

## Глава VI

### ИДЕНТИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

#### А. Введение

55. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия приняла решение включить тему «Формирование и доказательств существования международного обычного права» в свою программу работы и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме<sup>72</sup>. На этой же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика<sup>73</sup>. 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<sup>74</sup>.

56. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика, а также меморандум Секретариата по данной теме<sup>75</sup>. На этой же сессии Комиссия решила поменять название темы на «Идентификация международного обычного права». На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика<sup>76</sup>.

57. После обсуждения второго доклада Специального докладчика Комиссия на своем 3227-м заседании постановила передать проекты выводов 1–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, Редакционному комитету. На 3242-м заседании Комиссии Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета по теме «Идентификация международного обычного права», содержащий восемь проектов выводов, принятых в предварительном порядке

<sup>72</sup> На своем 3132-м заседании, состоявшемся 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, содержащегося в приложении I к докладу Комиссии о ее работе на той сессии (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 211, пункты 365–367; и там же, приложение I, стр. 221–226).

<sup>73</sup> *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.

<sup>74</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 78, пункт 159.

<sup>75</sup> *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.

<sup>76</sup> *Ежегодник... 2014 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/672; см. также там же, том II (часть вторая), пункт 135.

Редакционным комитетом на шестьдесят шестой сессии Комиссии.

#### В. Рассмотрение темы на настоящей сессии

58. На нынешней сессии Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/682). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3250–3254-м заседаниях 13–21 мая 2015 года.

59. На своем 3254-м заседании 21 мая 2015 года Комиссия передала проекты выводов, содержащиеся в третьем докладе Специального докладчика, Редакционному комитету<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Текст проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком в его третьем докладе (A/CN.4/682), гласил:

«Проект вывода 3 [4]. Оценка доказательств в отношении двух элементов

...

2. Каждый элемент должен отдельно устанавливаться. Это, как правило, требует оценки конкретных доказательств в отношении каждого элемента.

*Проект вывода 4 [5]. Требование в отношении практики*

...

3. Поведение других негосударственных субъектов не является практикой для целей формирования или идентификации международного обычного права.

*Проект вывода 11. Доказательства признания в качестве правовой нормы*

...

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы при том условии, что обстоятельства требуют определенной реакции.

*Часть пятая. Особые формы практики и доказательств*

*Проект вывода 12. Договоры*

То или иное договорное положение может отражать или стать отражающим норму международного обычного права, если установлено, что рассматриваемое положение:

a) во время заключения договора кодифицирует существующую норму международного обычного права;

b) привело к формированию новой возникающей нормы международного обычного права; или

c) привело к выработке новой нормы международного обычного права, породив общую практику, признанную в качестве правовой нормы.

*Проект вывода 13. Резолюции международных организаций и конференций*

Резолюции, принятые международными организациями или на международных конференциях, могут, при определенных обстоятельствах, служить свидетельством международного обычного права или способствовать его развитию; сами по себе они не могут создавать его.

(продолжение сноски на следующей стр.)

60. На 3280-м заседании Комиссии 29 июля 2015 года Председатель Редакционного комитета представил доклад Редакционного комитета по теме «Идентификация международного обычного права», содержащий проекты выводов 1–16 [15], принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессиях (A/CN.4/L.869)<sup>78</sup>. На своем 3288-м заседании 6 августа 2015 года Комиссия приняла к сведению проекты выводов 1–16. Ожидается, что на следующей сессии Комиссия рассмотрит вопрос о принятии в предварительном порядке этих проектов выводов вместе с комментариями к ним.

61. На своем 3288-м заседании 6 августа 2015 года Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум по вопросу о роли решений национальных судов в практике международных судов и трибуналов универсального характера для цели идентификации международного обычного права.

#### 1. ПРЕДСТАВЛЕНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫМ ДОКЛАДЧИКОМ ТРЕТЬЕГО ДОКЛАДА

62. Представляя свой третий доклад, Специальный докладчик указал, что в нем предполагалось охватить вопросы, которые были подняты в 2014 году в отношении двух составных элементов («всеобщая практика» и «признание в качестве правовой нормы (opinio juris)»), а также новые вопросы, такие как партикулярный обычай и настойчиво возражающее государство. В докладе предложены дополнительные пункты к трем проектам выводов, предложенным во втором докладе<sup>79</sup>, а также пять новых проектов выводов, которые включены в две новые части (часть пятую, «Особые формы практики и доказательств», и часть шестую, «Изыятия из общего применения норм международного обычного права»).

63. Во введении к третьему докладу освещается история этой темы, в частности работа, проделанная

в ходе предыдущей сессии Комиссии, а также прения по этой теме в Шестом комитете в 2014 году. Далее, в пунктах 12–18 доклада рассмотрена взаимосвязь между всеобщей практикой и opinio juris (проект вывода 3 [4], пункт 2). В пунктах 19–26 рассматривается роль бездействия как формы практики и/или доказательства признания в качестве права (проект вывода 11, пункт 3). Другие особые формы практики и доказательств были позднее рассмотрены: в пунктах 27–54 рассмотрена роль договоров и резолюций международных организаций и конференций (соответственно проекты выводов 12 и 13), а в пунктах 55–67 были рассмотрены два вспомогательных средства определения норм международного обычного права, а именно судебные решения и труды юристов (проект вывода 14). В пунктах 68–79 рассмотрена релевантность международных организаций и практики негосударственных субъектов (проект вывода 4 [5], пункт 3). Наконец, в пунктах 80–95 доклада с разных сторон затрагивается применение ratione personae норм международного обычного права, которым посвящена часть шестая проекта выводов. Часть шестая состоит из двух проектов выводов: соответственно о партикулярном обычае и о настойчиво возражающем государстве (проекты выводов 15 и 16).

64. Представляя доклад, Специальный докладчик выразил признательность за полученную им практическую помощь и поддержку в ходе подготовки его третьего доклада, а также за письменные представления, полученные по этой теме от нескольких государств. Он отметил, что он попытался завершить свод проектов выводов, которые должны быть охвачены в заключительных итогах работы по этой теме, и просил членов Комиссии указать на любые вопросы, которые были упущены. Он обратил особое внимание на взаимосвязь между этой темой и другими темами, которые значились или значатся в повестке дня Комиссии, и подтвердил, что работу Комиссии следует рассматривать как единое целое.

65. Специальный докладчик напомнил, что в соответствии с просьбой Комиссии в третьем докладе он возвратился к связи между всеобщей практикой и opinio juris. В нем он пришел к выводу, что при выявлении того, появилась ли та или иная норма международного обычного права, в каждом случае необходимо рассмотреть и проверить наличие каждого элемента отдельно и что это в целом требует оценки различных свидетельств по каждому элементу. Другой момент заключается в том, что при определении существования нормы международного обычного права важно присутствие обоих элементов, а не их порядок следования во времени. Наконец, в докладе отмечается, что возможны различия в применении двухэлементного подхода в разных областях международного права и что в некоторых случаях особая форма (или особые проявления) практики или особые свидетельства признания в качестве права могли бы иметь большее отношение к делу, чем в других.

66. Специальный докладчик также вновь рассмотрел вопрос о бездействии, в частности его

(продолжение сноски 77)

#### *Проект вывода 14. Судебные решения и труды специалистов*

Судебные решения и труды специалистов могут являться вспомогательным средством для идентификации норм международного обычного права.

*Часть шестая. Изъятия из общего применения норм международного обычного права*

#### *Проект вывода 15. Партикулярный обычай*

1. Партикулярный обычай является нормой международного обычного права, на которую могут ссылаться только некоторые государства и только в отношении некоторых государств.

2. Для определения наличия того или иного партикулярного обычая и его содержания необходимо установить, существует ли общая практика в отношениях соответствующих государств, которая признана каждым из них в качестве правовой нормы (opinio juris).

