Глава X

ИДЕНТИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

A. Введение

133. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия приняла решение включить тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» в свою программу работы и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме[818]. На этой же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика[819]. На этой 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 теме[820].

134. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика, а также меморандум Секретариата по данной теме[821]. На этой же сессии Комиссия решила поменять название темы на «Идентификация международного обычного права».

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

135. На текущей сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/672). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3222−3227-м заседаниях 11−18 июля 2014 года.

136. На своем 3227-м заседании, состоявшемся 18 июля 2014 года, Комиссия передала проекты выводов 1−11 в том виде, в каком они содержались во втором докладе Специального докладчика, Редакционному комитету. На 3242-м заседании Комиссии, состоявшемся 7 августа 2014 года, Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета об «Идентификации международного обычного права», содержащий восемь проектов выводов, которые были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом на шестьдесят шестой сессии. На данном этапе этот доклад вместе с проектами выводов представляется исключительно в информационных целях, и он доступен на веб-сайте Комиссии[822].

1. Представление Специальным докладчиком второго доклада

137. Основное внимание во втором докладе уделяется двум конститутивным элементам норм международного обычного права: «всеобщей практике» и «признанию в качестве правовой нормы». В докладе были предложены 11 проектов выводов, которые были разделены на четыре части («введение»; «два конститутивных элемента»; «всеобщая практика»; «признание в качестве правовой нормы»).

138. После обзора предыстории этой темы в первой части доклада были представлены сфера охвата и намеченные результаты работы. Объем и пределы сферы охвата проектов выводов стали предметом проекта вывода 1[823], а некоторые из терминов, которым, возможно, было бы целесообразно дать определение для целей работы, были отражены в проекте вывода 2[824]. Затем во второй части доклада рассматривалась сама суть темы, а именно основной подход к идентификации международного обычного права. В проекте вывода 3 четко отражен двухэлементный подход[825], а проект вывода 4 представляет собой

---

[818] На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (см. *Ежегодник… 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 78, пункт 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (2011 год) на основе предложения, содержавшегося в приложении I к докладу Комиссии (*Ежегодник… 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 211, пункты 365–367, и приложение I, стр. 221–226).

[819] *Ежегодник… 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/653. См. также там же, том II (часть вторая), стр. 78–83, пункты 157–202.

[820] Там же, стр. 78, пункт 159.

[821] *Ежегодник… 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663 (первый доклад); там же, документ A/CN.4/659 (меморандум Секретариата); см. также там же, том II (часть вторая), стр. 75, пункт 64.

[822] Размещен по адресу http://legal.un.org/ilc/.

[823] Проект вывода 1 гласил следующее:

«*Сфера охвата*

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.

2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (jus cogens)».

[824] Проект вывода 2 гласил следующее:

«*Употребление терминов*

Для целей настоящих проектов выводов:

a) термин "международное обычное право" означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и отражают ее;

b) термин "международная организация" означает межправительственную организацию;

c) …».

[825] Проект вывода 3 гласил следующее:

«*Основной подход*

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы».

общее положение об оценке доказательств для этой цели[826]. Эти два элемента были более подробно рассмотрены соответственно в двух следующих частях. В третью часть были включены пять проектов выводов, касающихся характера и доказательств «всеобщей практики», а именно роли практики (проект вывода 5), присвоения поведения (проект вывода 6), форм практики (проект вывода 7), оценки доказательств практики (проект вывода 8) и общего и последовательного характера практики (проект вывода 9)[827]. Впоследствии в четвертой части второй из этих двух элементов, а именно «признание в качестве правовой нормы», был затронут в двух проектах выводов о роли и доказательстве признания в качестве правовой нормы (соответственно проекты выводов 10 и 11)[828].

139. Во введении Специальный докладчик напомнил об аспектах обсуждений сферы охвата и результатов работы по этой теме, проводившихся на сессии Комиссии в 2013 году. В частности, он отметил, что результаты работы в настоящее время планируется облечь в форму «выводов» с комментариями, причем такое намерение получило широкую поддержку в Комиссии и в Шестом комитете. Тем не менее можно возвратиться к вопросу об окончательной форме по мере продвижения работы над этой темой. Специальный докладчик также отметил, что в рамках настоящей темы он не намеревается рассматривать общие принципы права или jus cogens.

