассмотрения данной темы и освещаются некоторые вопросы, касающиеся международного обычного права как источника права. Далее в нем описываются различные категории материалов для дальнейшего изучения, а также предлагаемая программа будущей работы Комиссии по этой теме.

4. Представляя свой доклад, Специальный докладчик отметил, что при рассмотрении данной темы важно учитывать практику государств, представляющих все правовые системы и регионы мира, и назвал полезным обмен мнения-

¹ На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии во время ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основании предложения, которое содержится в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, стр. 365–375).

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 157–202.

³ Там же, пункт 159.

ми между Комиссией и другими органами, а также более широкими научными кругами. Специальный докладчик также выразил уверенность в том, что подготовленный Секретариатом меморандум с описанием элементов предыдущей работы Комиссии, которые могут иметь особое значение для рассматриваемой темы, послужит в дальнейшем существенным подспорьем. Так, важными ориентирами для будущей работы Комиссии станут включенные в меморандум замечания и пояснительные примечания.

5. Специальный докладчик отметил, что прекрасно осознает свойственные данной теме сложности и необходимость подходить к ней с осторожностью, в частности для того, чтобы обеспечить сохранение гибкости обычно-правового процесса. Он напомнил, что ни рассмотрение международного обычного права по существу, ни разрешение чисто теоретических споров об основах обычного права не входит в поставленную задачу. Вместо этого Специальный докладчик предложил Комиссии сосредоточиться на выработке выводов о выявлении норм международного обычного права с комментариями к ним. Представляется, что такой результат будет иметь практическую ценность для судей и юристов, в частности тех, которые, возможно, не обладают глубокими знаниями в области международного публичного права.

6. В свете предложения уделить основное внимание систематическому методу выявления обычных норм, а также учитывая, что упоминаемое в нынешнем названии темы слово "формирование" вызвало некоторую путаницу по поводу сферы охвата темы, Специальный докладчик предложил изменить название на "Выявление международного обычного права". Даже если название будет изменено, в круг задач Комиссии, тем не менее, предлагается включить рассмотрение условий для формирования норм обычного международного права, а также материальных свидетельств существования таких норм, поскольку и те, и другие необходимы для установления факта существования нормы международного обычного права. Специальный докладчик еще раз подчеркнул, что предпочел бы не рассматривать *jus cogens* применительно к сфере охвата настоящей темы.

7. Говоря об обычном международном праве как источнике международного права, Специальный докладчик сначала обратился к пункту 1 статьи 38 Статута Международного Суда, поскольку он содержит авторитетный перечень источников международного права. Затем Специальный докладчик коснулся взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права. Констатировав, что взаимосвязь международного обычного права с договорами представляет большую практическую важность, он также отметил, что она сравнительно хорошо изучена. Не столь очевидной, по его мнению, является взаимосвязь между международным обычным правом и общими принципами права, и она требует тщательного рассмотрения Комиссией. Затем, обратив внимание на важность единообразия в терминологии, он предложил посвятить один из выводов употреблению терминов.

8. В докладе был также представлен иллюстративный перечень материалов, имеющих значение для рассмотрения темы. Отобранные материалы, не претендуя на полноту, предположительно отражают общий подход к вопросу о формировании и доказательстве существования международного обычного права. Вкратце ознакомившись с некоторыми материалами по практике государств, а также прецедентным правом Международного Суда и других судов и трибуналов, Специальный докладчик предварительно отметил, что, несмотря на некоторые разночтения, практически во всех изученных материалах подчеркивается, что условиями для формирования нормы международного обычного права

является как практика государств, так и *opinio juris*. Он также отметил, что интерес может представлять работа по данной теме других органов, таких как Ассоциация международного права, Институт международного права и Международный комитет Красного Креста, а также последующие обсуждения и специальная литература.

