Глава V
Выявление обычного международного права

A. Введение

53. Комиссия решила включить тему «Формирование и доказательства существования обычного международного права» в свою программу работы на шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по ней[656]. Генеральная Ассамблея с признательностью приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в программу работы в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года. На шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия постановила изменить название темы на «Выявление обычного международного права»[657].

54. В период с шестьдесят пятой (в 2013 году) по шестьдесят восьмую сессию (в 2016 году) Комиссия рассмотрела четыре доклада Специального докладчика[658], а также два меморандума, подготовленных секретариатом[659].

55. На шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году) Комиссия приняла в первом чтении свод из 16 проектов выводов о выявлении обычного международного права[660]. В соответствии со статьями 16–21 Положения о своей деятельности Комиссия постановила препроводить эти проекты выводов через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний[661].

B. Рассмотрение темы на данной сессии

56. На данной сессии Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/717), добавление к этому докладу, содержащее обновленную библиографию по теме (A/CN.4/717/Add.1), а также комментарии и замечания, полученные от правительств (A/CN.4/716). Комиссия также имела в своем распоряжении меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710).

57. Комиссия рассмотрела пятый доклад Специального докладчика на своих 3396–3402-м заседаниях 7–14 мая 2018 года. На своем 3402-м заседании 14 мая 2018 года Комиссия передала проекты выводов 1–16 в Редакционный комитет, поручив Редакционному комитету начать рассмотрение проектов выводов во втором чтении на основе предложений Специального докладчика, принимая во внимание замечания и соображения правительств и обсуждение доклада Специального докладчика на пленарных заседаниях.

58. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.908) на своем 3412-м заседании, состоявшемся 25 мая 2018 года, и приняла весь свод проектов выводов о выявлении обычного международного права во втором чтении (раздел E.1 ниже).

---

656 На 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункт 157). Данная тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основе предложения, которое воспроизведено в приложении A к докладу Комиссии (там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), пункты 305–314). В своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение данной темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

657 Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10* (A/68/10), пункт 65.

658 См. A/CN.4/663 (первый доклад), A/CN.4/672 (второй доклад), A/CN.4/682 (третий доклад), A/CN.4/695 и Add.1 (четвертый доклад и добавление к нему).

659 См. A/CN.4/659 (меморандум секретариата) и A/CN.4/691 (меморандум секретариата).

660 *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/71/10), пункты 57 и 59.

661 Там же, пункт 60.

59. На своем 3402-м заседании 14 мая 2018 года Комиссия постановила учредить рабочую группу под председательством г-на Марсело Васкес-Бермудеса для оказания Специальному докладчику помощи в подготовке проектов комментариев к проектам выводов, которые предстоит принять Комиссии. Рабочая группа провела два заседания 3 и 4 мая 2018 года.

60. На своих 3441–3443-м заседаниях 2–3 августа 2018 года Комиссия приняла комментарии к вышеупомянутым проектам выводов (раздел E.2 ниже).

61. На своем 3441-м заседании, состоявшемся 2 августа 2018 года, Комиссия просила переиздать меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), чтобы отразить текст проектов выводов и комментариев, принятый во втором чтении.

62. В соответствии с своим Положением Комиссия представляет проекты выводов Генеральной Ассамблее вместе с рекомендацией, изложенной ниже.

C. Рекомендация Комиссии

63. На своем 3444-м заседании 6 августа 2018 года Комиссия в соответствии со статьей 23 своего Положения решила рекомендовать Генеральной Ассамблее:

a) принять к сведению в своей резолюции проекты выводов о выявлении обычного международного права, приложить проекты выводов к этой резолюции и обеспечить их максимально широкое распространение;

b) обратить на проекты выводов вместе с комментариями к ним внимание государств и всех тех, на кого может быть возложена задача выявления норм обычного международного права;

c) принять к сведению библиографию, подготовленную Специальным докладчиком (A/CN.4/717/Add.1);

d) принять к сведению меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), в котором представлен обзор современного состояния свидетельств обычного международного права и высказываются предложения относительно того, как улучшить положение дел;

e) отреагировать на предложения в меморандуме секретариата путем:

i) привлечения внимания государств и международных организаций к желательности опубликования дайджестов и обзоров их практики, касающейся международного права, дальнейшего широкого распространения информации о законодательной, исполнительной и судебной практике государств и приложения всех усилий для поддержки существующих изданий и библиотек, специализирующихся на международном праве;

ii) обращения к секретариату с просьбой и далее развивать и укреплять издания Организации Объединенных Наций, публикующие свидетельства обычного международного права, включая обеспечение их своевременного выхода в свет;

iii) обращения к секретариату с просьбой также сделать доступной информацию, содержащуюся в приложениях к меморандуму о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), посредством онлайновой базы данных, которая будет периодически обновляться на основе информации, поступающей от государств, международных организаций и других заинтересованных сторон[662].

[662] A/CN.4/710, пп. 7–10.

D. Выражение признательности Специальному докладчику

64. На своем 3444-м заседании, состоявшемся 6 августа 2018 года, Комиссия после принятия проектов выводов о выявлении обычного международного права утвердила путем аккламации следующую резолюцию:

«*Комиссия международного права*,

приняв проекты выводов о выявлении обычного международного права,

выражает Специальному докладчику сэру Майклу Вуду свою глубокую благодарность и искреннюю признательность за выдающийся вклад, который он внес в подготовку этих проектов выводов благодаря своим неустанным усилиям и самоотверженной работе, а также за результаты, достигнутые в разработке проектов выводов о выявлении обычного международного права».

E. Текст проектов выводов о выявлении обычного международного права

1. Текст проектов выводов

65. Ниже воспроизводится текст проектов выводов, принятый Комиссией во втором чтении на ее семидесятой сессии.

Выявление обычного международного права

Часть первая
Введение

Вывод 1
Сфера охвата

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

Часть вторая
Основной подход

Вывод 2
Два конститутивных элемента

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

Вывод 3
Оценка свидетельств для двух конститутивных элементов

1. При оценке свидетельств, позволяющих выявить, имеются ли всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть обнаружены каждые из этих свидетельств.

2. Следует отдельно выявлять наличие каждого из этих двух конститутивных элементов. Это требует оценки свидетельств для каждого элемента.

Часть третья
Всеобщая практика

Вывод 4
Требование наличия практики

1. Требование наличия всеобщей практики, как конститутивный элемент обычного международного права, прежде всего относится к практике государств, которая способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

2. В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

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

Вывод 5
Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.

Вывод 6
Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она включает в себя как материальные, так и вербальные акты. При определенных обстоятельствах она может включать в себя бездействие.

2. Формы практики государств включают в себя, не ограничиваясь только этим: дипломатические акты и дипломатическую переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на земле»; законодательные и административные акты; и решения национальных судов.

3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Вывод 7
Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю доступную практику конкретного государства, которую следует оценивать в совокупности.

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

Вывод 8
Практика должна быть всеобщей

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

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

Часть четвертая
Признание в качестве правовой нормы (opinio juris)

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

1. Требование признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris), как конститутивный элемент обычного международного права, означает, что такая практика должна быть принята с осознанием юридического права или юридического обязательства.

2. Всеобщую практику, признаваемую в качестве правовой нормы (opinio juris), следует отличать от простого обыкновения или простой привычки.

Вывод 10
Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут принимать самые различные формы.

2. Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) включают в себя, не ограничиваясь только этим: публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.

3. Отсутствие реакции в течение какого-то времени на практику может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали реакции.

Часть пятая
Значение определенных материалов для выявления обычного международного права

Вывод 11
Договоры

1. Норма, закрепленная в договоре, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что договорная норма:

a) кодифицировала норму обычного международного права, существовавшую во время заключения договора;

b) привела к кристаллизации нормы обычного международного права, которая начала возникать до заключения договора; или

c) положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (opinio juris), тем самым порождая новую норму обычного международного права.

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

Вывод 12
Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

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

2. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может служить свидетельством для установления существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.

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

Вывод 13
Решения судов и трибуналов

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

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

Вывод 14
Доктрины

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

Часть шестая
Настойчиво возражающее государство

Вывод 15
Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству, пока оно продолжает возражать.

2. Возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и продолжаться настойчиво.

3. Данный проект вывода не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (jus cogens).

Часть седьмая
Партикулярное обычное международное право

Вывод 16
Партикулярное обычное международное право

1. Норма партикулярного обычного международного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой обычного международного права, применимой только в отношениях между ограниченным числом государств.

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

2. Текст проектов выводов и комментариев к ним

66. Ниже воспроизводится текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый Комиссией во втором чтении.

Выявление обычного международного права

Общий комментарий

1) Как это всегда имеет место в случае материалов, подготавливаемых Комиссией, проекты выводов подлежат прочтению вместе с комментариями.

2) Настоящие проекты выводов касаются методологии выявления норм обычного международного права. Они призваны послужить практическим руководством в отношении того, каким образом следует определять существование норм международного обычного права и их содержание. Это представляет интерес не только для специалистов в области международного публичного права; задача выявления норм обычного международного права все чаще возлагается и на других специалистов, в том числе работающих в национальных судебных органах. В каждом случае требуется последовательно и обстоятельно проводить правовой анализ и оценку в интересах обеспечения надлежащего выявления нормы обычного международного права, тем самым содействуя авторитетности как конкретного случая выявления нормы, так и обычного международного права в более широком смысле.

3) Обычное международное право представляет собой неписаное право, вытекающее из практики, признанной в качестве правовой нормы. Оно остается важным источником публичного международного права[663]. Обычное международное право входит в число источников международного права, перечисляемых в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда, в подпункте b) которого говорится о «международном обычае как доказательстве всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»[664]. В этой формулировке отражены два конститутивных элемента обычного международного права: всеобщая практика и признание в качестве правовой нормы (последнее часто называется opinio juris)[665].

---

[663] Ряд важных областей международного права по сути по-прежнему регулируется обычным международным правом ввиду немногочисленности применимых договоров или их отсутствия. Даже при существовании действующего договора нормы обычного международного права по-прежнему регулируют вопросы, не предусмотренные договором, и продолжают применяться в отношениях с государствами, не являющимися его участниками, и между ними. Помимо этого, ссылки на нормы обычного международного права могут содержаться в договорах; и такие нормы могут приниматься во внимание при толковании договоров в соответствии с пунктом 3 c) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331 («Венская конвенция 1969 года»)). Кроме того, иногда может быть необходимо определить, какое право применялось на момент совершения определенных действий («интертемпоральное право»), и применимым правом может быть обычное международное право, даже если теперь действует тот или иной договор. В любом случае норма международного обычного права может сохраняться и применяться отдельно от договора даже при одинаковом с ним содержании и даже между участниками договора (см. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 93−96, paras. 174−179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3, at pp. 47−48, para. 88).

[664] Такая формулировка была предложена Консультативным комитетом юристов, учрежденным Советом Лиги Наций в 1920 году для подготовки проекта статута для Постоянной палаты Международного Суда; она была включена без изменений в Статут Международного Суда в 1945 году. Хотя она и подверглась критике за неточность с редакционной точки зрения, эта формулировка все же, по общему мнению, передает суть обычного международного права.

[665] Латинский термин «opinio juris» был сохранен в проектах выводов и в комментариях наряду с формулировкой «признание в качестве правовой нормы», поскольку он широко употребляется в юридическом дискурсе, включая судебную практику Международного Суда, а также в силу того, что он, возможно, лучше передает своеобычный характер данного субъективного

4) По вопросу о выявлении обычного международного права существует масса материалов, включая прецедентное право и научные труды[666]. В проектах выводов отражен подход, которого придерживаются государства, а также международные суды и организации и большинство авторов. Исходя из того, что процесс выявления обычного международного права не всегда подчиняется точным формулам, проекты выводов призваны задать четкие ориентиры, избегая при этом излишней прескриптивности.