140. Специальный докладчик напомнил, что, как указывалось в первой части доклада, цель настоящей темы заключается не в определении материально-правового содержания норм международного обычного права, а в рассмотрении методологического вопроса об определении существования и содержания норм международного обычного права.

141. В основу второго доклада лег двухэлементный подход к идентификации норм международного обычного права. Специальный докладчик отметил, что данный подход широко используется в практике государств и в решениях международных судов и трибуналов, включая Международный Суд, и встретил поддержку в Шестом комитете. Он также в целом подтверждался научными трудами. Специальный докладчик также напомнил о существующем мнении о том, что в определенных областях международного права,

---

[826] Проект вывода 4 гласил следующее:

«*Оценка доказательств*

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства».

[827] Часть третья (проекты выводов 5–9) гласила следующее:

«Всеобщая практика

Проект вывода 5

Роль практики

Требование − как элемент международного обычного права − в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

Проект вывода 6

Присвоение поведения

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции.

Проект вывода 7

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербального действия.

2. К видам практики среди прочего относятся: поведение государств "на местах", дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.

3. Бездействие также может считаться практикой.

4. Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой.

Проект вывода 8

Оценка доказательств практики

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение.

Проект вывода 9

Практика должна быть общей и последовательной

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.

2. Практика должна быть в целом последовательной.

3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

4. При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо».

[828] Часть четвертая (проекты выводов 10 и 11) гласила следующее:

Признание в качестве правовой нормы

Проект вывода 10

Роль признания в качестве правовой нормы

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.

2. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения.

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы. Они могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.

2. Виды доказательств включают в себя − не ограничиваясь этим − заявления государств, в которых они указывают на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы».

как-то: международном праве в области прав человека и международном гуманитарном праве − одного элемента, а именно opinio juris, может быть достаточно для установления нормы международного обычного права, подчеркнув при этом, что это мнение не подкрепляется практикой государств или практикой Международного Суда. Вместе с тем Специальный докладчик отметил, что двухэлементный подход может по-разному применяться в разных областях или в отношении различных видов норм.

142. После обзора основных аспектов двухэлементного подхода в докладе отводится место для более подробного рассмотрения каждого их этих двух элементов. Начиная с первого элемента, т. е. «всеобщей практики», Специальный докладчик указал, что данный термин представляется более предпочтительным, чем «практика государств», так как он отражает формулировку подпункта *b*) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, и учитывает тот факт, что практика международных организаций может также представлять интерес. Кроме того, было отмечено, что проект вывода о роли практики, в котором высказывалось предположение о том, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права, основывался отчасти на формулировках, заимствованных из практики Международного Суда. Проект вывода по вопросу о присвоении поведения, предложенный в докладе, во многом основывается на статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния[829].

143. В докладе также довольно обстоятельно рассматриваются так называемые «примеры из практики», а именно акты действия и бездействия, которые могут представлять интерес для установления «всеобщей практики». Специальный докладчик обратил внимание на шесть моментов, имеющих отношение к этой части доклада. Во-первых, практика может состоять как из вербальных, так и физических актов. Во-вторых, представлялось полезным включить ориентировочный перечень форм практики, в особенности с учетом общей цели темы, хотя любой такой перечень неизменно будет носить неисчерпывающий характер. В-третьих, многие из перечисленных видов практики также могут служить доказательством признания в качестве правовой нормы. В-четвертых, практика, отраженная в договорах, и резолюции органов международных организаций представляют собой две важные формы практики и будут более подробно изучены в следующем докладе. В-пятых, не следует упускать из виду практическое значение бездействия или молчания. Наконец, все большее значение может приобретать практика некоторых международных организаций, хотя при ее оценке необходимо проявлять осмотрительность.