9. Специальный докладчик отметил, что хотя приведенные в докладе проекты двух выводов отражают его видение результатов работы Комиссии, он считает преждевременным передавать их в Редакционный комитет. Вместо этого он хотел бы провести неофициальные консультации в целях достижения консенсуса по поводу названия темы и целесообразности рассмотрения *jus cogens*.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

10. По общему мнению, работа Комиссии может внести столь необходимую ясность в процесс выявления норм международного обычного права. Широкую поддержку получило предложение разработать свод выводов с комментариями, ибо такой практический результат послужит ориентиром для юристов и судей, не являющихся экспертами в области международного публичного права. Члены Комиссии подчеркнули, что международное обычное право остается крайне актуальной областью, несмотря на широкое распространение договоров и кодификацию целого ряда отраслей международного права. В то же время, по общему мнению, работа по данной теме не должна иметь чрезмерно предписывающий характер, поскольку важнейшим принципом остается гибкость обычного правового процесса. В этой связи было подчеркнуто, что формирование международного обычного права представляет собой непрерывный процесс, который не прекращается с возникновением определенной нормы.

11. Некоторые члены Комиссии указали на необходимость определить, какой дополнительный вклад может внести Комиссия в изучение данной темы, и провести различие между работой по данной теме и предыдущей работой Комиссии и других структур. В этой связи было отмечено, что важно отграничить работу Комиссии от аналогичной работы, предпринятой Ассоциацией международного права, и пояснить, какие пробелы в рассмотрении темы намерена устранить Комиссия.

12. Ряд членов Комиссии отметили трудности и сложности, характерные для данной темы. Было высказано мнение, что неопределенности, связанные с выявлением международного обычного права, повлекли за собой правовую неясность и нестабильность, а также конъюнктурную и заведомо некорректную аргументацию по поводу существования нормы обычного международного права. В этой связи предложенные усилия по прояснению процесса идентификации нормы международного обычного права были встречены с общим одобрением.

б) Сфера охвата темы

13. Проблемным вопросом, который предшествовал обсуждению сферы охвата темы, было ее название. Несколько членов Комиссии согласились с предложением Специального докладчика изменить название с "Формирование и доказательство существования международного обычного права" на "Выявление международного обычного права", хотя при этом несколько членов высказались за сохранение существующего названия. Ряд членов Комиссии предложили альтернативные названия, в том числе "Доказательство существования международного обычного права", "Определение международного обычного права" и

т.д. Было также высказано мнение о том, что Комиссии нецелесообразно обращаться к теоретическим аспектам, связанным с "формированием", и поэтому данное слово следует исключить из названия. В итоге возобладало мнение о том, что даже в случае изменения названия сфера охвата темы все равно должна включать как аспекты формирования, так и доказательства существования обычного международного права.

14. По общему мнению, основная направленность работы Комиссии должна заключаться в разъяснении общего подхода к выявлению элементов формирования и доказательства международного обычного права. Разногласия, однако, вызвал вопрос о том, какую относительную значимость при рассмотрении следует придавать "формированию" и "доказательству существования". Некоторые члены Комиссии усомнились в том, что по большей части академические или теоретические вопросы, касающиеся элементов формирования международного обычного права, являются необходимыми или значимыми для работы Комиссии по данной теме. Было высказано мнение, что формирование и доказательство существования являются диаметрально противоположными понятиями, поскольку первое имеет отношение к протекающим во времени динамическим процессам, а последнее – к состоянию права в определенный момент. По мнению нескольких членов Комиссии, процесс формирования невозможно отделить от доказательств, необходимых для установления существования нормы.

15. Несколько членов Комиссии согласились с предложением не предпринимать подробного изучения *jus cogens* в рамках темы. По замечанию ряда членов Комиссии, императивные нормы имеют свои особенности в плане формирования и доказательства. Установление факта существования нормы международного обычного права представляет собой существенно иной вопрос, чем определение того, обладает ли такая норма дополнительной характерной чертой, заключающейся в недопустимости отступления от нее посредством договора. Было также указано, что в рамках Рабочей группы по долгосрочной программе работы изучается возможность отдельного рассмотрения темы, посвященной *jus cogens*. Другие члены Комиссии предложили рассматривать *jus cogens* в составе настоящей темы, поскольку взаимосвязь между двумя понятиями является весьма существенной и требует изучения. Некоторые члены Комиссии отметили, что Комиссии было бы полезно рассмотреть вопрос об иерархии источников международного права, включая договорное право и *jus cogens*.