5) Шестнадцать проектов выводов поделены на семь частей. В части первой рассматриваются сфера охвата и цели. В части второй излагается основной подход к выявлению обычного международного права, а именно «двухэлементный подход». В третьей и четвертой частях содержатся дополнительные указания в отношении двух конститутивных элементов обычного международного права, которые также используются в качестве критерия для его выявления, а именно «всеобщей практики» и «признания в качестве правовой нормы» (opinio juris). Часть пятая посвящена определенным категориям материалов, на которые часто ссылаются при выявлении норм обычного международного права. Поскольку нормы обычного международного права обязательны для всех государств, в шестой и седьмой частях рассматриваются два исключительных случая: последовательно возражающее государство и партикулярное обычное международное право (нормы, применяемые лишь в отношениях между ограниченным числом государств).

Часть первая
Введение

В Части первой, состоящей из одного проекта вывода, определяется сфера охвата проектов выводов с уточнением их функций и целей.

Вывод 1
Сфера охвата

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

Комментарий

1) Проект вывода 1 носит вводный характер. Им предусмотрено, что проекты выводов касаются способа, которым следует определять нормы обычного международного права, иначе говоря, правовой методологии для проведения такой работы.

2) По всему тексту проектов выводов используется термин «обычное международное право» как наиболее широко употребляемый и точнее всего передающий характер этого источника международного права. К числу других терминов, иногда встречающихся в правовых документах, прецедентном праве и научных трудах, относятся «обычай», «международный обычай» и «международное обычное право», а также «право народов» и «общее международное право»[667].

элемента обычного международного права как относящегося к правосознанию, а не к формальному согласию.

666 В настоящем комментарии не приводятся ссылки на научные труды в этой области, хотя их использование может быть целесообразным (а Специальный докладчик неоднократно ссылался на них в своих докладах). Библиографию, в том числе к разделам, которые соответствуют вопросам, охватываемым в отдельных проектах выводов, а также к разделам, посвященным обычному международному праву в различных областях, см. в приложении II к пятому докладу (A/CN.4/717/Add.1).

667 Некоторые из этих терминов могут использоваться в других значениях; в частности, «общее международное право» используется разными способами (которые не всегда четко определены), в том числе для обозначения норм международного права общего применения, будь то договорное право или обычное международное право или же общие принципы права. Обсуждение термина «общее международное право» в судебном контексте см. в *Certain*

3) При упоминании в настоящих проектах выводов и в комментариях «норм» обычного международного права подразумеваются также такие нормы обычного международного права, которые могут быть названы «принципами» ввиду их более общего и более основополагающего характера[668].

4) В проектах выводов и комментариях термины «выявлять», «определять» и «устанавливать» используются как взаимозаменяемые. Ссылка на определение «существования и содержания» норм обычного международного права отражает то обстоятельство, что, хотя зачастую возникает необходимость в выявлении как существования, так и содержания нормы, в некоторых случаях признается, что норма существует, но точное ее содержание является предметом споров. Речь может идти, например, о случаях, когда встает вопрос о том, действительно ли та или иная формулировка (содержащаяся, как правило, в таких текстах, как договоры или резолюции) точно соответствует существующей норме обычного международного права, или же о наличии исключений из признанной нормы обычного международного права.

5) Поскольку проекты выводов посвящены выявлению норм обычного международного права, в них напрямую не рассматриваются процессы, посредством которых нормы обычного международного права развиваются с течением времени. Однако на практике выявление не всегда можно рассматривать в отрыве от формирования; выявление существования и содержания той или иной нормы обычного международного права вполне может предполагать изучение процесса ее развития. В силу этого в проектах выводов местами неизбежно упоминается формирование норм обычного международного права. При этом в них на систематической основе не рассматривается, как возникают такие нормы, как они изменяются или прекращают действовать.

6) Под сферу охвата проектов выводов не подпадает ряд других вопросов. Во-первых, в них не рассматривается суть обычного международного права; они касаются только методологических аспектов того, каким образом должны определяться нормы обычного международного права[669]. Во-вторых, в них не предпринимается никаких попыток объяснить взаимосвязь между обычным международным правом и другими источниками международного права, перечисленными в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда (международные конвенции, как общие, так и специальные, и общие принципы права); в проектах выводов этот вопрос рассматривается только в том объеме, в каком это необходимо для объяснения способов выявления норм обычного международного права. В-третьих, проекты выводов не предрешают вопроса об иерархии норм международного права, в том числе императивных норм общего международного права (jus cogens), или вопросов, связанных с характером erga omnes определенных обязательств. В-четвертых, в проектах выводов не рассматривается место обычного международного права в национальных правовых системах. Наконец, в проектах

Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 665, at p. 782 (separate opinion of Judge Donoghue, para. 2) and pp. 846−849 (separate opinion of Judge *ad hoc* Dugard, paras. 12−17).

668 См. также *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at pp. 288−290, para. 79 («Объединение понятий "нормы" и "принципы" − не более чем взаимозаменяемое использование двух выражений для передачи одной и той же идеи, поскольку в контексте [определения применимых норм международного права] термин "принципы" явно означает принципы права, т. е. он включает также нормы международного права, применительно к которым использование термина "принципы" может быть оправдано ввиду их более общего и более основополагающего характера»). Такие принципы обычного международного права не есть то же, что «общие принципы права» по смыслу пункта 1 c) статьи 38 Статута Международного Суда.

669 Соответственно, конкретные решения судов и трибуналов в данных комментариях упоминаются для иллюстрации методологии принятия решений, а не из интереса к содержанию самих решений.

выводах не рассматривается в целом вопрос о возможном бремени доказывания обычного международного права.

Часть вторая
Основной подход

В Части второй излагается основной подход к выявлению обычного международного права. В этой Части, состоящей из двух проектов выводов, уточняется, что для определения нормы обычного международного права требуется установить наличие двух конститутивных элементов: всеобщей практики и признания этой практики в качестве правовой нормы (opinio juris). Это требует тщательного анализа свидетельств по каждому элементу.

Вывод 2
Два конститутивных элемента

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

Комментарий

1) В проекте вывода 2 излагается основной подход, в соответствии с которым для выявления нормы обычного международного права требуется исследовать два самостоятельных, но связанных друг с другом вопроса: имеется ли всеобщая практика и признана ли такая всеобщая практика в качестве правовой нормы (т. е. сопровождается ли она opinio juris). Другими словами, следует обратиться к тому, что фактически делают государства, и попытаться определить, признают ли они обязанность или право действовать таким образом. Такая методология, или «двухэлементный подход», лежит в основе проектов выводов и широко поддерживается государствами, в прецедентном праве и в научных трудах. Она призвана обеспечить, чтобы работа по выявлению норм обычного международного права приводила к определению только тех норм, которые действительно существуют[670].

2) Всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris) являются двумя конститутивными элементами обычного международного права; вместе они образуют основные условия для существования нормы обычного международного права. Следовательно, выявление такой нормы предполагает пристальное изучение имеющихся свидетельств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае. Такой подход подтверждается, среди прочего, в судебной практике Международного Суда, который ссылается на «два условия [которые] должны быть выполнены»[671] и неоднократно указывал, что «существование нормы международного обычного права требует наличия «устоявшейся практики» в сочетании с opinio juris»[672]. Таким образом, определение обоснованности заявлений, касающихся существования или содержания той или иной нормы обычного международного права, предполагает поиск практики,

[670] Единого мнения сторон в том или ином разбирательстве недостаточно; необходимо удостовериться в том, что всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, действительно существует. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 97−98, para. 184 («Когда два государства соглашаются включить ту или иную конкретную норму в договор, их согласия достаточно для того, чтобы сделать эту норму юридической и имеющей обязательную для них силу; однако в области обычного международного права общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в opinio juris государств подтверждается практикой»).

[671] *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77.

[672] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at pp. 122−123, para. 55; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at pp. 29−30, para. 27; *North Sea Continental Shelf* (см. сноску выше), at p. 44, para. 77.

которая приобрела настолько широкое признание государств, что ее можно считать выражением юридически закрепленного права или обязательства (другими словами, она необходима, разрешена или запрещена как вопрос права)[673]. Проверкой всегда должен служить ответ на вопрос «Существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы?».

3) Если существование всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, установить невозможно, то делается вывод о том, что предполагаемой нормы обычного международного права нет. Так, например, в решении по делу *Об убежище* Международный Суд счел, что факты, связанные с предполагаемым существованием нормы (партикулярного) обычного международного права, свидетельствуют:

> «о такой неопределенности и противоречивости, о таких колебаниях и расхождениях в осуществлении дипломатического убежища и в неоднократно выраженных официальных точках зрения, о стольких несоответствиях в серии быстро принятых одна за другой конвенций по вопросу об убежище, ратифицированных одними государствами и отвергнутых другими, и о столь большом влиянии на практику соображений политической целесообразности, что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное обыкновение, признанное в качестве правовой нормы, в том, что касается предполагаемой нормы, предусматривающей одностороннюю и окончательную квалификацию преступления»[674].

4) Как ясно следует из проекта вывода 2, наличия только одного из конститутивных элементов недостаточно для выявления нормы обычного международного права. Без признания в качестве правовой нормы (opinio juris) практика, пусть даже широко распространенная и последовательная, представляет собой не более чем необязательное к соблюдению обыкновение, а не подкрепляемая практикой убежденность в том, что что-то является (или должно быть) правовой нормой, носит всего лишь характер пожелания; только при наличии двух этих элементов устанавливается существование нормы обычного международного права[675]. Хотя время от времени правоведы пытаются выработать альтернативные подходы к выявлению норм обычного международного права, отдавая предпочтение одному из

---

[673] Например, в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* благодаря обширному исследованию практики государств в виде национального законодательства, судебных решений, требований и других официальных заявлений, которая, как было установлено, сопровождалась opinio juris, удалось определить объем иммунитета государств согласно обычному международному праву (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 122−139, paras. 55−91).

[674] *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.

[675] В деле *О праве прохода*, например, Суд пришел к выводу об отсутствии оснований заключить, что периодически практикуемый проход через индийскую территорию португальских вооруженных сил и вооруженных полицейских формирований между Даманом и португальскими анклавами в Индии или между самими анклавами был разрешен или осуществлялся правомерно. Суд пояснил, что «учитывая особые обстоятельства данного дела, необходимость получения разрешения для того, чтобы проход состоялся, по мнению Суда, отрицает правомерность прохода. Сама практика предполагает, что территориальный суверен обладает дискреционным правом отозвать разрешение или отказать в его предоставлении. Утверждается, что такое разрешение предоставлялось во всех случаях, однако, по мнению Суда, это не сказывается на его правовом статусе. Не существует никаких письменных свидетельств того, что англичане или индийцы были обязаны выдавать такое разрешение» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 40−43). В решении по делу *О законности угрозы применения или применения ядерного оружия* Суд счел, что «возникновению − в качестве lex lata − обычной нормы, прямо запрещающей использование ядерного оружия как таковой, препятствуют сохраняющиеся противоречия между нарождающимся opinio juris, с одной стороны, и все еще строгим следованием практике сдерживания − с другой» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 73). См. также *Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Case № SCSL-2004-14-AR72(E), decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) of 31 May 2004*, Special Court for Sierra Leone, p. 13, para. 17.

конститутивных элементов или даже полностью отбрасывая один из них, такие теории не принимаются ни государствами, ни в судебной практике.

5) Двухэлементный подход часто называют «индуктивным» в противоположность возможным «дедуктивным» подходам, в рамках которых существование норм могло бы быть установлено не эмпирическими свидетельствами всеобщей практики и ее признания в качестве правовой нормы (opinio juris), а иными методами. При этом двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции как вспомогательного инструмента, использовать который следует с осторожностью в рамках применения двухэлементного подхода, в особенности при рассмотрении возможных норм обычного международного права, действующих на фоне норм, изложенных в более общих формулировках, чем те, из которых вытекают они сами, и отражающих всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы[676] или при формулировании заключения о том, что возможные нормы международного права являются частью «неделимого режима»[677].