144. Специальный докладчик заявил, что заранее установленной иерархии различных форм практики не существует и что следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. Кроме того, практика должна быть общей и последовательной. Чтобы считаться общей, практика должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, при этом она не обязательно должна носить универсальный характер. Если эти условия соблюдены, какой-либо конкретной продолжительности не требуется. Помимо этого, должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

145. Переходя ко второму из двух элементов, т. е. «признанию в качестве правовой нормы», Специальный докладчик подчеркнул, что многие проблемы, обычно связываемые с этим элементом, лежат скорее в теоретической плоскости, чем в практической. Для признания всеобщей практики в качестве правовой нормы соответствующая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности. Именно этот момент отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения. Была также высказана идея о том, что желательнее использовать термин «признание в качестве правовой нормы», заимствованный из Статута Международного Суда, нежели термин opinio juris или иные термины, встречающиеся в судебной практике, поскольку первый более точно отражает происходящее на практике, чем любые другие расхожие выражения. Благодаря использованию термина «признание в качестве правовой нормы» также удастся избежать необходимости толковать латинское выражение «opinio juris sive necessitatis», по поводу которого по-прежнему ведутся споры.

146. Затем в докладе рассматривается такой важный вопрос, как возможность доказать признание в качестве правовой нормы (или его отсутствие). Был сделан вывод о том, что практика позволяет обнаружить признаки такого признания или судить о его наличии, хотя при этом подчеркивалось, что субъективный элемент является самостоятельным требованием, отличным от «всеобщей практики», которая должна идентифицироваться в каждом отдельном случае. Специальный докладчик указал, что для уточнения этого момента может понадобиться отдельный проект выводов. Как и в случае с «практикой», было отмечено, что доказательства «признания в качестве правовой нормы» могут принимать различные формы, и в докладе приведен ориентировочный, неисчерпывающий перечень таких форм.

147. Специальный докладчик выразил глубокую признательность за содействие и поддержку, оказанную ему в ходе подготовки второго доклада, а также за письменные материалы по данной теме, полученные от ряда правительств. Специальный докладчик отметил, что некоторые дополнительные аспекты данной темы будут более подробно рассмотрены в его третьем докладе в следующем году, и в этой связи указал, что, как и раньше, приветствует направление любых мнений и материалов по мере продвижения работы над этой темой. Специальный докладчик обратился с просьбой представить мнения не только по вопросу о взаимосвязи двух элементов, но и по

[829] *Ежегодник… 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, пункты 76–77. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, принятые Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии, воспроизводятся в приложении к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года.

вопросу о роли практики негосударственных субъектов, роли резолюций международных организаций и конференций, роли договоров (и связи с ними), задаче оценки доказательств практики и признания в качестве правовой нормы, а также способах решения проблем, связанных с оценкой практики государств и доказательств таковой.

148. Специальный докладчик также указал, что вопросы о «специальных» или «региональных» нормах международного обычного права, включая «двусторонний обычай», которые поднимались в Шестом комитете в 2013 году, будут охвачены в его третьем докладе в 2015 году.

2. Краткое изложение прений

a) *Общие замечания*

149. Общее направление и подход, избранные Специальным докладчиком, получили широкую поддержку. Двухэлементный подход был единодушно одобрен. Было достигнуто широкое согласие в отношении того, что итогом этой работы должен стать практический инструмент, имеющий особую ценность для практиков, не являющихся специалистами в области международного права. В этой связи рекомендовалось сделать так, чтобы проекты выводов были ясными и отражали необходимые нюансы и уточнения. Кроме того, по общему мнению, проекты выводов не должны носить излишне предписывающего характера и должны отражать гибкость, органически присущую международному обычному праву.

150. Вместе с тем был поднят ряд вопросов относительно сферы охвата темы. Некоторые члены Комиссии призвали включить более прямую ссылку на процесс формирования норм международного обычного права наряду с рассмотрением доказательств существования международного обычного права. Ряд членов Комиссии также выразили обеспокоенность в связи с тем, что был опущен подробный анализ взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права, в частности общими принципами права. Кроме того, согласно одному из предложений представлялось целесообразным рассмотреть взаимосвязь с обыкновениями и международной вежливостью.