#### *Проект вывода 16. Настойчиво возражающее государство*

Государство, которое настойчиво возражало против той или иной новой нормы международного обычного права, в то время как эта норма находилась в процессе формирования, не связано этой нормой до тех пор, пока оно продолжает возражать».

<sup>78</sup> Заявление Председателя Редакционного комитета, приложение к которому содержит 16 проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, размещено на веб-сайте Комиссии: <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>79</sup> A/CN.4/672 (см. сноску 76 выше).

возможный вклад во всеобщую практику и возможную роль доказательств признания в качестве права. Он подчеркнул, что, несмотря на важность бездействия для установления всеобщей практики в некоторых случаях, обстоятельства, в которых бездействие может быть релевантно, не всегда очевидны. Докладчик также отметил, что бездействие может служить доказательством *opinio juris*, когда обстоятельства требуют той или иной реакции. Из этого вытекает, что соответствующее государство должно было фактически знать о данной практике или что обстоятельства должны были быть таковы, что оно считается знающим о ней, а также что бездействие должно продолжаться достаточный период времени.

67. В третьем докладе рассмотрены некоторые особые формы практики и свидетельств *opinio juris*, а именно договоры и резолюции международных организаций и конференций, поскольку к ним часто прибегают при идентификации международного обычного права. Специальный докладчик отметил, что сходные соображения могут также касаться и других письменных текстов, например подготовленных Комиссией. Доклад советует проявлять осторожность при рассмотрении того, могут ли эти тексты быть релевантны для идентификации международного обычного права, и вновь обращает внимание на необходимость рассмотреть и взвесить все сопутствующие обстоятельства. В любом случае письменные тексты сами по себе не могут представлять собой международное обычное право.

68. По поводу значения договоров и заключения договоров в докладе упоминается о трех способах, которыми такие письменные тексты могут увязываться с международным обычным правом: кодификация существующего права, кристаллизация формирующегося права или как источник нового права. В докладе также рассмотрен вопрос о практике государств – участников многосторонних конвенций, а также вопрос о возможной релевантности двусторонних договоров.

69. В докладе также затрагивается вопрос о релевантности резолюций, принятых государствами в международных организациях или на международных конференциях, в качестве практики государств или свидетельств *opinio juris*. Специальный докладчик признает ту важную роль, которую такие резолюции могут играть в определенных обстоятельствах при формировании и идентификации международного обычного права. Сами по себе они не могут создавать международного обычного права, однако они могут служить доказательством существования или формирования права и действительно создавать практику, которая может вести к формированию новой нормы. При таком процессе оценки конкретная формулировка, использованная в соответствующей резолюции, имеет особое значение, как и обстоятельства, связанные с принятием данной резолюции.

70. В докладе далее рассмотрены два «вспомогательных», хотя и важных средства определения норм

международного обычного права: судебные решения и труды юристов. Под судебными решениями в докладе понимаются как решения международных судов и трибуналов, так и решения национальных судов. Подчеркивалась важность первых. Решения национальных судов также могут быть авторитетными, однако к ним следует подходить с известной осторожностью. В докладе также признается, что труды остаются полезным источником информации и анализа для идентификации норм международного обычного права, хотя важно проводить различие между теми из них, которые призваны отражать ныне действующее право (*lex lata*), и теми, в которых речь идет о формирующемся праве (*lex ferenda*).

71. Что касается практики международных организаций как таковой, то в докладе упоминается вывод, достигнутый в 2014 году, о том, что в известных случаях практика международных организаций также вносит вклад в формирование или выражение норм международного обычного права. Специальный докладчик подчеркнул важное значение различия между практикой государств в рамках международных организаций и практикой самих международных организаций. Он также подчеркнул важное значение проведения различия между практикой организации, связанной с ее внутренним функционированием, и практикой организации в ее отношениях с государствами и другими субъектами. Кроме того, было предложено, чтобы в проекте выводов было затронуто поведение негосударственных субъектов, помимо международных организаций.