6) Двухэлементный подход применяется для выявления существования и содержания норм обычного международного права во всех областях международного права. Это подтверждается практикой государств и прецедентным правом и созвучно идее единства и целостности международного права, являющегося единой правовой системой, не разделяемой на самостоятельные отрасли со своим собственным подходом к источникам[678]. Хотя при применении основного подхода на практике вполне могут приниматься во внимание конкретные обстоятельства и контекст, в которых возникла и действует предполагаемая норма[679], неизменно должна учитываться истинная природа обычного международного права как всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris).

Вывод 3
Оценка свидетельств для двух конститутивных элементов

1. При оценке свидетельств, позволяющих выявить, имеются ли всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть обнаружены каждые из этих свидетельств.

2. Следует отдельно выявлять наличие каждого из этих двух конститутивных элементов. Это требует оценки свидетельств для каждого элемента.

Комментарий

1) Проект вывода 3 касается оценки свидетельств в отношении двух конститутивных элементов обычного международного права[680]. В нем содержатся общие руководящие указания для процесса определения существования нормы обычного международного права и ее содержания на основе различных свидетельств, имеющихся на момент оценки, что отражает как необходимость системного и тщательного анализа, так и динамичный характер обычного международного права как источника международного права.

---

676 Такой подход, по всей видимости, был применен в деле *О целлюлозных заводах на реке Уругвай* (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14, at pp. 55−56, para. 101).

677 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 624, at p. 674, para. 139.

678 См. также выводы по результатам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник… 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 251 1).

679 См. проект вывода 3 ниже.

680 Термин «свидетельство» используется здесь как широкое понятие, касающееся всех материалов, которые могут рассматриваться в качестве основы для выявления обычного международного права, а не в каком-либо техническом смысле, используемом отдельными судами или в отдельных правовых системах.

2) В пункте 1 излагается глобальный принцип, который лежит в основе всех проектов выводов, а именно что оценка любых и всех имеющихся свидетельств должна быть тщательной и контекстуальной. Вопрос о наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (сопровождаемой opinio juris), должен тщательно исследоваться в каждом случае с учетом всех соответствующих обстоятельств[681]. Такой анализ не только увеличивает авторитетность какого-либо конкретного решения, но также позволяет с необходимой гибкостью применять двухэлементный подход во всех областях международного права.

3) Требование принимать во внимание общий контекст отражает необходимость применения двухэлементного подхода с учетом предметной области, которую возможно существующая норма предположительно регулирует. Это требует принятия во внимание в каждом случае любых основополагающих принципов международного права, которые могут быть применимы к данному вопросу[682]. Кроме того, тип рассматриваемых свидетельств (и рассмотрение их наличия или отсутствия) зависит от ситуации, и некоторые виды практики и свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут в том или ином контексте иметь особую значимость. Например, в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд пришел к выводу о том, что:

> «[в] данном контексте источниками особо значимой практики государств являются решения национальных судов, рассматривавших вопрос о наличии иммунитета у иностранного государства, законодательство тех государств, которые ввели в действие положения об иммунитете, ссылки на иммунитет, которые делались государствами в иностранных судах, и заявления, сделанные государствами сначала в ходе активного изучения этого предмета Комиссией международного права, а затем в контексте принятия Конвенции Организации Объединенных Наций [о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности]. Opinio juris в данном контексте находит свое отражение, в частности, в заявлениях государств, ссылающихся на свой иммунитет и утверждающих, что они обладают таким иммунитетом от юрисдикции других государств в соответствии с международным правом; в признании государствами, предоставляющими иммунитет, того факта, что делать это их обязывает международное право; а также в притязаниях государств на право осуществлять юрисдикцию в отношении иностранных государств в иных случаях»[683].

---

681 См. также *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), Dissenting Opinion of Judge Tanaka at p. 175 («Решение о том, существуют ли эти два фактора в процессе формирования нормы обычного права или нет, − это деликатный и сложный вопрос. Повторение, число примеров государственной практики, продолжительность времени, необходимого для формирования обычного права, нельзя определить математически и единообразно. Каждый факт должен оцениваться относительно, с учетом различных случаев и обстоятельств»); *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Court of Appeal of England and Wales, [2018] EWCA Civ 1719 (19 July 2018), para. 19 («выявление обычного международного права требует исчерпывающего и тщательного анализа широкого круга свидетельств»).

682 В деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд пришел к выводу о том, что норма обычного права об иммунитете государства вытекает из принципа суверенного равенства государств и в этом контексте ее следует рассматривать вместе с принципом, согласно которому каждое государство обладает суверенитетом над своей собственной территорией, и что из этого суверенитета вытекает юрисдикция государства над событиями и лицами на этой территории (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 123−124, para. 57). См. также *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (сноска 667 выше), Separate Opinion of Judge Donoghue (пп. 3−10). Кроме того, было пояснено, что «норма международного права, будь то обычное или договорное право, действует не в вакууме; она действует в связи с фактами и в контексте более широкой нормативно-правовой базы, а сама такая норма является лишь частью этой базы» (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, p. 73, at p. 76, para. 10).

683 *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 123, para. 55. В деле *О судоходных и смежных правах*, когда возник вопрос о том, превратилась ли давно

4) Характер нормы, о которой идет речь, также может иметь значение при оценке свидетельств, позволяющих выяснить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая opinio juris). В частности, в случаях запретительных норм порой бывает трудно найти примеры активной практики государств (в отличие от бездействия[684]); в случаях, связанных с такими нормами, скорее всего, будет проводиться анализ того, признано ли в качестве правовой нормы бездействие.

5) С учетом того что поведение может быть сопряжено с неясностями, в пункте 1 далее отмечена необходимость учитывать конкретные обстоятельства, в которых можно найти какие-либо свидетельства; только тогда им может быть придан надлежащий вес. Например, в деле *О правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко* Международный Суд, стремясь установить наличие нормы (партикулярного) обычного международного права, заявил:

> «В дипломатической переписке можно обнаружить отдельные выражения, которые, если их рассматривать вне контекста, могли бы быть восприняты как признание притязаний Соединенных Штатов на осуществление консульской юрисдикции или иных капитуляционных прав. С другой стороны, Суд не может игнорировать общую тональность переписки, которая свидетельствует о том, что Франция и Соединенные Штаты во все времена стремились к урегулированию на основе взаимного согласия и что ни одна из сторон не намеревалась отказаться от своей правовой позиции»[685].

Аналогичным образом, при рассмотрении законодательства в качестве практики фактический текст иногда может уступать по значимости его толкованию и применению. Решения национальных судов будут иметь меньшее значение в случае их отмены законодательным органом или их неисполнения из-за опасений по поводу их совместимости с международным правом. Заявления, сделанные мимоходом или под давлением обстоятельств, как правило, будут иметь меньший вес, чем те, которые были тщательно обдуманы; заявления младших должностных лиц могут иметь меньший вес, чем заявления высокопоставленных членов правительства. Значение отсутствия возражений со стороны того или иного государства будет зависеть от всех обстоятельств, но может быть особенно важным в тех случаях, когда были приняты конкретные меры, в которых это государство отдает себе отчет и которые оказывают непосредственное негативное влияние на его интересы. Практика государства, которая идет вразрез с его четкими интересами или влечет за собой значительные издержки для него, с большей вероятностью отражает признание в качестве правовой нормы.

установившаяся практика рыболовства для собственного потребления (признанная обеими сторонами дела) в норму (партикулярного) международного обычного права, Международный Суд отметил: «Эта практика по своей природе, особенно с учетом удаленности, малочисленности населения и малонаселенности этой территории, вряд ли зафиксирована каким-либо формальным образом в официальных документах. По мнению Суда, особое значение имеет тот факт, что Никарагуа не отрицала наличия права, которое возникает из практики, существовавшей без помех и не оспариваемой в течение длительного времени» (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at pp. 265−266, para. 141). Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии отметила трудности, связанные с наблюдением за практикой государств на поле боя: *Prosecutor v. Tadić, Case IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995*, para. 99.

684 По поводу бездействия как формы практики см. проект вывода 6 и пункт 3) комментария к нему.

685 *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200.

6) В пункте 2 говорится о том, что для определения существования и содержания той или иной нормы обычного международного права должно быть установлено присутствие каждого из двух конститутивных элементов, и поясняется, что это требует оценки свидетельств для каждого элемента. Иными словами, в то время как практика и признание в качестве правовой нормы (opinio juris) в совокупности обеспечивают информацию, необходимую для выявления обычного международного права, требуется проводить два отдельных исследования. Конститутивные элементы могут быть связаны между собой де-факто (в том смысле, что практика может сопровождаться определенной мотивацией), однако каждый из элементов концептуально отличается для целей выявления нормы международного обычного права.

7) Несмотря на то что обычное международное право проявляется в тех случаях, когда поведение сопровождается opinio juris, акты, из которых состоит соответствующая практика, как таковые не являются свидетельствами признания в качестве правовой нормы (opinio juris). Более того, признание в качестве правовой нормы (opinio juris) следует искать в отношении не только участвующих в практике, но и тех, кто имеет возможность на нее отреагировать[686]. Таким образом, из соответствующей практики нельзя сделать простого вывода о признании в качестве правовой нормы; по словам Международного Суда, «действия или согласие действовать определенным образом сами по себе не свидетельствуют о чем-либо, носящем юридический характер»[687].

8) В пункте 2 подчеркивается, что вывод о наличии одного элемента нельзя сделать только лишь на основании существования другого и что для каждого из них должно проводиться отдельное исследование. Тем не менее этот пункт не исключает возможности использования одних и тех же материалов для выяснения того, имеется ли практика и признается ли такая практика в качестве правовой нормы (opinio juris). Например, решение национального суда может представлять собой релевантную практику, а также указывать на то, что его итоги обязательны в соответствии с обычным международным правом. Аналогичным образом, представленный государством официальный доклад может являться практикой (или содержать информацию о практике государства), а также свидетельствовать о правовых соображениях, лежащих в ее основе. При этом важным моментом остается то, что этот материал должен быть рассмотрен в рамках двух отдельных исследований, с тем чтобы удостовериться в наличии практики и в ее признании в качестве правовой нормы.

9) В то время как при выявлении нормы обычного международного права существование всеобщей практики зачастую является первоначальным фактором, который следует рассматривать, а исследование на предмет признания такой всеобщей практики в качестве правовой нормы проводится лишь после этого, такой порядок не является обязательным. Таким образом, выявление нормы обычного международного права может также начинаться с оценки письменного текста, предположительно выражающего определенное правоубеждение, а уже затем будет сделана попытка установить существование соответствующей всеобщей практики.

---

686 См. также пункт 5) комментария к проекту вывода 9 ниже.

687 *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 76. В решении по делу *Лотуса* Постоянная палата международного правосудия аналогичным образом заявила: «Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно для того, чтобы доказать фактическое наличие предполагаемого обстоятельства… это свидетельствовало бы лишь о том, что в своей практике государства нередко воздерживались от возбуждения уголовных дел, а не о признании ими своей обязанности так поступать; ведь говорить о международном обычае можно было бы только в том случае, если такое воздержание основывалось бы на осознании ими своей обязанности воздержаться. Предполагаемый факт не позволяет сделать вывод о том, что государства осознают наличие такой обязанности» (*The Case of the S.S. «Lotus», P.C.I.J., Series A*, № 10 (1927), p. 28). См. также пункт 2 проекта вывода 9 ниже.

Часть третья
Всеобщая практика

Как указано в проекте вывода 2 выше, необходимым условием для выявления нормы обычного международного права является выяснение как наличия всеобщей практики, так и признания такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris). В третьей части содержатся более подробные указания в отношении первого из этих двух конститутивных элементов обычного международного права − «всеобщей практики». Также известный как «материальный» или «объективный» элемент[688], он относится к тем случаям поведения, которые (если они сопровождаются признанием в качестве правовой нормы) создают или выражают обычное международное право. При оценке того, действительно ли существует всеобщая практика, следует учитывать ряд факторов.