151. Высокая оценка была дана усилиям Специального докладчика, направленным на то, чтобы почерпнуть опыт из практики, существующей в разных частях мира, однако несколько членов Комиссии отдельно остановились на трудностях, сопряженных с подтверждением практики государств. В свете того, какое важное значение имеет расширение доступа и распространение практики, было сочтено полезным вновь обратиться к государствам с просьбой представить информацию об их практике, относящейся к идентификации международного права, а также информацию о сборниках и других изданиях, содержащих примеры соответствующей государственной практики. Несмотря на трудность подтверждения государственной практики, некоторые члены Комиссии посоветовали не только полагаться на практику Международного Суда, но также обратить внимание на другие, более специализированные, международные суды и трибуналы.

152. Помимо этого, состоялся обмен мнениями по поводу сопутствующего вопроса о том, на ком лежит бремя доказывания существования нормы международного обычного права. Некоторые члены Комиссии обсудили вопрос о том, лежит ли бремя доказывания в споре о существовании той или иной нормы на стороне, заявляющей о наличии такой нормы, или на стороне, отрицающей ее наличие, и должны ли предприниматься судьей инициативные шаги по подтверждению доказательств.

153. Будущая программа работы, предложенная Специальным докладчиком, была в целом поддержана. Некоторые члены Комиссии приветствовали предложение изучить взаимосвязь между двумя элементами международного обычного права, при этом ряд членов Комиссии призвали уделить особое внимание временны́м аспектам такого взаимодействия. Также была одобрена идея дальнейшего рассмотрения роли международных организаций, а также региональных и двусторонних обычаев и понятия «последовательно возражающая сторона». Вместе с тем некоторые члены Комиссии выразили оговорки по поводу столь амбициозных темпов работы, предложенных Специальным докладчиком, отметив при этом, что тема включает в себя множество непростых вопросов, требующих тщательного и внимательного рассмотрения.

b) *Употребление терминов*

154. Состоялся обмен мнениями по вопросу о желательности включения определений «международного обычного права» и «международных организаций», как это было предложено в проекте выводов об употреблении терминов. Некоторые члены Комиссии сомневались в том, что эти определения были необходимыми или уместными, при этом ряд других членов Комиссии считали их полезными и предложили дать определения и другим терминам, включая два элемента международного обычного права.

155. Что касается определения международного обычного права, предложенного Специальным докладчиком в проекте вывода 2, то два соответствующих пункта стали предметом оживленных дискуссий. Высказывались различные мнения относительно того, следует ли основывать определение на формулировке, принятой в подпункте *b*) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, или же использовать выражение «opinio juris». Некоторые члены Комиссии высказались в пользу привязки определения к формулировке Статута, при этом другие отметили, что это определение подвергалось широкой критике в научной литературе. Отметив, что «opinio juris» является наиболее распространенным выражением, используемым в судебной практике и в литературе, некоторые члены Комиссии высказались в пользу замены термина «признание в качестве правовой нормы» на «opinio juris», а ряд других членов предложили включить ссылки на оба термина. Согласно мнению различ-

ных членов Комиссии, субъективный элемент обычая («opinio juris») не является синонимом «согласия» или «желания» государств и означает убежденность в том, что определенная практика применяется, поскольку осуществляется право или соблюдается обязательство в соответствии с международным правом.

c) *Основной подход*

156. Было достигнуто широкое согласие в отношении основного двухэлементного подхода к идентификации норм международного обычного права. В частности, большинство членов Комиссии разделяло ту точку зрения, что основной подход не отличается в зависимости от области международного права. Вместе с тем некоторые члены Комиссии отметили, что, как представляется, в разных областях применяются разные подходы к идентификации, но признали при этом, что такие вариации могли объясняться разницей в применении двухэлементного подхода, а не следованием принципиально иному подходу.

157. В ожидании рассмотрения Специальным докладчиком вопроса о взаимосвязи двух элементов в его следующем докладе некоторые члены Комиссии поделились соображениями относительно временны́х аспектов двухэлементного подхода. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что подход, сформулированный в проекте вывода 3, по всей видимости, подразумевает, что «всеобщая практика» должна неизменно предшествовать «признанию в качестве правовой нормы». Некоторые члены Комиссии указали, что решающее значение имеет наличие обоих элементов, а не порядок их следования во времени.