72. Далее в докладе рассмотрена категория «партикулярного обычая» – термин, который призван охватывать, как пояснил Специальный докладчик, то, что иногда называют «специальными», «региональными», «местными» или «двусторонними» обычными нормами. Специальный докладчик подчеркнул, что в свете характера партикулярного обычая как обязательного только для ограниченного числа государств важно четко выявить, какие государства участвовали в данной практике и признали ее в качестве права. Для определения существования такого обычая важно поэтому установить, имеется ли среди соответствующих государств общая практика, которая была признана каждым из них в качестве права (*opinio juris*).

73. В докладе также рассмотрена норма о настойчиво возражающем государстве, в соответствии с которой государство, которое настойчиво возражало против формирующейся нормы международного обычного права и продолжало возражать против нее после того, как эта норма выкристаллизовалась, не связано ею. Специальный докладчик подчеркнул, что эта норма прочно укоренилась в юриспруденции, в предыдущей работе Комиссии, а также в литературе. Специальный докладчик подчеркнул важность рассмотрения этой нормы, в частности для выяснения ее строгих требований.

## 2. РЕЗЮМЕ ПРЕНИЙ

### а) Общие замечания

74. Члены Комиссии вновь выразили поддержку двухэлементного подхода, которому следовал Специальный докладчик. Было выражено общее согласие с тем, что итогом рассмотрения темы должен быть свод практических и простых выводов с комментарием, призванных помочь в практической идентификации норм международного обычного права. Рекомендовалось придерживаться осторожности и избегать упрощений; было также высказано мнение, что для проектов выводов были бы полезны дальнейшие уточнения.

75. Состоялся обмен мнениями по поводу сферы охвата темы. Некоторые члены Комиссии отметили, что она должна глубже затрагивать формирование норм международного обычного права. Согласно этой точке зрения, изменение названия темы не предполагает смещения акцентов в ее рассмотрении. Согласно другому мнению, проекты выводов должны ограничиваться вопросом идентификации таких норм и не должны касаться вопроса об их формировании как таковом. В этой связи отмечалось, что данная тема касается выявления обычной нормы в данный момент времени, не затрагивая дальнейшую эволюцию этой нормы. Еще одна точка зрения заключалась в том, что, хотя тема непосредственно касается выявления, это обстоятельство не препятствует рассмотрению вопросов формирования в той мере, в которой они связаны с таким процессом идентификации.

### б) Связь между двумя составными элементами

76. Некоторые члены Комиссии поддержали вывод о том, что, хотя всегда должны наличествовать оба элемента, может иметься различие в применении двухэлементного подхода в различных областях или в отношении различных видов норм. Вместе с тем было указано, что необходимо поддерживать единый стандарт в отношении всех областей. Некоторые члены Комиссии указали, что оба элемента не применяются последовательным образом и что для темы было бы полезно дальнейшее изучение соответствующего значения обоих элементов в различных областях.

77. Был поддержан тот вывод, что наличие каждого из элементов должно быть подтверждено отдельно и что это обычно требует оценки конкретных свидетельств по каждому из элементов. Несколько членов Комиссии подчеркнули, что отдельная оценка обоих требований не означает, что один и тот же материал не может служить свидетельством обоих элементов.

78. Что касается хронологической связи между обоими элементами обычных норм, то было выражено мнение, что практика должна предшествовать *opinio juris*, в то время как согласно другой точке зрения между обоими элементами нет необходимой временной последовательности.

### с) Бездействие как практика и/или доказательство признания в качестве права (*opinio juris*)

79. Хотя представленный в третьем докладе анализ относимости бездействия для идентификации международного обычного права был в целом одобрен, ряд членов Комиссии отметили практическую трудность признания бездействия в качестве свидетельства такого рода. Несколько членов указали на необходимость уточнения конкретных обстоятельств, при которых бездействие имеет отношение к делу, в особенности в контексте оценки признания в качестве права (*opinio juris*). Предлагалось указать конкретные критерии, которые должны учитываться при признании бездействия в качестве свидетельства права, в тексте самого проекта вывода.