Вывод 4
Требование наличия практики

1. Требование наличия всеобщей практики, как конститутивный элемент обычного международного права, прежде всего относится к практике государств, которая способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

2. В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

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

Комментарий

1) В проекте вывода 4 указывается, чью практику следует принимать во внимание при определении существования и содержания норм обычного международного права.

2) В пункте 1 разъясняется, что при определении существования и содержания норм обычного международного права в первую очередь следует рассматривать именно практику государств: материальный элемент обычного международного права действительно нередко называют «практикой государств»[689]. Будучи основными субъектами международной правовой системы, обладающими общей компетенцией, государства играют ведущую роль в формировании обычного международного права, и при его выявлении в первую очередь должна рассматриваться именно их практика. Более того, во многих случаях только практика государств релевантна для определения существования и содержания норм обычного международного права. Как постановил Международный Суд в решении по делу *О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа*, для того чтобы «рассмотреть вопрос о том, какие нормы обычного международного права применимы по отношению к настоящему спору, он должен рассмотреть вопрос о практике и opinio juris государств»[690].

---

688 Иногда она называется также «узус», однако это может привести к путанице с «простым обыкновением или простой привычкой», которые следует отличать от обычного международного права: см. проект вывода 9, пункт 2, ниже.

689 Практика государств выполняет другие важные функции в области международного публичного права, в том числе в отношении толкования договоров, однако эти функции не входят в сферу применения настоящих проектов выводов.

690 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 97, para. 183. В решении по делу *О континентальном шельфе (Ливийская Арабская Джамахирия/Мальта)* Суд аналогичным образом постановил: «Бесспорно, что массив международного обычного права должен анализироваться в первую очередь в рамках реальной практики и opinio juris государств...» (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta*)

3) Слова «прежде всего» служат двойной цели. Помимо того, что они подчеркивают первичную роль практики государств в формировании и выражении норм обычного международного права, они отсылают читателя к другой практике, которая в некоторых случаях вносит вклад в формирование или выражение норм обычного международного права и которая является предметом пункта 2.

4) В пункте 2 указано, что «[в] некоторых случаях» практика международных организаций также способствует формированию и выражению норм обычного международного права[691]. Хотя международные организации нередко действуют в качестве форумов или катализаторов практики государств, в этом пункте речь идет о практике, приписываемой самим международным организациям, а не о практике государств, действующих в их рамках или в связи с ними (которая приписывается соответствующим государствам)[692]. В тех случаях, когда практика самих международных организаций является релевантной (как описано ниже), ссылки на практику государств в проектах выводов и комментариях следует понимать как включающие, mutatis mutandis, практику международных организаций.

5) Международные организации отличаются от государств[693]. Они представляют собой структуры, созданные и уполномоченные государствами (или государствами и/или другими международными организациями) для выполнения определенных функций, для чего они обладают международной правосубъектностью, т. е. они имеют свои собственные права и обязательства в соответствии с международным правом. Практика международных организаций в международных отношениях[694] (если она сопровождается opinio juris) может считаться практикой, которая порождает нормы обычного международного права или свидетельствует о них, но только такие нормы, a) чей предмет охвачен мандатом этих организаций и/или b) которые предназначены именно для этих организаций (например, нормы в отношении их международной ответственности или в отношении договоров, чьими сторонами могут быть международные организации). Слова «в некоторых случаях» в пункте 2 действительно служат для указания на то, что практика международных организаций не является релевантной для выявления всех норм обычного международного права, и, далее, что релевантной может быть практика лишь некоторых, а не всех международных организаций.

(см. сноску 672 выше), at p. 29, para. 27); а в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Суд вновь подтвердил, что из «практики государств вытекает обычное международное право» (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 143, para. 101).

691 Термин «международные организации» в настоящих проектах выводов относится к организациям, которые учреждаются на основании документов, регулируемых международным правом, обычно договоров, и обладают собственной международной правосубъектностью. Этот термин не включает неправительственные организации.

692 См. проекты выводов 6, 10 и 12 ниже, которые, среди прочего, относятся к практике и признанию в качестве правовой нормы государств в рамках международных организаций.

693 См. также проекты статей об ответственности международных организаций, принятые Комиссией в 2011 году, общий комментарий, пункт 7): «Международные организации сильно отличаются от государств и, кроме того, очень разнообразны сами по себе. В отличие от государств они не обладают общей компетенцией и создаются для выполнения конкретных функций («принцип специализации»). «Между международными организациями существуют очень большие различия с точки зрения полномочий и функций, членского состава, отношений между организацией и ее членами, процедур обсуждения вопросов, структуры и средств, а также первичных норм, включая договорные обязательства, которыми они связаны» (*Ежегодник… 2011 год*, т. II (часть вторая), с. 47 англ. текста). См. также *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 178 («В любой правовой системе субъекты права отнюдь не обязательно должны быть идентичны по своему характеру или по объему своих прав»).

694 «Установившаяся практика» организации (т. е. практика, формирующая часть правил организации по смыслу пункта 1 j) статьи 2 Венской конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями) не входит в сферу настоящих выводов.

6) В этом контексте практика, относящаяся к пункту 2, возникает наиболее явно в тех случаях, когда государства-члены передали исключительную компетенцию международной организации, с тем чтобы последняя исполняла некоторые государственные полномочия своих государств-членов, и, соответственно, практика этой организации может быть приравнена к практике этих государств. Это происходит в случае определенных полномочий Европейского союза. Практика в рамках пункта 2 может также возникать, когда государства-члены не передавали исключительную компетенцию, но при этом наделили международную организацию компетенцией, функционально эквивалентной полномочиям, осуществляемым государствами. Таким образом, практика международных организаций, когда они заключают договоры, выполняют функции депозитариев договоров, осуществляют развертывание вооруженных сил (например, для операций по поддержанию мира), осуществляют управление территориями или определяют объем привилегий и иммунитетов соответствующей организации и ее должностных лиц, может способствовать формированию или выражению норм обычного международного права в этих областях[695].

7) В то же время следует проявлять осторожность при оценке весомости практики международной организации в рамках всеобщей практики. Международные организации значительно отличаются друг от друга, причем не только по своим полномочиям, но и по своему членскому составу и своим функциям. Как правило, чем более непосредственно действует международная организация от имени своих государств-членов или с их одобрения и чем больше таких государств-членов, тем больший вес может иметь эта организация в отношении формирования или выражения норм обычного международного права. К числу других факторов, которые, возможно, следует учитывать при оценке практики, относятся: характер организации; характер органа, поведение которого находится на рассмотрении; является ли это поведение ultra vires соответствующей организации или органа; и согласуется ли это поведение с поведением государств − членов организации.

8) В пункте 3 четко говорится о том, что поведение субъектов, иных, чем государства и международные организации − например, неправительственных организаций (НПО) и частных лиц, а также транснациональных корпораций и негосударственных вооруженных групп, − не создает и не выражает обычное международное право. Их поведение как таковое не способствует формированию или выражению норм обычного международного права и не может служить в качестве прямого (первичного) свидетельства существования и содержания таких норм. В этом пункте признается, однако, что такое поведение может сыграть косвенную роль в определении норм обычного международного права путем поощрения или фиксирования практики государств и международных организаций и признания практики в качестве нормы права (opinio juris)[696]. Например, действия частных лиц иногда могут быть релевантны для формирования или выражения норм обычного

[695] В этом смысле в стандартных положениях и условиях Европейского банка реконструкции и развития, касающихся кредитных и гарантийных соглашений и других соглашений о финансировании, а также в общих условиях Азиатского банка инфраструктурных инвестиций, касающихся суверенных займов, признается, что источниками международного публичного права в случае споров между Банком и стороной соглашения о финансировании могут быть, в числе прочего, «…формы международного обычая, включая практику государств *и международных финансовых институтов*, которая является столь общей, последовательной и давно закрепившейся, что ее существование привело к появлению правовых обязательств» (European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 December 2012), Sect. 8.04(b)(vi)(C); Asian Infrastructure Investment Bank, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1 May 2016), Sect. 7.04(vii)(c) (курсив добавлен)).

[696] В последнем качестве результаты их деятельности могут относиться к проекту вывода 14 ниже. Комиссия рассмотрела аналогичный момент в отношении практики «негосударственных субъектов» в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»: см. проект вывода 5, пункт 2, принятый во втором чтении в рамках этой темы (см. главу IV выше).

международного права, но только в той степени, в которой государства их одобрили или отреагировали на них[697].

9) Официальные заявления Международного комитета Красного Креста (МККК), такие как призывы и меморандумы по поводу соблюдения международного гуманитарного права, могут аналогичным образом играть важную роль в формировании практики государств, реагирующих на такие заявления; и публикации МККК могут помочь в выявлении соответствующей практики. Таким образом, такая деятельность может способствовать развитию и определению обычного международного права, но она не является практикой как таковая[698].

Вывод 5
Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.

Комментарий

1) Несмотря на то, что в своих международных отношениях государства чаще всего действуют через органы исполнительной власти, проект вывода 5 поясняет, что государственная практика включает любое поведение государства независимо от затронутой ветви власти и соответствующих функций. В соответствии с принципом единства государства это включает поведение любого органа государства, входящего в его систему и действующего в этом качестве, в порядке осуществления исполнительных, законодательных, судебных или «других» функций, таких как коммерческая деятельность или административное руководство частным сектором.

2) Для того чтобы считаться практикой государства, соответствующее поведение должно «исходить от государства». Поведение любого органа государства следует рассматривать как поведение этого государства независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центрального правительства или территориальным подразделением государства. Орган включает любое лицо или любое образование, которое имеет такой статус в соответствии с внутренним правом соответствующего государства; поведение лица или образования, иным образом уполномоченного правом этого государства осуществлять элементы правительственной власти, также является поведением, «исходящим от государства», при условии, что в данном случае это лицо или образование действует в этом качестве[699].

3) Релевантная практика государств не ограничивается поведением по отношению к другим государствам или другим субъектам международного права; поведение в рамках государства, такое как обращение государства с его собственными гражданами, может также относиться к вопросам международного права.

4) Практика государств может быть практикой одного государства или двух или более государств, действующих сообща. Примеры практики второго вида могут включать совместные действия ряда государств, осуществляющих патрулирование в целях борьбы с пиратством в открытом море или сотрудничество в запуске спутника

---

697 См., например, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265–266, para. 141.

698 Это не наносит ущерба значимости действий МККК при осуществлении конкретных функций, возложенных на него, в частности в соответствии с Женевскими конвенциями о защите жертв войны от 12 августа 1949 года.

699 См. статьи 4 и 5 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение. Принятые Комиссией проекты статей и комментарии к ним см. *Ежегодник… 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 76–77.

на орбиту. Такие совместные действия следует отличать от действий международных организаций[700].

5) Для того чтобы внести свой вклад в формирование и выявление норм обычного международного права, практика должна быть известной другим государствам (вне зависимости от того, является ли она общедоступной)[701]. Действительно, трудно представить, каким образом конфиденциальный характер поведения какого-либо государства мог бы служить такой цели, если только и до тех пор, пока он не стал известен другим государствам.

Вывод 6
Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она включает в себя как материальные, так и вербальные акты. При определенных обстоятельствах она может включать в себя бездействие.

2. Формы практики государств включают в себя, не ограничиваясь только этим: дипломатические акты и дипломатическую переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на земле»; законодательные и административные акты; и решения национальных судов.

3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Комментарий

1) В проекте вывода 6 указываются формы поведения, которые охватываются термином «практика», с приведением их примеров и указанием, что никакая форма практики не имеет a priori примата над другой при выявлении обычного международного права. В нем делается ссылка на формы практики как эмпирически поддающиеся проверке факты и не проводится различия, для настоящих целей, между актом и его доказательством.