158. Что касается оценки доказательств всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, то мнения относительно предлагаемой формулировки «следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства» в проекте вывода 4 разделились. Некоторые члены Комиссии приветствовали упоминание контекста, поскольку это указывало на гибкий по существу характер процесса, в то время как другие члены Комиссии высказались в пользу более четких и безопасных критериев. Также был поднят вопрос о том, отражает ли предлагаемый подход к идентификации норм реальное положение вещей в международной практике. Как было отмечено, исчерпывающий обзор государственной практики и opinio juris носит исключительный характер, поскольку в большинстве случаев при поиске доказательств существования правовой нормы все же в первую очередь принято обращаться к решениям Международного Суда, работе Комиссии международного права или резолюциям Генеральной Ассамблеи и договорам.

d) *«Всеобщая практика»*

159. Наметились значительные расхождения во мнениях относительно формулировки проекта вывода 5, в соответствующей части которого говорилось, что «…наличие всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию… норм международного обычного права». Высказывалось мнение о том, что формулировку можно было бы уточнить, с тем чтобы указать, чья именно практика имеет значение для определения наличия «всеобщей практики», при этом предлагаемые уточнения отличались друг от друга. Некоторые члены Комиссии придерживались мнения о том, что употребление выражения «в первую очередь» продиктовано неверными предпосылками, поскольку оно предполагает, что значение может иметь практика других субъектов, помимо государства. По мнению этих членов Комиссии, практику международных организаций не следует принимать во внимание в процессе идентификации норм международного обычного права. Другие члены Комиссии считали, что практика международных организаций представляет интерес только в той степени, в которой она отражает практику государств. Вместе с тем ряд других членов Комиссии согласились со Специальным докладчиком в том, что практика международных организаций как таковая может иметь значение для установления обычных норм, в особенности в связи с определенными областями деятельности в рамках полномочий этих организаций. Эти члены Комиссии обратили внимание на области, в которых практика международных организаций имеет особо актуальное значение, а именно: привилегии и иммунитеты, ответственность международных организаций и роль депозитария договоров.

160. Члены Комиссии поддержали предложение Специального докладчика в своем третьем докладе более подробно рассмотреть роль международных организаций в плане идентификации норм международного обычного права. Поскольку практика международных организаций может иметь актуальное значение, некоторые члены Комиссии призвали рассмотреть вопрос о том, какие именно формы может принимать такая практика. Некоторые члены Комиссии также сочли целесообразным изучить роль практики негосударственных субъектов, если о таковой можно говорить.

161. В связи с вопросом о присвоении поведения несколько членов Комиссии предложили пересмотреть предлагаемую формулировку проекта вывода 6, которая во многом опиралась на статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. По мнению этих членов Комиссии, присвоение следует рассматривать иначе в этом контексте, поскольку для целей международного обычного права соответствующая практика должна быть санкционирована государством. В случаях, когда тот или иной орган действует ultra vires, встает вопрос о том, следует ли считать такое поведение практикой государства. В этом контексте был также поднят вопрос о том, можно ли считать соответствующей практикой поведение негосударственных субъектов, действующих от имени государства.

162. Широкую поддержку получили предложения в отношении форм поведения государства, которые могут представлять собой «всеобщую практику». В частности, некоторые члены Комиссии приветствовали тот факт, что вербальные акты были включены наряду с физическими актами, хотя ряд членов Комиссии попросили уточнить, какие именно вер-

бальные акты представляли интерес. Сохранялась неопределенность в отношении того, могут ли вербальные акты сами по себе стать источником «всеобщей практики», а также того, должны ли вербальные акты отражаться на письме или повторяться. Согласно сделанной рекомендации в проектах выводов следует конкретно охватить другие формы вербальных актов, как-то: дипломатические акты признания и протеста. Также было предложено прямо упомянуть административные акты. Наконец, состоялось обсуждение вопроса об актуальном значении обращения в международные суды и трибуналы в качестве практики государства.