80. Перечисленные в докладе критерии, позволяющие считать бездействие свидетельством признания в качестве права, получили общую поддержку в Комиссии. Ряд членов Комиссии отметили, что данная ситуация требует реакции соответствующих государств, что государства должны реально знать о данной практике и что бездействие должно продолжаться достаточный период времени. Однако высказывались разные мнения по поводу того, может ли бездействие приравниваться в этом контексте к согласию. Отмечалась важность идентификации того, можно ли приравнивать к *opinio juris* бездействию в каком-либо конкретном случае.

### д) Роль договоров и резолюций

81. Ряд членов Комиссии выразили поддержку в отношении достигнутого в докладе вывода о роли договоров как свидетельств международного обычного права. Некоторые члены Комиссии полагали, что ссылки на влияние договоров на формирование обычных норм следует опустить и что необходимо заострить внимание исключительно на их ценности как свидетельств. Было высказано мнение, что для целей этой темы нет разницы между кристаллизацией обычной нормы и выработкой новой нормы путем принятия договора. Кроме того, предлагалось затронуть статью 38 Венской конвенции 1969 года. Несколько членов Комиссии подчеркнули, что не все договорные положения в равной степени имеют отношение к делу в качестве свидетельств норм международного обычного права и что только договорные нормы «основополагающего нормоустановительного характера» могут создавать такие нормы.

82. Подчеркивалась важность установления критериев определения релевантности положений договоров в качестве свидетельств существования нормы международного обычного права. Несколько членов Комиссии заявили, что концепция «особо затронутых государств» неприемлема, в то время как было выражено мнение, что география участников договора может служить свидетельством всеобщего характера практики.

83. Имелись разнообразные мнения по поводу ценности в качестве таких свидетельств резолюций, принятых международными организациями

и международными конференциями. Как считали некоторые члены Комиссии, такие резолюции, в частности резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, при определенных обстоятельствах могли бы рассматриваться как источники международного обычного права. Ряд членов Комиссии считали, что ценность в качестве свидетельств этих резолюций во многих случаях следует оценивать с большой осторожностью. Подчеркивался ряд элементов, которые необходимо принимать во внимание, таких как состав организации, порядок голосования и процедура принятия резолюции или ее предмет. Также подчеркивалось, что релевантность резолюций, принятых на международных конференциях, зависит от участия государств на данной конференции.

84. Члены Комиссии в целом согласились с тем, что одни только резолюции международных организаций и конференций не могут сами по себе служить достаточным свидетельством существования обычной нормы. Было выражено мнение, что в некоторых случаях резолюции могут быть свидетельством существования норм международного обычного права. Отмечалось, что ценность таких резолюций зависит от других свидетельств, подтверждающих всеобщую практику и *opinio juris*. Отмечалось, что, для того чтобы основываться на резолюции (которая, однако, может служить доказательством для этой цели), необходима отдельная оценка того, подкрепляется ли норма, содержащаяся в данной резолюции, всеобщей практикой, признанной в качестве права (*opinio juris*).

е) *Судебные решения и труды юристов*

85. Члены Комиссии приветствовали вывод о том, что судебные решения и труды относятся к делу при идентификации международного обычного права. Состоялся обмен мнениями по поводу конкретной роли, которую играют, соответственно, судебные решения и труды. Было высказано мнение, что они не имеют одинакового характера и поэтому должны быть рассмотрены в отдельных выводах. Также отмечалось, что их значение не может быть рассмотрено в общем плане и его следует, скорее, рассматривать в каждом конкретном случае.