2) С учетом того что государства осуществляют свои полномочия различными способами, не ограничиваясь лишь узким набором действий, пункт 1 предусматривает, что практика может принимать самые различные формы. Хотя некоторые утверждают, что практикой для целей выявления норм обычного международного права может считаться лишь то, что государства «делают», а не «говорят», в настоящее время общепризнанно, что словесные действия (вне зависимости от того, письменные они или устные) могут также считаться практикой; действительно, иногда практика может состоять исключительно из вербальных актов, например дипломатических протестов.

3) Далее в пункте 1 ясно говорится о том, что бездействие может считаться практикой. При этом слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только преднамеренный отказ действовать может выполнять такую роль: соответствующее государство должно отдавать себе отчет относительно отказа действовать в конкретной ситуации, и нельзя исходить из простого предположения, что отказ действовать является намеренным. Примеры такого бездействия (которое иногда называется «негативная практика») могут включать отказ от возбуждения уголовного дела против иностранных государственных должностных лиц;

[700] См. также пункт 2 проекта вывода 4 выше и сопровождающий его комментарий.

[701] Или, в случае партикулярного обычного международного права, практика должна быть известна по крайней мере еще одному заинтересованному государству или группе государств (см. проект вывода 16 ниже).

воздержание от осуществления защиты некоторых натурализованных лиц; а также воздержание от применения силы[702].

4) В пункте 2 содержится перечень форм практики, которые зачастую оказываются полезными для выявления обычного международного права. Как подчеркивают слова «не ограничиваясь только этим», этот перечень не является исчерпывающим: с учетом неизбежности и темпов изменений, как политических, так и технологических, было бы непрактично составлять исчерпывающий перечень всех форм, которые может принимать практика[703]. Перечисленные формы практики являются лишь примерами, которые, кроме того, могут пересекаться (например, «дипломатические акты и корреспонденция» и «поведение исполнительной власти»).

5) Порядок, в котором формы практики перечислены в пункте 2, не претендует на значимость. Каждую из перечисленных форм следует толковать широко, с тем чтобы отразить многочисленные и разнообразные способы, с помощью которых государства действуют и реагируют. Например, выражение «поведение исполнительной власти» относится всеобъемлющим образом к любой форме действий исполнительной власти, в том числе указам исполнительной власти, постановлениям и другим мерам; официальным заявлениям на международном уровне или перед законодательным органом; а также к искам в национальных или международных судах и трибуналах. Выражение «законодательные и административные акты» аналогичным образом охватывает различные формы подзаконных актов, издаваемых органом государственной власти. Понятие «практическое поведение "на земле"» включает в себя правоприменение и конфискацию собственности, а также действия на поле боя или другую военную деятельность, такую как перемещение войск или судов или развертывание определенных видов оружия. Слова «поведение в связи с договорами» охватывают действия, касающиеся проведения переговоров и заключения договоров, а также их осуществления; путем заключения договора то или иное государство может принимать участие в практике в области, к которой относится соответствующий договор, такой как соглашения о делимитации морских границ или соглашения с принимающими странами. Ссылка на «поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции», также включает в себя действия государств, относящиеся к обсуждению, принятию и осуществлению резолюций, решений и других актов, принятых в международных организациях или на межправительственных конференциях независимо от их наименования, а также независимо от того, являются ли они юридически обязательными. Реальная значимость каких-либо из этих примеров форм практики для того или иного конкретного случая будет зависеть от конкретной нормы, находящейся на рассмотрении, и всех соответствующих обстоятельств[704].

6) Решения национальных судов на всех уровнях могут считаться практикой государств[705] (хотя и весьма вероятно, что больший вес будет придан решениям судов более высокой инстанции); решения, которые были отменены по какому-либо конкретному основанию, как правило, не считаются значимыми. Роль решений национальных судов в качестве формы практики государств следует отличать от их

---

[702] В качестве примеров см. *The Case of the S.S. «Lotus»* (см. сноску 687 выше), at p. 28; *Nottebohm Case (second phase), Judgment of 6 April, 1955, I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22; и *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 134−135, para. 77.

[703] См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник… 1950 год*, т. II (часть вторая), с. 368 англ. текста, п. 31; и документ A/CN.4/710: «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права: меморандум секретариата» (2018 год).

[704] См. пункт 3) комментария к проекту вывода 3 выше.

[705] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 131−135, paras. 72−77; и *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 24, para. 58. Термин «национальные суды» может также включать суды с международным элементом, действующие в рамках одной или нескольких национальных правовых систем, такие как суды или трибуналы смешанного состава на национальном и международном уровнях.

потенциальной роли в качестве «вспомогательного средства» для определения норм обычного международного права[706].

7) Пункт 2 применяется mutatis mutandis к формам практики международных организаций в тех случаях, когда в соответствии с пунктом 2 проекта вывода 4 выше такая практика способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

8) В пункте 3 поясняется, что никакая форма практики не имеет более высокой доказательной ценности, чем другие, в абстрактном плане. Но в отдельных случаях, как разъясняется в комментариях к проектам выводов 3 и 7 выше, различным формам (или проявлениям) практики, возможно, должен придаваться различный вес при их контекстуальной оценке.

Вывод 7
Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю доступную практику конкретного государства, которую следует оценивать в совокупности.

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

Комментарий

1) Проект вывода 7 касается оценки практики конкретного государства, с тем чтобы определить позицию этого государства в рамках оценки существования всеобщей практики (которая является предметом проекта вывода 8 ниже). Как ясно из двух пунктов проекта вывода 7, необходимо учитывать и оценивать в целом всю доступную практику соответствующего государства по соответствующему вопросу, включая ее последовательность.

2) Пункт 1 гласит, что, во-первых, в стремлении определить позицию конкретного государства по соответствующему вопросу следует учитывать всю доступную практику этого государства. Это означает, что рассматриваемая практика должна носить исчерпывающий характер (принимая во внимание ее доступность) и включать релевантную практику всех государственных органов и всю релевантную практику конкретного органа. В этом пункте также ясно говорится о том, что релевантная практика должна рассматриваться не изолированно, а в совокупности; и только после этого можно определять фактическую позицию государства.

3) Примером необходимости проведения оценки доступной практики «в совокупности» служит дело *О юрисдикционных иммунитетах государства*, где Международный Суд принял к сведению тот факт, что, в то время как Эллинский верховный суд постановил по одному из дел, что в соответствии с «территориальным принципом гражданского правонарушения» государственный иммунитет согласно обычному международному праву не распространяется на действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта, Греческий специальный верховный суд занял иную позицию; как и правительство Греции, отказавшееся осуществить решение Эллинского верховного суда и отстаивавшее эту позицию в Европейском суде по правам человека; и сам Эллинский верховный суд в более позднем решении. Оценка такой практики «в совокупности» привела Суд к выводу, «что государственная практика Греции, рассматриваемая в совокупности, фактически опровергает, а не подтверждает довод Италии» о том, что государственный иммунитет согласно

[706] См. проект вывода 13, пункт 2 ниже. Решения национальных судов могут также служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), в связи с чем см. проект вывода 10, пункт 2, ниже.

обычному международному праву не распространяется на действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта[707].

4) Пункт 2 прямо ссылается на ситуации, где имеется или предположительно имеется противоречивая практика конкретного государства. Как показано выше, это может иметь место в тех случаях, когда различные органы или ветви власти какого-либо государства придерживаются различной политики по одному и тому же вопросу или когда практика определенного органа меняется с течением времени. Если в подобных обстоятельствах практика государства в целом признается непоследовательной, вклад этого государства во «всеобщую практику» может быть сокращен.

5) Слова «может в зависимости от обстоятельств» в пункте 2 означают, что к такой оценке необходимо подходить с осторожностью и что из этого не следует, что во всех случаях будет непременно сделан один и тот же вывод. В деле *О рыболовстве*, например, Международный Суд постановил, что «не следует придавать слишком большого значения немногочисленным двусмысленностям и противоречиям, будь то реальным или кажущимся, в норвежской практике. Их можно легко понять, учитывая разнообразие фактов и условий, имевших место в течение длительного времени»[708]. Так, различия в практике нижестоящих и вышестоящих органов одного и того же государства вряд ли приведут к тому, что практике вышестоящего органа будет придаваться меньший вес. Практика органов центрального правительства, как правило, будет более значимой, чем практика составных частей федеративного государства или политических подразделений соответствующего государства. Практика исполнительной власти зачастую является наиболее релевантной в международном плане и, таким образом, имеет особое значение в связи с выявлением норм обычного международного права, хотя, возможно, необходимо принимать во внимание конституционное положение различных органов, о которых идет речь[709].

Вывод 8
Практика должна быть всеобщей

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

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

Комментарий

1) Проект вывода 8 касается требования о том, что практика должна быть всеобщей; в нем делается попытка определить суть этого требования и установить, какую аналитическую работу необходимо провести для проверки соответствия данному требованию в каком-либо конкретном случае.

2) В пункте 1 поясняется, что понятие всеобщности, отсылающее к совокупности примеров соблюдения предположительно существующей нормы обычного международного права, содержит в себе два требования. Во-первых, такая практика должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Во-вторых, такая практика должна быть последовательна. Как заявил Международный Суд в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, такая практика должна быть

[707] *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 134, para. 76, and p. 136, para. 83. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 98, para. 186.

[708] *Fisheries case, Judgment of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138.

[709] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), at p. 136, para. 83 (где Суд отметил, что, «согласно греческому законодательству», мнение, выраженное Специальным верховным судом, превалирует над мнением Эллинского верховного суда).

«одновременно обширной и практически единообразной»[710]: это должна быть «установившаяся практика»[711]. Как разъясняется ниже, ни для одного из этих требований нельзя установить абсолютный стандарт; пороговый уровень, которого необходимо достигнуть в целях соблюдения каждого требования, должен оцениваться с учетом контекста[712]. Вместе с тем в каждом случае эта практика должна носить такой характер, который отличается практически единообразным применением. Противоречивую или непоследовательную практику следует принимать во внимание при оценке того, можно ли сделать подобный вывод[713].

3) Требование о том, чтобы практика была «широко распространена и репрезентативна», не поддается точным формулировкам, поскольку от случая к случаю обстоятельства могут значительно разниться (например, частота возникновения обстоятельств, требующих каких-либо действий)[714]. Например, в случае дипломатических отношений, которые регулярно поддерживаются всеми государствами, такая практика может иметь широкое применение, в то время как в отношении некоторых других вопросов объем практики вполне может быть меньшим. Это отражается словом «достаточно», которое подразумевает, что необходимое число и распределение государств, следующих соответствующей практике (например, число практических примеров), нельзя определить абстрактно. Однако ясно, что всеобщего участия не требуется: демонстрировать факт следования такой практике всеми государствами нет необходимости. В число следующих практик государств следует включать те государства, которым представился случай или возможность применить предположительно существующую норму[715]. Важно, чтобы такие государства были репрезентативны, что необходимо оценивать в свете всех обстоятельств, включая различные интересы и/или различные географические регионы.

4) Таким образом, при оценке всеобщности следует учитывать такой необходимый фактор, как степень, в которой те государства, которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, или те, которых с наибольшей вероятностью затронет предположительно существующая норма («особо затрагиваемые государства»), принимали участие в практике[716]. В то время как во многих случаях все или практически все государства оказываются затронуты в одинаковой степени, совершенно очевидно, что было бы нецелесообразно выявлять, например, существование и содержание нормы обычного международного права о

---

710 *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74. Для описания требования всеобщности используется широкий набор терминов, в том числе Международным Судом, без каких бы то ни было смысловых различий между ними.

711 *Ibid.*, at p. 44, para. 77.

712 См. также проект вывода 3 выше.

713 Отклонения от предположительно существующей нормы могут свидетельствовать о том, что нормы не существует, или указывать в том числе на появившееся допустимое исключение обычно-правового характера; изменение прежней нормы; норму партикулярного обычного международного права; существование одного или нескольких настойчиво возражающих государств. Также может быть уместно посмотреть, когда именно имела место непоследовательная практика, в особенности проверить, не относится ли она к прошлому, после чего она стала последовательной.