163. Что касается включения «бездействия» в качестве одной из форм практики, то, по общему мнению, этот вопрос нуждается в дальнейшем изучении и уточнении. По мнению некоторых членов Комиссии, следует рассмотреть конкретные условия, в которых бездействие приобретает интерес, указав при этом, что молчание или бездействие могут иметь актуальное значение только в том случае, когда обстоятельства требуют определенной реакции. Было также высказано мнение о том, что степень значимости бездействия или молчания может меняться в зависимости от того, связано ли таковое с ограничительной нормой или чужой практикой, в которой само государство не принимает участия.

164. В связи с оценкой доказательства практики возникли вопросы в отношении точного значения включенной в проект вывода 8 фразы «[з]аранее установленной иерархии различных форм практики не существует». Некоторые члены Комиссии указали на то, что практика отдельных органов государства представляется более важной, чем практика других его органов, а ряд членов Комиссии отметили, что различные органы обладали большими или меньшими полномочиями в плане отражения международной позиции государства. Согласно высказанному предложению при оценке практики органа следует учитывать, имеет ли его мандат прямое отношение к содержанию соответствующей нормы, а также действует ли он от имени государства на международном уровне. Было также высказано мнение о том, что в этой связи следует с особой осторожностью подходить к практике национальных судов.

165. По сопутствующему вопросу о том, является ли непоследовательный характер практики в государстве основанием для придания ей менее весомого значения, некоторые члены Комиссии указали, что такая непоследовательность имеет материальный характер, а ряд других членов Комиссии придерживались мнения о том, что противоречия в практике органов низкого уровня или среди них не должны отражаться на доказательной ценности практики государства в целом. Была также выражена обеспокоенность в связи с тем, что предлагаемая в проекте вывода 8 формулировка, передающая такую внутригосударственную непоследовательность, носит чересчур директивный характер и рискует создать препятствия для гибкости процесса идентификации.

166. Было также предложено рассматривать другие критерии при определении того, применимы ли примеры из практики для целей идентификации норм международного обычного права. Так, например, было высказано мнение о том, что применимая практика должна быть публичной, соответствовать положениям национального законодательства и иметь определенную связь с содержанием соответствующей нормы.

167. Члены Комиссии в целом разделяли мнение о том, что для установления нормы международного обычного права практика должна быть общей и последовательной, однако некоторые из них выразили обеспокоенность по поводу конкретных терминов, использованных в предлагаемом проекте вывода 9. По мнению некоторых членов Комиссии, слова «репрезентативна» и «достаточно широко распространена» нуждались в дополнительном пояснении и уточнении. Ряд членов Комиссии также придерживались мнения о том, что в вывод следует включить термин «единообразная» или «практически единообразная», а также передать степень частоты или повторения практики. Наконец, была высказана мысль о том, что может понадобиться дополнительно проработать вопрос о том, в каких случаях отклоняющаяся от нормы практика отбрасывается как не принимаемое в расчет нарушение существующей нормы, а в каких − как исключение в процессе формирования норм.

168. Предметом широких дискуссий стало понятие «государства, чьи интересы затронуты особо», содержащееся в пункте 4 проекта вывода 9. По мнению некоторых членов Комиссии, данное понятие противоречит суверенному равенству и его не следует включать в проекты выводов. Они утверждали, что все государства заинтересованы в содержании и сфере охвата, в формировании и развитии общего международного права во всех областях, а также что практика всех государств, включающая как действия, так и бездействие, является одинаково важной. Обращалось внимание на ограниченную судебную практику Международного Суда по этому вопросу, при этом некоторые члены Комиссии отметили, что Суд не отнес это понятие к числу общеприменимых и постановил лишь то, что практика государств, чьи интересы затронуты особо, должна рассматриваться в конкретном контексте того или иного дела. Другие члены Комиссии, которые не возражали против идеи включения этого понятия в проекты выводов, подчеркнули, что речь не идет о способе придать больший вес могущественным государствам или определить, достаточно ли широко распространена практика. Наконец, было предложено уточнить, какую роль играют государства, чьи интересы затронуты особо и играют ли они вообще какую-либо роль, в том числе какую роль это понятие может иметь в контексте региональных или двусторонних норм.

e) *«Признание в качестве правовой нормы» («opinio juris»)*

169. Среди членов Комиссии наблюдалось общее согласие относительно роли «признания в качестве

правовой нормы» в определении существования нормы международного обычного права. Вместе с тем некоторые члены Комиссии выразили обеспокоенность по поводу того, что ссылка на «сознание юридической обязательности» не в полной мере проясняет механизм действия субъективного элемента. Было предложено рассмотреть в этой связи роль отклоняющейся от нормы практики в случаях, когда государство стремится изменить существующую норму.