16. Несколько членов Комиссии согласились с предложением Специального докладчика изучить взаимосвязь между международным обычным правом и общими принципами международного права, а также общими принципами права вообще. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует стремиться разъяснить многоплановую и не вполне ясную взаимосвязь между этими понятиями. В этой связи некоторые члены Комиссии отметили, что провести различие между общими принципами международного права и международного обычного права не всегда является возможным. Сходное мнение было высказано по поводу общих принципов права и обычного международного права. В то же время, по мнению некоторых членов Комиссии, из рассмотрения следует исключить широкие вопросы, имеющие отношение к общим принципам и общим принципам международного права и никак не связанные с обычным международным правом, поскольку любое углубление в подобные вопросы недопустимо расширит границы темы.

17. Общую поддержку получила идея рассмотреть взаимосвязь между обычным международным правом и договорным правом. В этой связи было отмечено широкое признание того, что договоры могут кодифицировать, закреплять, порождать или опровергать существование обычного международного права. Кроме того, было указано, что норма обычного международного права может действовать параллельно идентичному ей положению договора. Также была поддержана идея об изучении воздействия на международное обычное право многосторонних договоров, имеющих крайне ограниченное число государств-участников. Было предложено отложить какое-либо рассмотрение взаимосвязи с договорным правом на более поздний этап работы по данной теме, поскольку в первую очередь необходимо провести доскональный анализ составляющих элементов обычного международного права.

18. Кроме того, было рекомендовано рассмотреть взаимосвязь между обычным международным правом и другими источниками международного права, включая односторонние заявления. Некоторые члены Комиссии предложили проанализировать взаимодействие между договорами или нормами, не обладающими обязательной силой, и формированием и доказательством существования обычного международного права.

19. Некоторые члены Комиссии высказались в поддержку изучения регионального обычного права с особым акцентом на взаимосвязь между региональным и обычным международным правом. Комиссии было предложено при рассмотрении этой взаимосвязи обратиться к региональной практике, включая соответствующие судебные решения, соглашения и нормативные акты. При этом было отмечено, что разграничить практику региональных организаций и отдельных государств бывает затруднительно.

c) *Методология*

20. Широкую поддержку получило предложение Специального докладчика рассмотреть как элементы формирования международного обычного права, а именно элементы, обуславливающие существование нормы международного обычного права, так и критерии, которые являются обязательными для доказывания существования таких элементов. В этой связи была выражена общая поддержка предложения о том, чтобы сосредоточить внимание на практическом процессе выявления норм международного обычного права, а не на содержании соответствующих норм. При этом, однако, было высказано предположение, что полностью отграничить существо первичных норм от анализа применимых вторичных норм будет невозможно. Согласно другому мнению, если во главу угла будет поставлен подход к идентификации норм, его будет необходимо проиллюстрировать показательными примерами первичных норм.

21. Кроме того, было широко поддержано предложение Специального докладчика внимательно изучить практику государств и *opinio juris sive necessitates* – два широко признанных составляющих элемента обычного международного права. Как отметили несколько членов Комиссии, выявление норм обычного права должно основываться на практике государств, при этом следует должным образом учитывать общность, преемственность и представительность такой практики. Члены Комиссии согласились с тем, что не все международные акты являются юридически значимыми в этом отношении, особенно акты вежливости или любезности. Следуя той же логике, некоторые члены Комиссии предположили, что в определенных случаях позиции государств могут не отражать *opinio juris*, особенно когда на это указывает само государство. Несколько членов Комиссии отметили, что выявление существования необходимой прак-

тики государств и/или *opinio juris* является сложным процессом. Было также отмечено, что *opinio juris* может проявляться как в действиях, так и в бездействии.