714 См. также решение Федерального суда Австралии от 4 февраля 2016 года в деле *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, para. 37 («Мы не можем со всей ответственностью заявить, что невозможно доказать существование нормы международного обычного [права] на основе малого числа примеров практики государств. Мы с большей готовностью согласились бы с менее категоричным утверждением о том, что по мере уменьшения числа примеров практики государств эта задача усложняется»).

715 Таким образом, относительно небольшого числа государств, следующих той или иной практике, может в случае необходимости оказаться достаточно для того, чтобы такая практика, а также ответное бездействие других государств, всеобще признавались в качестве правой нормы (в сопровождении opinio juris).

716 Международный Суд заявил, что «необходимое условие будет заключаться в том, что в течение данного периода, сколь кратким бы он ни был, государственная практика, в том числе практика государств, интересы которых затронуты в особенности, должна была быть как обширной, так и практически единообразной», *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74.

навигации в морских зонах без учета практики соответствующих прибрежных государств и государств флага, или существование и содержание нормы об иностранных инвестициях без оценки практики государств-экспортеров капитала и государств, в которые направляются эти инвестиции. При этом необходимо ясно отдавать себе отчет в том, что термин «особо затрагиваемые государства» не должен пониматься как относящийся к относительной мощи государств.

5) Требование о последовательности практики указывает на невозможность говорить о существовании какой-либо всеобщей практики (и, следовательно, соответствующей нормы обычного международного права), если действия в этой сфере настолько различаются, что из них нельзя вывести какую-либо устойчивую модель поведения. Например, в деле *О рыболовстве* Международный Суд постановил, что, «хотя норма о десяти милях была принята некоторыми государствами... другие государства установили иную границу. Соответственно, норма о десяти милях не приобрела статуса общей нормы международного права»[717].

6) Разумеется, проводя анализ практики на предмет того, является ли она последовательной, важно рассматривать действительно сопоставимые примеры поведения, т. е. такие, в которых возникли одинаковые или схожие вопросы, чтобы такие примеры могли действительно служить надежным ориентиром. В деле *О судне «Лотос»* Постоянная палата международного правосудия сослалась на «прецеденты, имеющие близкое сходство с рассматриваемым делом, поскольку только прецеденты такого характера могут свидетельствовать о существовании общего принципа [международного обычного права], применимого к конкретному делу»[718].

7) В то же время полной последовательности практики государств не требуется. Соответствующая практика должна быть практически или в существенной степени единообразна; это означает, что некоторые несоответствия и противоречия не обязательно исключают возможность вывода о существовании «всеобщей практики». В деле *О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа* Международный Суд постановил:

> «Нельзя ожидать, что в практике государств применение норм, о которых идет речь, должно быть идеальным… Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно соответствовать этой норме. Суд считает, что для установления существования норм обычного права достаточно, чтобы поведение государств в целом соответствовало таким нормам»[719].

8) Если несоответствие принимает форму нарушения нормы, то и это не обязательно препятствует установлению факта существования общей практики. Это

---

[717] *Fisheries case* (см. сноску 708 выше), at p. 131. Одна из камер Суда в деле *О заливе Мэн* постановила, что в тех случаях, когда практика показывает, что «в конечном итоге каждый конкретный случай отличается от всех других... это исключает возможность возникновения условий, которые необходимы для формирования принципов и норм обычного права» (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (см. сноску 668 выше), at p. 290, para. 81). См. также, например, *Colombian-Peruvian asylum case* (сноска 674 выше), at p. 277 («Факты, приведенные в суде, свидетельствуют о такой неопределенности и противоречивости, о таких колебаниях и расхождениях в осуществлении дипломатического убежища... что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное обыкновение… в отношении предположительно существующей нормы об односторонней и окончательной квалификации правонарушения»); и *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, Advisory Opinion of 17 July 1965, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XVI (Sales № E/F.69.V.1), pp. 75−108, at p. 100 («Верно, что только постоянная практика, наблюдаемая де-факто и без каких-либо изменений, может представлять собой норму международного обычного права»).

[718] *The Case of the S.S. «Lotus»* (см. ссылку 687 выше), at p. 21. См. также *North Sea Continental Shelf* (ссылка 671 выше), at p. 45, para. 79; и *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case № SCSL-04-14-A, Judgment (Appeals Chamber) of 28 May 2008*, Special Court for Sierra Leone, para. 406.

[719] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 98, para. 186.

особенно справедливо, когда соответствующее государство отрицает нарушение или выражает поддержку этой нормы. Как отметил Международный Суд:

> «Случаи несоответствия поведения государств определенной норме в целом следует рассматривать как нарушение этой нормы, а не как знак признания новой нормы. Если государство действует таким образом, который prima facie несовместим с признанной нормой, но при этом защищает свое поведение ссылками на исключения или предлоги для ее несоблюдения, содержащиеся в самой этой норме, то вне зависимости от фактической оправданности такого поведения государства на этом основании такой подход скорее подтверждает, чем ослабляет данную норму»[720].

9) В пункте 2 содержится ссылка на временное измерение и разъясняется, что сравнительно небольшой период следования какой-либо всеобщей практике сам по себе не препятствует установлению существования нормы обычного международного права. Хотя за большой период времени практика может стать более широкой, следование всеобщей практике с незапамятных времен или же в течение значительного либо фиксированного срока не является обязательным условием существования обычной нормы[721]. Международный Суд подтвердил это в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, когда он установил, что «краткость прошедшего срока не является обязательно или сама по себе не является препятствием к образованию новой нормы обычного международного права»[722]. Однако этот пассаж ясно указывает на необходимость истечения некоторого периода времени, для того чтобы могла сложиться всеобщая практика; такого явления, как «моментальный обычай», не существует.

Часть четвертая
Признание в качестве правовой нормы (opinio juris)

Чтобы выявить норму обычного международного права, недостаточно только лишь установить, что некоторая практика последовательно соблюдается достаточно широким и репрезентативным числом государств. Часть четвертая касается второго конститутивного элемента обычного международного права, который иногда именуют «субъективной» или «психологической» составляющей, согласно которому в каждом случае необходимо также удостовериться в том, что государства признают обязательность данной практики в качестве правовой нормы (opinio juris).

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

1. Требование признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris), как конститутивный элемент обычного международного права, означает, что такая практика должна быть принята с осознанием юридического права или юридического обязательства.

2. Всеобщую практику, признаваемую в качестве правовой нормы (opinio juris), следует отличать от простого обыкновения или простой привычки.

Комментарий

1) Цель проекта вывода 9 заключается в определении характера и функции второй составляющей обычного международного права − признания в качестве правовой нормы (opinio juris).

---

720 Там же. См. также, например, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (сноска 675 выше), para. 51. То же самое справедливо для оценки конкретной практики государства: см. проект вывода 7 выше.

721 В таких областях, как, например, международное космическое право или морское право, развитие обычного международного права иногда происходило быстро.

722 *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74.

2) В пункте 1 поясняется, что признание в качестве правовой нормы (opinio juris), как конститутивный элемент обычного международного права, касается требования, согласно которому соответствующая практика должна осуществляться с осознанием юридического права или юридического обязательства, т. е. должна подкрепляться убеждением в том, что она допускается, требуется или запрещается обычным международным правом[723]. В каждом случае необходимо устанавливать, что государства действовали определенным образом, поскольку они исходили из мнения или убеждения, что на них лежит юридическая обязанность или они обладают юридическим правом так действовать в силу нормы обычного международного права: они должны были проводить эту практику исходя из того, что они имеют на это право, или подчиниться ей как обязательству. Как подчеркнул Международный Суд в решении по делу *О континентальном шельфе Северного моря*:

> «Соответствующие деяния должны не только отражать установившуюся практику, но и быть такими или осуществляться таким образом, чтобы это свидетельствовало об убежденности в том, что эта практика стала обязательной в результате существования нормы права, предписывающей ей следовать. Необходимость наличия такой убежденности, т. е. наличия субъективного элемента, заложена в самом понятии opinio juris sive necessitatis. Следовательно, затрагиваемые государства должны считать, что действуют с соблюдением правового обязательства»[724].

3) Признание в качестве правовой нормы (opinio juris) следует отличать от других, внеправовых мотивов действий, включая вежливость, политическую целесообразность или расчет; если практика, о которой идет речь, мотивирована только такими иными соображениями, норма обычного международного права здесь выявлена быть не может. Так, в деле *Об убежище* Международный Суд отказался признать существование нормы обычного международного права в тех случаях, когда не было доказано, что предполагаемые примеры практики, в частности:

> «демонстрировались государствами, предоставляющими убежище, как принадлежащее им право и уважались территориальными государствами как лежащая на них обязанность, а не просто по причине политической целесообразности. Судя по всему, именно расчет или политическая целесообразность были причинами, побуждавшими территориальное государство признать убежище, и это решение не было продиктовано каким бы то ни было ощущением наличия такого юридического обязательства»[725].

---

[723] Хотя признание определенной практики в качестве правовой нормы (opinio juris) часто описывается с точки зрения «осознания юридической обязанности», в проекте вывода 9 используется более широкая формулировка «с осознанием юридического права или юридического обязательства», поскольку по обычному международному праву у государств имеются как права, так и обязательства, и они могут действовать, исходя из убежденности в том, что они имеют право или обязательство. Проект вывода не свидетельствуют о том, что в случаях отсутствия запрета государству необходимо указывать на то или иное право для обоснования своих действий.

[724] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 77; см. также para. 76 (в котором содержится упоминание об условии, согласно которому государства должны «исходить из убеждения, что они применяют императивную норму обычного международного права»). Суд также напомнил, среди прочего, о «практике, свидетельствующей об убежденности в существовании своего рода общего правомочия государств» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 108, para. 206).

[725] *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at pp. 277 and 286. См. также *Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at p. 28 («Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно, чтобы доказать наличие предполагаемого обстоятельства как вопрос факта... это свидетельствовало бы лишь о том, что в своей практике государства нередко воздерживались от возбуждения уголовных дел, а не о признании ими своей обязанности так поступать; ведь говорить о международном обычае можно было бы только в том случае, если такое воздержание основывалось бы на осознании ими своей обязанности воздержаться. Предполагаемый факт не позволяет сделать вывод о том, что государства осознают наличие такой обязанности; с другой стороны… существуют иные обстоятельства,

4) Стремление соблюсти договорное обязательство как договорное обязательство, подобно стремлению соблюдать внутреннее законодательство, не является признанием в качестве правовой нормы для цели выявления норм обычного международного права: практика, которой следуют с таким намерением, сама по себе не позволяет сделать вывод о существовании нормы международного обычного права[726]. Государство может вполне признавать себя связанным неким обязательством как в силу обычного международного права, так и в силу договора, однако это еще требуется доказать. С другой стороны, когда государства действуют в соответствии с тем или иным положением договора, не являющимся для них обязательным, или опираются на договорные положения в отношениях с государствами, не являющимися участниками такого договора, то при отсутствии каких-либо разъяснений об обратном это может свидетельствовать о признании в качестве правовой нормы (opinio juris).

5) Признание в качестве правовой нормы (opinio juris) следует искать как со стороны государств, следующих соответствующей практике, так и со стороны тех, кто имеет возможность реагировать на нее, в отношении кого необходимо показать, что они трактуют эту практику как соответствующую обычному международному праву[727]. В констатации принятия (признания в качестве правовой нормы) предполагаемой нормы как нормы обычного международного права всеми государствами нет необходимости; требуется широкое и представительное признание при отсутствии возражений или лишь при незначительных возражениях[728].

6) В пункте 2 подчеркивается, что без признания в качестве правовой нормы (opinio juris) всеобщую практику нельзя считать порождающей или отражающей обычное международное право; это будет представлять собой лишь обыкновение или привычку. Иными словами, практика, которую государства, по их мнению, с точки зрения права могут соблюдать или не соблюдать по собственному выбору, не формирует и не отражает обычное международное право (если сама выявляемая норма не предусматривает возможность такого выбора)[729]. Не все систематически наблюдаемые примеры международного поведения имеют правовое значение:

которые должны показать, что верно обратное»); и *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at pp. 108−110, paras. 206−209.