170. В связи с доказательством признания в качестве правовой нормы обсуждалась идея, согласно которой действие (включая бездействие) может служить установлению как практики, так и признания в качестве правовой нормы. По мнению ряда членов Комиссии, как правило, признание практики в качестве обязательной в силу права не может быть подтверждено одной лишь ссылкой на доказательства самой практики. С другой стороны, некоторые члены Комиссии не видели никакой проблемы в так называемом «двойном подсчете», указывая на то, что доказательства двух элементов могут быть обнаружены на основе анализа одного и того же поведения. Было предложено далее рассмотреть этот вопрос при изучении взаимосвязи между двумя элементами.

171. Ряд дополнительных замечаний был высказан в связи с доказательством признания в качестве правовой нормы. По мнению некоторых членов Комиссии, которым, однако, возразили другие ее члены, для установления нормы такое признание должно носить практически универсальный характер. Другие члены Комиссии предложили исследовать роль резолюций международных организаций в качестве возможного доказательства opinio juris. Также прозвучали просьбы уточнить определенные моменты. Например, было высказано мнение о необходимости проработки методов, используемых для определения opinio juris, наряду с другими видами доказательств, предусмотренными в проекте вывода 11. С учетом практической цели работы представлялось целесообразным дополнительно разъяснить, как проводить различие между практикой, демонстрирующей признание в качестве правовой нормы, и другим поведением. Наконец, было предложено уделить внимание роли оценок субъективного элемента, проводимых МККК, а также профессиональными организациями и юристами.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

172. Специальный докладчик отметил, что члены Комиссии по-прежнему широко поддерживают «двухэлементный подход», указав при этом, что временны́е аспекты обоих элементов, а также взаимоотношение между ними заслуживают дальнейшего рассмотрения. Он также отметил, что среди членов Комиссии сложилось общее понимание того, что главными справочными материалами, в которых следует искать ориентиры для работы по этой теме, выступают решения международных судов и трибуналов. Что же касается результата работы по теме, то члены Комиссии по-прежнему разделяли ту точку зрения, что такая работа должна привести к принятию практического руководства для содействия практикам в деле идентификации норм международного обычного права, при этом в нем должен быть достигнут баланс между директивными указаниями и определенной гибкостью. По мнению Специального докладчика, до сих пор оставалась неопределенность относительно того, нужно ли прямо охватить в нем аспект формирования норм международного обычного права.

173. Как указал Специальный докладчик, этому практическому руководству следует придать вид краткого свода хорошо проработанных и всеобъемлющих проектов выводов, которые следует читать вместе с комментариями к ним. Комментарии, которые послужат незаменимым добавлением к проектам выводов, должны быть достаточно краткими и содержать упоминания только ключевых видов практики, примеров и справочной литературы, аналогично комментариям к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния или статьям об ответственности международных организаций.

174. Было вновь подчеркнуто важное значение представления государствами материалов об их практике в отношении международного обычного права, а также информации о национальных сборниках и аналогичных публикациях, и Специальный докладчик указал на целесообразность направления Комиссией соответствующей просьбы государствам.

175. Что касается общего вопроса о том, чью практику необходимо учесть, Специальный докладчик признал, что можно было бы более четко указать, что проекты выводов в первую очередь касаются практики государств. С другой стороны, он подчеркнул, что нельзя пренебрегать практикой по крайней мере некоторых международных организаций в определенных областях, как-то практикой в отношении договоров, привилегий и иммунитетов или внутреннего права международных организаций.

176. Касаясь терминологии, используемой в проекте вывода 1, Специальный докладчик признал, что с употреблением слова «методология» связаны определенные сложности, но отметил, что не исключено, что их удастся снять с помощью других предложений, сделанных в ходе прений. Как он подчеркнул, формулировка этого вывода должна передавать мысль о том, что в нем ставится цель четко обозначить, что проекты выводов призваны не выявить материальные нормы международного обычного права, а отразить подход к идентификации таких норм. Кроме того, Специальный докладчик вновь поделился своими сомнениями относительно необходимости сохранения предложенных определений в проекте вывода 2, а не в комментарии к нему.