86. Некоторые члены Комиссии подчеркивали особую важность судебных решений, которые не могут считаться вторичным или вспомогательным свидетельством. Некоторые члены Комиссии подчеркивали центральное значение Международного Суда, в то время как другие отмечали, что не следует игнорировать практику других судебных органов, равно как и роль особых и несогласных мнений международных судей. Состоялся обмен мнениями по поводу релевантности решений национальных судов. Согласно некоторым членам Комиссии, эти решения необходимо отнести к категории «судебных решений» для целей идентификации норм международного обычного права. При этом некоторые другие члены Комиссии считали, что такие решения должны быть рассмотрены отдельно и что их роль следует оценивать с осторожностью.

87. Было высказано мнение, что термин «труды», предложенный Специальным докладчиком, слишком широк и нуждается в конкретизации. Несколько членов Комиссии также заявили, что выбор соответствующих трудов не должен быть равнозначным предпочтению юристов конкретных регионов, но, скорее, должен быть универсальным.

88. Несколько членов Комиссии заявили о том, что они не считают возможным ставить знак равенства между работой Комиссии в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи с мандатом на содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификацию и «трудами» или учениями специалистов по публичному международному праву.

ф) *Релевантность международных организаций и негосударственных субъектов*

89. В Комиссии высказывались разные мнения по поводу релевантности практики международных организаций. В частности, ряд членов Комиссии отмечали, что такого рода практика может способствовать формированию или выражению норм международного обычного права и что необходимо особо выделить важность практики международных организаций в некоторых областях. Ряд других членов подчеркивали, что подобное может иметь место только в том случае, если практика международной организации отражает практику или твердое мнение ее государств-членов или послужит катализатором практики государств, но при этом практика международных организаций как таковая не имеет отношения к оценке всеобщей практики. Было выражено мнение, что в своей нынешней формулировке предлагаемый проект вывода не дает ответа на такие ключевые вопросы, как вопрос о том, можно ли принимать за практику бездействие международной организации, требуется ли наличие одновременно и практики, и *opinio juris* международных организаций и является ли норма, формированию которой содействует международная организация, обязательной только для международных организаций, только для государств или же она является обязательной для всех.

90. Несколько членов Комиссии поддержали проект вывода, предложенный Специальным докладчиком, согласно которому поведение других негосударственных субъектов не является практикой для целей формирования или идентификации обычного права. Термин «другие негосударственные субъекты» был расценен как недостаточно четкий, поскольку международные организации состоят из государств. Некоторые члены Комиссии считали это предложение чересчур строгим, в частности в свете важности практики определенных негосударственных субъектов, таких как МККК, а также в свете важности деятельности, в которой участвуют как государства, так и негосударственные субъекты.

g) *Партикулярный обычай*

91. Состоялось обсуждение по вопросу о партикулярном обычае. Хотя ряд членов Комиссии поддержали проект вывода, предложенный Специальным докладчиком, некоторые из ее членов считали, что этот вопрос находится за рамками темы. Также поднимались вопросы, касающиеся наиболее подходящей терминологии для обозначения такой конкретной категории норм международного обычного права, которые называют «региональными», «местными» или «партикулярными» обычаями. Кроме того, было высказано предложение уточнить концепцию «региона» и рассмотреть вопрос географической связи между участниками регионального обычая.

92. Подчеркивалось, что для идентификации партикулярного обычая необходимо уделять особое внимание важности согласия. Как считали некоторые члены Комиссии, из этого следует, что применительно к партикулярным обычаям существуют более строгие стандарты, чем для общих или универсальных обычаев. Однако некоторые другие члены указали, что на все нормы международного обычного права распространяются одни и те же условия. Было высказано мнение, что, допуская существование партикулярного обычая среди сильно разрозненной группы государств, не имеющих какого-либо общего географического признака, предлагаемый проект вывода провоцирует разноречивые претензии на существование такого обычая и порождает риск фрагментации международного обычного права без какой-либо опоры на практику.

h) *Настойчиво возражающее государство*

93. Широкая дискуссия состоялась по поводу нормы о настойчиво возражающем государстве. Несколько членов Комиссии поддержали включение этой нормы в свод проектов выводов, в то время как другие члены Комиссии считали, что это — спорная теория, не подтверждаемая достаточной практикой государств и судебной практикой, которая к тому же может вести к фрагментации международного права. Предлагалось представить в комментарии конкретные примеры для обоснования этой нормы, которая, по мнению некоторых членов, получила широкое признание в литературе.