[726] См., например, *North Sea Continental Shelf* (сноска 671 выше), at p. 43, para. 76. Особая трудность в связи с этим может возникнуть при попытке установить существование нормы обычного международного права в случаях практически универсального участия в каком-либо договоре, который не носит декларативного характера.

[727] См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 109, para. 207 («Поведение государств, предпринимающих такие действия, или других государств, имеющих возможность реагировать на них, должно было быть таково, чтобы «свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать» (цитата из решения по делу *О континентальном шельфе Северного моря*).

[728] Таким образом, в случае если мнения «членов международного сообщества сильно расходятся» в вопросе о том, сопровождается ли та или иная практика признанием в качестве правовой нормы (opinio juris), констатировать признание в качестве правовой нормы не представляется возможным: см. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at p. 254, para. 67.

[729] В деле *О праве прохода* Международный Суд отметил в отношении прохода вооруженных сил и вооруженной полиции следующее: «Практика неопровержимо показывает, что территориальный суверен может по своему усмотрению давать разрешение или отказывать в нем. Утверждается, что разрешение выдавалось во всех случаях, однако это никак не влияет на правовую позицию. Ничто в данном деле не указывает на то, что Британия или Индия были непременно должны дать такое разрешение в силу обязательства» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at pp. 42−43). В деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд, пытаясь определить содержание нормы обычного международного права, аналогичным образом установил, что, «хотя действительно случается, что иногда государства решают предоставить более широкий, чем этого требует международное право, иммунитет, для настоящих целей важно учесть, что предоставление иммунитета в таком случае не сопровождается необходимым opinio juris и, соответственно, не проливает света на вопрос, который в настоящее время находится на рассмотрении Суда» (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 123, para. 55).

например, такие дипломатические почести, как развертывание красной ковровой дорожки на церемонии встречи глав государств, не рассматриваются как обязанность в силу права и, таким образом, не могут порождать какого-либо юридического обязательства или права действовать соответствующим образом или подтверждать существование таких обязательства или права[730].

Вывод 10
Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут принимать самые различные формы.

2. Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) включают в себя, не ограничиваясь только этим: публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.

3. Отсутствие реакции в течение какого-то времени на практику может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали реакции.

Комментарий

1) Проект вывода 10 касается свидетельств, на основании которых может быть установлено признание той или иной практики в качестве правовой нормы (opinio juris). Он отражает тот факт, что о признании в качестве правовой нормы могут свидетельствовать различные проявления поведения государств, которые должны быть тщательным образом изучены, чтобы определить, насколько в том или ином конкретном деле они фактически отражают взгляды государства на нынешнее состояние обычного международного права.

2) В пункте 1 излагается общее положение о том, что признание в качестве правовой нормы (opinio juris) может принимать самые различные формы. Государства могут выразить свое признание (или отказ от признания) существования нормы обычного международного права многими способами. Поведение, свидетельствующее о признании предположительно существующей нормы в качестве нормы права, как это будет показано в следующем пункте, может выражаться в форме как заявлений, так и физических действий (а также бездействия), имеющих отношение к соответствующей практике.

3) В пункте 2 приводится неисчерпывающий перечень форм свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris), в том числе наиболее распространенных из них[731]. Такие формы свидетельства могут также указывать на отсутствие признания в качестве правовой нормы. Между формами свидетельства признания в качестве правовой нормы и формами практики государств имеются некоторые точки соприкосновения, о которых говорится в пункте 2 проекта вывода 6 выше[732]; в какой-то мере это отражает тот факт, что в некоторых случаях оба эти элемента могут быть обнаружены на примере одного и того же материала (но даже в

[730] Международный Суд отметил, что действительно «есть множество международных действий, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, но лишь из соображений вежливости, любезности или традиции, а не из какого бы то ни было чувства правовой обязанности» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 77).

[731] См. также документ A/CN.4/710: «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права: меморандум секретариата» (2018 год).

[732] Существуют также различия между перечнями, поскольку они призваны указать на основные примеры соответствующего конститутивного элемента.

этом случае их выявление требует отдельного анализа каждого примера)[733]. В любом случае заявления с большей вероятностью воплощают в себе правосознание государства и зачастую с большими основаниями могут считаться выражением признания в качестве правовой нормы (или, напротив, отказа от признания), чем примеры из практики.

4) Среди форм свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) прямое публичное заявление от имени государства, что данная практика допускается, запрещается или предусматривается обычным международным правом, является самым ясным указанием на то, что это государство избегает или следует такой практике (или же признает, что ей по праву следуют или избегают следовать другие) исходя из осознания своего юридического права или обязательства. Схожим образом последствия практики, соответствующей предположительно существующей норме, могут становиться недействительными вследствие одновременных с ней заявлений о том, что такой нормы не существует[734]. В любом случае такие заявления могут делаться, например: в ходе многосторонних переговоров; при внесении законопроектов на рассмотрение законодательного органа; в письменных и устных заявлениях в судах и трибуналах; в протестах, в которых действия других государств характеризуются как противоправные; в ответ на предложения о кодификации. Они могут делаться в индивидуальном порядке или совместно с другими.

5) Другие формы свидетельства, перечисленные в пункте 2, также могут быть большим подспорьем при выяснении правовой позиции государств в отношении некоторых видов практики. В частности, понятие «официальные публикации» охватывает документы, опубликованные от имени государства, такие как военные наставления и официальные карты, в которых может быть обнаружено признание в качестве правовой нормы (opinio juris). Кроме того, пролить свет на правовую позицию государства могут опубликованные заключения государственных юристов, если, конечно, государство не отказалось следовать их рекомендациям. Дипломатическая переписка может включать в себя, в частности, циркулярные письма в дипломатические представительства, например по вопросам о привилегиях и иммунитетах. Национальное законодательство, хотя оно по большей части и является продуктом политических решений, может стать ценным свидетельством признания в качестве правовой нормы, особенно если в нем особо оговаривается (например, в связи с принятием законодательства), что оно основано на обычном международном праве или вводит его в действие. Подобные заявления могут содержаться и в решениях национальных судов, излагающих свое мнение по вопросам международного права.

6) Многосторонние переговорные и дипломатические процессы могут послужить источником ценных и доступных свидетельств правоощущения государств в отношении содержания обычного международного права, что объясняет отсылку к «договорным положениям» и «поведению в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции». Потенциальный интерес их использования для выявления норм обычного международного права более подробно рассматривается в проектах выводов 11 и 12 ниже.

7) Пункт 2 применяется mutatis mutandis к формам свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) международных организаций.

8) В пункте 3 предусматривается, что при определенных условиях отсутствие реакции государств в течение разумного периода времени может также, если использовать формулировку Международного Суда в деле *О рыболовстве*, «[быть] свидетельствами того факта, что они не считали [определенную практику, которой следовали другие,] противоречащей международному праву»[735]. Терпимое отношение

[733] См. пункт 2 проекта вывода 3 выше.

[734] Иногда само практическое действие сопровождается прямым отрицанием правового обязательства, например когда государства выплачивают компенсацию ex gratia за ущерб, нанесенный иностранному дипломатическому имуществу.

[735] *Fisheries case* (см. сноску 708 выше), at p. 139. См. также *Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at p. 29 («Суд считает себя обязанным подчеркнуть тот факт, что затрагиваемые

к определенной практике также может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), когда оно последовательно встречается в примерах такой практики. Однако, для того чтобы отсутствие прямых возражений или протеста имело подобную доказательную ценность, в контексте обстоятельств каждого дела должны быть выполнены два требования, которые позволят убедиться в том, что подобное бездействие не вытекает из причин, не имеющих отношения к правомерности данной практики[736]. Во-первых, реакция на такую практику должна быть ожидаемой[737]: например, это может относиться к случаям, когда практика затрагивает − как правило, неблагоприятным образом − интересы или права государства, которое бездействует или отказывается на нее реагировать[738]. Во-вторых, упоминание государства, которое «имело возможность реагировать», означает, что соответствующему государству должно было быть известно о данной практике (что охватывает также такие обстоятельства, когда вследствие обнародования этой практики следует исходить из того, что она была известна государству) и что оно должно было иметь достаточно времени для действий и возможность действовать. В случае если государству не было известно об определенной практике или если нельзя было ожидать, что ему о ней известно, или же если у него еще не было достаточно времени для реакции, то бездействие не может быть отнесено на счет признания обоснованности (или разрешения) такой практики в силу обычного международного права. Государство может также предоставлять другие разъяснения в отношении своего бездействия.

Часть пятая
Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права

Комментарий

1) В процессе определения существования и содержания норм обычного международного права помимо первичных свидетельств предполагаемых примеров практики, признанной в качестве правовой нормы (подкрепляемой opinio juris), могут использоваться различные материалы. К таким материалам обычно относятся письменные тексты, касающиеся правовых вопросов, в частности договоры,

---

государства, по-видимому, не возражали против рассмотрения уголовных дел о столкновениях в судебных органах стран, отличающихся от государств флага, и не подавали протестов на этот счет: как представляется, такое их поведение не отличается существенным образом от их поведения во всех случаях юрисдикционных коллизий. Это напрямую опровергает существование молчаливого согласия государств на исключительную юрисдикцию государства флага, вывод о котором представитель французского правительства посчитал возможным сделать на том основании, что вопросы о юрисдикции в уголовных судах рассматриваются нечасто. Отсутствие протестов против осуществления уголовной юрисдикции итальянскими и бельгийскими судами со стороны французского правительства в деле *Ortigia-Oncle-Joseph* и правительства Германии в деле *Ekbatana-West-Hinder*, если бы они действительно считали, что речь идет о нарушении международного права, представляется крайне маловероятным и шло бы вразрез с международной практикой»); а также *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición, Case № 16.063/94, Judgment of 2 November 1995*, Supreme Court of Justice of Argentina, Vote of Judge Gustavo A. Bossert, at p. 40, para. 90.

[736] См. также в более широком контексте *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 27, para. 33.

[737] В другом контексте Международный Суд отметил, что «отсутствие реакции может быть приравнено к молчаливому согласию… А именно, молчание может также сказать о чем-то, но только в том случае, если поведение другого государства требует реакции» (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 12, at pp. 50−51, para. 121). См. также *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265−266, para. 141 («Для суда тот факт, что Никарагуа не отрицало существования права, вытекающего из практики, беспрепятственно осуществлявшейся и не вызывавшей никаких вопросов на протяжении весьма длительного периода, имеет особое значение»).

[738] Вполне возможно, что некоторые виды практики будут рассматриваться как затрагивающие все или почти все государства.

резолюции международных организаций и межправительственных конференций, судебные решения (как международных, так и национальных судов) и научные труды. Такие тексты могут помочь в сборе, обобщении или интерпретации практики, значимой для выявления обычного международного права, и могут содержать точные формулировки, помогающие в определении и изучении двух составляющих его элементов. Задача части пятой состоит в объяснении потенциальной значимости этих материалов и разъяснении того, что крайне важно тщательно изучать как содержание таких материалов, так и контекст, в рамках которого они создавались.

2) Сами по себе результаты работы Комиссии международного права заслуживают в этой связи особого рассмотрения. Как было признано Международным Судом и другими судами и трибуналами[739], определение Комиссии, подтверждающее существование и содержание нормы обычного международного права, может иметь особую ценность, как и вывод Комиссии о том, что такой нормы не существует. Это вытекает из уникального мандата Комиссии в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, заключающегося в содействии прогрессивному развитию международного права и его кодификации[740], тщательности процедур Комиссии (включая рассмотрение обширных исследований практики государств и opinio juris) и ее тесных отношений с Генеральной Ассамблеей и государствами (включая получение в ходе ее работы устных и письменных комментариев государств). Однако значимость, придаваемая определениям Комиссии, зависит от множества факторов, включая источники, на которых основывается Комиссия, этап ее работы и, в первую очередь, восприятие результатов ее работы государствами[741].