22. Было обращено внимание на необходимость тщательного изучения временных аспектов "двухэлементного" подхода, особенно вопроса о том, может ли *opinio juris* предшествовать практике государств и может ли норма международного обычного права возникать в короткий период времени. Кроме того, была упомянута полезность определения относительной значимости, придаваемой государственной практике и *opinio juris*. В этой связи было высказано предположение, что работа Комиссии по теме может сыграть важнейшую роль в сокращении разрыва между "традиционным" и "современным" подходами к обычному международному праву. По мнению других членов Комиссии, несмотря на важность анализа различных подходов к обычному международному праву, классификация этих подходов при помощи таких терминов, как "традиционный" и "современный", является либо нецелесообразной, либо вводящей в заблуждение.

23. Ряд членов Комиссии согласился с тем, что Комиссии следует стремиться разработать общий и единый подход к выявлению норм обычного международного права, поскольку такие нормы возникают в единой, взаимосвязанной международной правовой системе. По мнению ряда других членов Комиссии, общесистемный или единообразный подход не следует брать на вооружение, поскольку подход к выявлению норм может различаться в зависимости от материальной отрасли международного права. Было высказано мнение о том, что относительная значимость, которую следует придавать доказательствам государственной практики или *opinio juris*, может различаться в зависимости от сферы. В этой связи было предложено придавать различную значимость определенным материалам в различных сферах международного права. В частности, было высказано предположение о том, что в некоторых областях более важную роль в формировании обычного международного права может играть "мягкое право".

24. Было высказано мнение, что предложенный Специальным докладчиком подход недостаточно учитывает разницу между формальными и материальными источниками международного обычного права. Было также высказано предположение о том, что предложение Специального докладчика об использовании определения международного обычая, которое содержится в Статуте Международного Суда, может быть продиктовано неверными предпосылками. Ряд членов Комиссии отметили, что определение обычного международного права должно учитывать пункт 1 b) статьи 38 Статута Международного Суда, в частности потому, что указанные в нем составляющие элементы широко упоминаются и признаются, однако в каком бы то ни было определении, выработанном Комиссией, на первом месте должны стоять те ключевые элементы, которые придают обычному международному праву его обязательный характер.

25. Некоторые члены Комиссии также подчеркнули важность рассмотрения процесса устаревания нормы обычного международного права.

26. Ряд членов Комиссии рекомендовали ей изучить роль других субъектов в формировании обычного международного права. В частности, было предложено обратить внимание на потенциальную юридическую ценность решений субъектов *suí generis* международного права, таких как Международный комитет Красного Креста. Была высказана мысль о том, что такие субъекты и группы интересов играют важную роль в развитии обычного международного права в определенных областях и влияют на темпы его развития. Согласно другой

точке зрения, решениям определенных неправительственных организаций следует придавать меньшее значение, чем практике или заявлениям государств.

d) *Виды справочных материалов для работы по теме*

27. Категории справочных материалов, предложенные для изучения Специальным докладчиком, получили общее одобрение. При этом, однако, было предложено дифференцированно подходить к относительной значимости, придаваемой различным материалам.

28. Была выражена широкая поддержка идеи тщательного изучения практики государств. Было высказано мнение о том, что изучению следует подвергнуть материалы о практике государств из всех регионов мира, хотя, как было отмечено, к сожалению, не все государства публикуют обследования практики государства в данной области. Было высказано предположение о том, что в некоторых областях практика государств, вероятно, является ограниченной, поскольку не все государства участвовали в формировании определенных норм обычного международного права. Ряд членов Комиссии предложили ей исследовать решения национальных судов, выступления и заявления должностных лиц стран, а также поведение государств. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует тщательно рассмотреть фактическое поведение государств, особенно в случаях, когда оно противоречит национальным заявлениям. Кроме того, было обращено внимание на важность аргументов государств в международных судах и трибуналах, поскольку они могут информативно свидетельствовать о позициях в отношении формирования и доказательства существования обычного международного права. По мере возможности Комиссии было также предложено рассмотреть мнения юридических советников правительств, а также проанализировать актуальность конфиденциального обмена мнениями между государствами.

29. Касаясь практики национальных судов, несколько членов Комиссии согласились с тем, что к таким делам следует подходить с осторожностью и тщательно рассматривать их на предмет отсутствия противоречий. Было высказано предположение, что характер применения обычного международного права национальными судами отражает внутреннее право, а судьи внутренних судов не всегда хорошо знакомы с международным публичным правом.