94. Члены Комиссии также провели продолжительное обсуждение условий применения нормы о настойчиво возражающем государстве, а также ее последствий. Некоторые члены Комиссии указывали, что в любом случае, даже если бы такая норма существовала, она не могла бы быть применимой к обязательствам *erga omnes* или правилам, имеющим императивный характер (*jus cogens*).

i) *Будущая программа работы*

95. Что касается будущей программы работы по этой теме, то приветствовалось предложение

Специального докладчика изучить практические способы расширения доступности материалов, на основе которых можно определить общую практику и признание в качестве права. Несколько членов Комиссии также предложили, чтобы Специальный докладчик изучил вопрос об изменении международного обычного права с течением времени, а также ряд связанных с этим вопросов.

96. Несколько членов Комиссии указали, что необходимо выделить достаточно времени для завершения работы Комиссии над этой темой и что прогресс в ее рассмотрении не может достигаться в ущерб качеству.

3. **ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ СПЕЦИАЛЬНОГО ДОКЛАДЧИКА**

97. Специальный докладчик подчеркнул, что цель темы заключается в том, чтобы помочь в определении наличия или отсутствия нормы международного обычного права и ее содержания. Такая задача стоит перед судьями, арбитрами и адвокатами, высказывающими свое мнение по поводу права, как то существует в данный момент времени, в отличие от тех, кто высказывает свое мнение по поводу того, как право может развиваться или как его следует развивать. Тем не менее понимание того, как появляются и эволюционируют обычные нормы, составляет часть фона темы и будет затронуто в комментарии.

98. Что касается различных вопросов, касающихся взаимосвязи между обоими элементами, то Специальный докладчик считает, что временной аспект этой связи скорее касается формирования обычных норм, нежели их идентификации, однако тем не менее является важным аспектом, который необходимо отразить в комментарии. Что касается применения двухэлементного подхода в различных областях, то он подчеркнул, что необходимо учитывать контекст, в котором возникают свидетельства, и что для этого необходима тщательная оценка фактических оснований каждого дела и их значения. Наконец, по поводу вопроса об отдельной оценке обоих элементов Специальный докладчик отметил общее согласие членов Комиссии с тем, что для идентификации норм международного обычного права каждый элемент должен устанавливаться отдельно. Более дискуссионным оказался вопрос, который иногда называют «повторным счетом». По этому аспекту Специальный докладчик пояснил, что возможны случаи, когда для подтверждения наличия каждого из двух элементов могли бы использоваться одни и те же свидетельства. Важный аспект заключается в том, что должны существовать оба элемента и что теории, согласно которым масштабное присутствие одного элемента может компенсировать отсутствие другого, неубедительны.

99. По мнению Специального докладчика, вывод, согласно которому практика международных организаций как таковая релевантна для целей

идентификации норм международного обычного права, не вызывает споров, поскольку практика международных организаций в их отношениях между собой могла бы по меньшей мере вести к возникновению обычных норм, обязательных в таких отношениях. Этот вывод также важен в случае международных организаций, таких как Европейский союз, осуществляющих компетенцию от имени своих государств-членов. Этот вывод, признанный в предыдущей работе Комиссии, по-видимому, получил общее признание государств. Специальный докладчик подчеркнул, что роль международных организаций, несмотря на их важность, несопоставима с ролью государств. Что касается роли негосударственных субъектов, то Специальный докладчик указал, что такие образования могли бы играть роль при формировании и идентификации норм международного обычного права, но лишь в силу того, что они стимулируют или фиксируют практику государств и практику международных организаций, а не в силу своего поведения как такового.