177. Специальный докладчик особо отметил исключительное значение основного подхода, изложенного в проекте вывода 3, и заявил, что предпочитает сохранить формулировку, заимствованную из Статута Международного Суда. Он указал, что эта формулировка была более уместной, чем другие распространенные выражения, поскольку она позволяет охватить практику, отличную от практики государств, и широко

толковать понятие субъективного элемента. Тем не менее в свете споров по поводу выражения «признание в качестве правовой нормы» Специальный докладчик предложил заменить его более общим термином «opinio juris». Он также отметил, что, согласно общему мнению, в разных областях международного права не существует разных подходов к идентификации норм, но признал при этом, что основной подход может тем не менее по-разному применяться в отношении различных видов норм.

178. Касаясь выражения «в первую очередь» в проекте вывода 5, Специальный докладчик пояснил, что этот термин используется, с тем чтобы подчеркнуть особую роль практики государств, не исключая при этом возможности для рассмотрения практики международных организаций.

179. Специальный докладчик признал необходимость дальнейшего изучения вопроса о том, применимы ли в данном контексте правила присвоения поведения, принятые для цели установления ответственности государств. Он также указал на необходимость более глубоко проработать вопросы, связанные с правомерностью практики.

180. Специальный докладчик выразил благодарность за широкую поддержку, которую получили пункты 1 и 2 проекта вывода 7, в особенности в связи с включением как вербальных, так и физических актов. Вместе с тем он признал, что в следующем его докладе необходимо будет охватить вопросы бездействия, которые поднимаются в пунктах 3 и 4.

181. Касаясь вопроса о возможной иерархии форм практики и противоречивой практике внутри того или иного государства, Специальный докладчик четко дал понять, что упор делается именно на отсутствие «заранее установленной» иерархии и что он ни в коем случае не намекает на то, что действия нижестоящих органов будут иметь тот же вес, что и практика органов более высокого уровня.

182. Специальный докладчик приветствовал широкую поддержку проекта вывода 9, хотя и принял к сведению разногласия, возникшие в связи со ссылкой на «государства, чьи интересы затронуты особо». Он пояснил, что формулировка этого пункта подбиралась с большой осторожностью и что в его намерения не входило дать понять, что практику отдельных могущественных государств следует считать незаменимой для формирования норм международного обычного права. Круг соответствующих государств может меняться в зависимости от той или иной нормы, и это выражение не относится к каким-либо конкретным государствам.

183. Касаясь двух проектов выводов о «признании в качестве правовой нормы», Специальный докладчик признал, что их формулировка должна в большей степени соответствовать формулировкам проектов выводов о «всеобщей практике». Он также отметил, что планируется вернуться к вопросу о так называемом «двойном подсчете» одного и того же акта в качестве доказательства как практики, так и opinio juris, поскольку членами Комиссии высказывались различные мнения по этому поводу.

184. В связи с будущей программой работы по этой теме Специальный докладчик указал, что в третьем докладе будут охвачены, в частности, различные аспекты, касающиеся международных организаций, взаимосвязь между международным обычным правом и договорами, а также резолюции международных организаций. В третьем докладе также будут охвачены вопросы, связанные с «последовательно возражающей стороной» и региональным, местным и двусторонним обычаем. Кроме того, Специальный докладчик подчеркнул необходимость далее изучить вопрос о доказательствах и связанную с ним проблему бремени доказывания.

185. Специальный докладчик признал, что его намерение представить заключительный доклад, содержащий пересмотренные проекты выводов и комментарии, в 2016 году может показаться чересчур амбициозным, но заверил членов Комиссии, что он не будет форсировать события в ущерб качеству. Он также указал, что, если проекты выводов будут в предварительном порядке приняты Редакционном комитетом на текущей сессии, они будут на данном этапе представлены на пленарном заседании в порядке ознакомления и будут официально рассмотрены на пленарном заседании в 2015 году.