30. Общую поддержку получило предложение изучить практику международных, региональных и субрегиональных судов. Несколько членов Комиссии поддержали, в частности, идею проанализировать практику Международного Суда. Некоторые члены Комиссии выразили мнение о том, что практику Международного Суда можно рассматривать в качестве первичного источника материала о формировании и доказательстве существования норм обычного международного права, поскольку он является главным судебным органом Объединенных Наций, чей авторитет в таких вопросах пользуется широким признанием. Была высказана мысль о том, что консультативные заключения, хотя и не имеют обязательной силы, могут также заслуживать рассмотрения. Несколько членов Комиссии также подчеркнули важность анализа практики других международных судов и трибуналов, особенно ввиду того, что определенные суды и трибуналы, судя по всему, руководствуются различными подходами к оценке обычного международного права.

31. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует проявлять осторожность и стараться не придавать слишком большое значение судебной практике, поскольку в задачи судов и трибуналов входит разрешение конкретных споров, а не разработка единообразных международных правовых критериев или процедур. Некоторые члены Комиссии также отметили, что кажущиеся расхождения в подходах судов или трибуналов могут на самом деле объясняться различиями в формулировках.

32. По общему мнению, рассмотрения заслуживает роль практики международных и региональных организаций. Было обращено внимание на ценность резолюций, заявлений, рекомендаций и решений таких организаций, поскольку они могут служить свидетельством как практики государств, так и *opinio juris*. Вместе с тем было предложено придавать больший вес практике межправительственных органов международных организаций.

33. По мнению некоторых членов Комиссии, ей не следует руководствоваться чрезмерно ограничительным пониманием "права" в целях ее работы по данной теме. В частности, было отмечено, что неотъемлемую роль в возникновении международного обычного права сыграли нормы "мягкого права".

34. Было также отмечено, что прояснению данной темы могли бы значительно способствовать труды специалистов по публичному праву. Было обращено внимание на широкую поддержку, которой пользуется среди авторов "двухэлементный" подход к обычному международному праву, а также на наличие критиков, исповедующих другие подходы.

е) Дальнейшая работа по теме

35. Была выражена широкая поддержка идее разработки свода выводов и комментариев к ним. По общему мнению, Комиссии следует придти к практическим результатам, которые будут полезны практикам и судьям. Вместе с тем было отмечено, что результаты работы Комиссии в любом случае не должны ограничивать гибкость обычно-правового процесса или будущих тенденций, связанных с формированием и доказательством существования обычного международного права.

36. Широкую поддержку также получил предложенный Специальным докладчиком план работы на пятилетний период. Вместе с тем, по мнению нескольких членов Комиссии, данный план работы является чересчур оптимистичным и может оказаться неосуществимым ввиду свойственных данной теме сложностей, хотя при этом также отмечалось, что выполнимость плана работы может быть обеспечена за счет предложенной ориентации на практические вопросы. Кроме того, в целом положительную оценку получило предложение о том, чтобы Комиссия просила государства откликнуться на призыв представить информацию об их практике в отношении данной темы не позднее 31 января 2014 года. Было отмечено, что недостаток информации о практике, которую представили государства к настоящему моменту, заслуживает сожаления.

37. Ряд членов Комиссии выразили поддержку предложению составить глоссарий терминов на всех языках в целях содействия единообразному пониманию и использованию терминологии. Было подчеркнuto, что такая работа потенциально имеет практическую ценность. По мнению некоторых других членов Комиссии, жестко закрепленный словарь терминов, вероятно, нежелателен, поскольку, например, стандартное выражение "rules of international law" ("правила международного права") может не отражать в полной мере спектр международного обычного права, к которому относятся не только правила, но и принципы и

нормы. Согласно другой точке зрения, наличие словаря или глоссария терминов может не привести к желаемой ясности, поскольку невозможно утверждать, что некоторые термины употребляются последовательно, а другие нет. Было также обращено внимание на отсутствие единообразия в употреблении терминов и стандартных выражений самой Комиссией при идентификации ею норм обычного международного права.