100. Что касается роли бездействия, то Специальный докладчик отметил, что предложение отразить в соответствующем пункте проекта вывода суть условий, предусмотренных в докладе, заслуживает серьезного рассмотрения.

101. По поводу роли договоров при идентификации норм международного обычного права Специальный докладчик, признав важное значение многосторонних договоров, высказал мнение, что двусторонние договоры не могут быть исключены из проектов выводов, даже если к их влиянию следует подходить с особой осторожностью. Специальный докладчик также отметил, что значение статьи 38 Венской конвенции 1969 года для данной темы будет затронуто в комментарии и что в нем будет отражено понятие «основополагающего нормоустановительного характера».

102. Специальный докладчик отметил, что проект вывода о резолюциях международных организаций и конференций не вызвал в Комиссии особых дискуссий. Он подтвердил, что их роль можно было бы отразить в более позитивном ключе, даже если на такие резолюции следует ссылаться с осторожностью.

103. Специальный докладчик отметил, что предложенный проект вывода о судебных решениях и трудах необходимо доработать и что эти два источника следует рассмотреть в двух отдельных проектах выводов. Специальный докладчик согласился с тем мнением, что в действительности судебные решения выступают в качестве элемента единого процесса определения того, существует ли известная обычная норма. Он также признал, что особые и несогласные мнения, не будучи, по его мнению, судебными решениями по смыслу подпункта *d)* пункта 1 Статьи 38, имеют определенное значение для данной темы. Специальный докладчик указал, что под «трудами» он имеет в виду «труды юристов». Он также отметил,

что в комментарии необходимо отразить полезность рассмотрения трудов юристов, представляющих разные правовые системы мира.

104. Специальный докладчик отметил предложение многих коллег о необходимости разработки отдельного вывода, касающегося работы Комиссии. Сам он не убежден в необходимости такого отдельного вывода и полагает, что роль Комиссии можно было бы разъяснить в комментариях. Тем не менее он рассчитывает, что этот вопрос будет рассмотрен в Редакционном комитете.

105. По поводу партикулярного обычая Специальный докладчик подтвердил, что все прочие проекты выводов применимы в отношении партикулярного обычая, включая проект вывода о договорах, за исключением того, что в проекте вывода 15 предусмотрено иное. Он также отметил, что, даже если в теории географическая связь между государствами, придерживающимися такой нормы, не является необходимой, она часто требуется на практике.

106. Специальный докладчик отметил, что проект вывода 16 о настойчиво возражающем государстве получил широкую поддержку, и согласился с тем, что его необходимо проиллюстрировать в комментарии ссылкой на практические примеры. Он отметил, что на норму о настойчиво возражающем государстве могут ссылаться – и не так уж нечасто ссылаются – в делах, в которых судьям надлежит выявить международное обычное право, и что поэтому важно дать практикам ориентиры в этом вопросе, в особенности для уточнения требований для того, чтобы государство стало настойчиво возражающим государством.

107. Что касается будущей программы работы по этой теме, то Специальный докладчик указал, что в свете всего сказанного в ходе прений реалистичная цель заключалась бы в завершении в первом чтении проектов выводов и комментариев к концу шестидесятой восьмой сессии (2016 год). Таким образом, вопрос заключался бы в том, как разделить работу между настоящей сессией и следующей сессией. В свете важности комментариев представляется целесообразным выделить два этапа. На первом этапе, если Редакционный комитет сможет завершить свою работу в ходе настоящей сессии и в предварительном порядке принять полный свод проектов выводов (полный в том смысле, что в него могут вноситься любые дополнительные положения и предложения, которые могут возникнуть в результате прений по четвертому докладу), Специальный докладчик затем мог бы подготовить проект комментариев по всем выводам своевременно к началу сессии 2016 года. После этого члены Комиссии имели бы достаточно времени для тщательного рассмотрения проекта комментариев и, как можно надеяться, Комиссия могла бы принять в первом чтении полный свод проектов выводов и комментариев к концу своей сессии 2016 года.