Вывод 11
Договоры

1. Норма, закрепленная в договоре, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что договорная норма:

a) кодифицировала норму обычного международного права, существовавшую во время заключения договора;

b) привела к кристаллизации нормы обычного международного права, которая начала возникать до заключения договора; или

c) положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (opinio juris), тем самым порождая новую норму обычного международного права.

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

739 См., например, *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 40, para. 51; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 10, at p. 56, para. 169; *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment (Appeals Chamber) of 13 December 2004*, International Criminal Tribunal for Rwanda, para. 518; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), *International Law Reports*, vol. 91, pp. 543−701, at p. 575; а также 2 BvR 1506/03, German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para. 47.

740 См. Положение о Комиссии международного права (1947), принятое Генеральной Ассамблеей в резолюции 174 (II) от 21 ноября 1947 года.

741 После того как Генеральная Ассамблея приняла меры в связи с каким-либо окончательным проектом Комиссии, например приложив его к какой-либо резолюции и рекомендуя его государствам, результаты работы Комиссии могут также рассматриваться в рамках проекта заключения 12 ниже.

Комментарий

1) Проект вывода 11 касается важности договоров для выявления обычного международного права. Проект вывода не затрагивает поведение в связи с договорами как форму практики, поскольку этот вопрос охвачен проектом вывода 6 выше, а также не касается напрямую процесса заключения договоров или проектов договорных положений, которые могут сами по себе давать начало практике государств и служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), как указано в проектах выводов 6 и 10 выше.

2) Несмотря на то, что договоры как таковые являются обязывающими только для их участников, они «могут играть важную роль в фиксировании и определении норм, вытекающих из обычая, или в реальном их развитии»[742]. Их положения (и процессы их принятия и применения) могут пролить свет на содержание обычного международного права[743]. Четко сформулированные договорные положения могут стать особенно полезными свидетельствами существования или содержания норм обычного международного права, если они признаются выражением таких правил. Тем не менее слова «может отражать» означают, что сами по себе договоры не могут создавать нормы обычного международного права или окончательно свидетельствовать об их существовании или содержании.

3) Число участников договора может быть важным фактором для определения того, отражают ли обычное международное право конкретные нормы, закрепленные в нем; договоры, которые получили почти всеобщее признание, могут рассматриваться как особо показательные в этом отношении[744]. Однако договоры, которые еще не вступили в силу или которые еще не достигли широкого участия, также могут быть значимыми в определенных обстоятельствах, особенно в тех случаях, когда они были приняты без противодействия или приняты подавляющим большинством государств[745]. В любом случае отношение государств, не являющихся участниками

---

742 *Continental Shelf* (см. сноску 672 выше), at pp. 29−30, para. 27 («Бесспорно, массив обычного международного права должен анализироваться в первую очередь в рамках реальной практики и opinio juris государств, даже если международные конвенции могут играть важную роль в фиксировании и определении норм, вытекающих из обычая, или в реальном их развитии»). В статье 38 Венской конвенции 1969 года говорится о возможности того, что «ничто никоим образом не препятствует какой-либо норме, содержащейся в договоре… стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковая».

743 См. *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), p. 128, para. 66; «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник…1950 год*, т. II (часть вторая), с. 368, п. 29 («нередки случаи, когда конвенционное формулирование практики некоторыми государствами также учитывается другими государствами в попытке установления существования той или иной нормы международного обычного права. Даже многосторонние конвенции, которые были подписаны, но не вступили в силу, часто рассматриваются как играющие определенную роль в качестве доказательства обычного международного права»).

744 См., например, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 July 2003, UNRIAA, vol. XXVI (Sales № E/F.06.V.7), pp. 73−114, at pp. 86−87, para. 31 («Несомненно, имеются важные, современные авторитетные подтверждения тезиса о том, что Женевские конвенции 1949 года в существенной степени стали выражением обычного международного права, и обе стороны данного дела с этим согласны. Сам по себе факт, что они получили почти всеобщее признание, подтверждает этот вывод» (сноска опущена)); и *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (см. сноску 675 выше) at paras. 17−20 (речь идет, в частности, о «широком признании, широчайшем признании всех международных конвенций», показывающем, что релевантные положения Конвенции о правах ребенка стали отражением обычного международного права).

745 См., например, *Continental Shelf* (сноска 672 выше) at p. 30, para. 27 («нельзя отрицать, что Конвенция 1982 года [по морскому праву − тогда она еще не вступила в силу] имеет огромное значение, она была принята подавляющим большинством государств; в связи с этим совершенно очевидно, что обязанность суда, даже независимо от ссылки на Конвенцию сторонами, рассмотреть вопрос о том, в какой степени любые ее соответствующие положения являются обязательными для сторон в качестве нормы обычного международного права»).

договора, ратифицированного большим числом государств, как на момент его заключения, так и впоследствии, также будет иметь значение.

4) В пункте 1 описаны три обстоятельства, при которых нормы, закрепленные в договоре, могут быть признаны отражающими обычное международное право, отличающиеся по времени, когда соответствующая норма обычного международного права сформировалась (или начала формироваться). Использование термина «норма, закрепленная в договоре» направлено на то, чтобы указать, что такая норма может не обязательно содержаться в одном договорном положении, а может отражаться в двух или нескольких положениях, взятых в совокупности[746]. Слова «если установлено, что» ясно дают понять, что удостовериться в том, что та или иная содержащаяся в договоре норма действительно соответствует предполагаемой норме обычного международного права, нельзя, просто исходя из текста договора: в каждом отдельном случае существование соответствующей нормы должно быть подтверждено практикой (вместе с ее признанием в качестве правовой нормы). Важно, чтобы можно было продемонстрировать, что государства осуществляют некую практику не (только) в связи с договорным обязательством, но и исходя из убежденности в том, что норма, закрепленная в договоре, является или стала нормой обычного международного права[747].

5) Подпункт a) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, выражает ранее существовавшую норму обычного международного права[748]. При выяснении, так ли именно обстоит дело в отношении предполагаемой нормы обычного международного права, следует сначала изучить текст договора, в котором может содержаться прямое указание по этому вопросу[749]. Тот факт, что оговорки к договорному положению прямо допускаются, может указывать на то, что соответствующее договорное положение не отражает обычное международное право, но не обязательно является определяющим[750]. Такие указания в тексте, однако, могут отсутствовать или могут относиться к договору в целом, а не какой-либо конкретной норме, содержащейся в нем[751]; в таком случае могут учитываться материалы

---

[746] Кроме того, отдельно взятое положение может лишь отчасти являться отражением обычного международного права.

[747] В делах *О континентальном шельфе Северного моря* это соображение привело к дисквалификации нескольких приведенных примеров практики государств (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para 76).

[748] См., например, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (сноска 663 выше), at pp. 46–47, para. 87.

[749] В Конвенции 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (United Nations, *Treaties Series*, vol. 78, № 1021, p. 277), например, стороны «*подтверждают*, что геноцид, независимо от того, совершается ли он в мирное время или во время войны, представляет собой преступление по международному праву» (статья 1) (курсив добавлен); а в Женевской конвенции 1958 года об открытом море содержится следующий пункт преамбулы: «*стремясь* к кодификации норм международного права, касающихся открытого моря» (*ibid.*, vol. 450, № 6465, at p. 82). Договор может также указывать на то, что он воплощает в себе прогрессивное развитие, а не кодификацию; в колумбийско-перуанском деле *Об убежище*, например, Международный Суд пришел к выводу о том, что в преамбуле к Конвенции Монтевидео о правах и обязанностях государств 1933 года (League of Nations, *Treaty Series*, vol. CLXV, № 3802, p. 19), в которой говорится, что она вносит изменения в предыдущую конвенцию (и ограниченное число государств, которые ратифицировали ее), противоречит доводу о том, что Конвенция «лишь кодифицирует принципы, которые уже были признаны… обычаем» (*Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at p. 277).

[750] См. также принятое Комиссией Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, руководящие положения 3.1.5.3 (Оговорки к положению, отражающему обычную норму) и 4.4.2 (Отсутствие последствий для прав и обязательств по обычному международному праву), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10 и Add.1).

[751] В Конвенции 1930 года, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве (League of Nations, *Treaty Series*, vol. CLXXIX, № 4137, p. 89), например, предусматривается, что: «Включение вышеупомянутых принципов и правил в указанную статью не может никоим образом считаться предвосхищающим решение вопроса о том, являются ли они или уже не являются частью международного права» (статья 18).

подготовительной работы (travaux préparatoires) над договором[752], включая любые заявления государств в ходе редакционного процесса, которые могут раскрыть намерение кодифицировать существующие нормы обычного международного права. Если будет установлено, что участвовавшие в переговорах государства действительно считали, что рассматриваемая норма является нормой обычного международного права, это было бы свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris) и имело бы тем больший вес, чем большим было число договаривающихся государств. При этом, однако, по-прежнему необходимо рассмотреть вопрос о том, поддерживается ли существование нормы обычного международного права (отличной от договорных обязательств) достаточно многочисленными и репрезентативными, а также последовательными примерами соответствующей практики. Это нужно потому, что тот факт, что стороны утверждают, что договор отражает существующее право, является не более чем одним свидетельством этого, и потому, что нормы обычного международного права, лежащие в основе текста договора, возможно, изменились или были заменены другими нормами за время, прошедшее с момента заключения договора. Иными словами, соответствующая практика должна подтвердить opinio juris или существовать в сочетании с opinio juris.

6) Подпункт b) касается случая, когда установлено, что всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris), сформировалась вокруг договорной нормы, разработанной на основе лишь ограниченной практики государств. Иными словами, договорная норма обобщила и дала дальнейшее определение нормы обычного международного права, которая только формировалась в то время, когда договор находился в процессе подготовки, вследствие чего позднее договорная норма стала отражать норму обычного международного права[753]. Здесь также, чтобы убедиться, что дело обстоит именно так, необходимо оценить, принята

В некоторых случаях присутствует общая ссылка как на кодификацию, так и на развитие: в Венской конвенции 1969 года, например, государства-участники в преамбуле выражают свою убежденность в том, что «кодификация и прогрессивное развитие права договоров [осуществляются] в настоящей Конвенции»; в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года (резолюция 59/38 Генеральной Ассамблеи от 2 декабря 2004 года) государства-участники в преамбуле считают, «что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права», и полагают, что Конвенция «будет способствовать кодификации и развитию международного права и согласованию практики в этой области». См. также *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* and *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah*, United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 62 (18 October 2017), para. 32.

752 В рамках дел *О континентальном шельфе Северного моря*, рассматривая вопрос о том, действительно ли статья 6 Конвенции 1958 года о континентальном шельфе (United Nations, *Treaty Series*, vol. 499, № 7302, p. 311) отражала обычное международное право во время подготовки Конвенции, Международный Суд постановил, что «[с]татус нормы Конвенции, следовательно, зависит в основном от процессов, которые привели к тому, что Комиссия [международного права] ее предложила. Эти процессы уже были рассмотрены в связи с утверждением Дании и Нидерландов об априорной необходимости равного отстояния [в делимитации морских пространств], и Суд считает этот обзор также достаточным для нынешних целей, с тем чтобы показать, что принцип равноудаленности, как он сейчас сформулирован в статье 6 Конвенции, был предложен Комиссией с довольно значительными сомнениями, отчасти на экспериментальной основе, и он воспринимался самое большее как de lege ferenda, но не как de lege lata или как новая норма обычного международного права. Это явно не то основание, на котором можно было бы утверждать, что статья 6 Конвенции отразила или кристаллизовала такую норму» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 38, para. 62). См. также *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), at pp. 138−139, para. 89.

753 Даже в тех случаях, когда какое-либо договорное положение в конечном итоге не удается согласовать, по-прежнему сохраняется возможность того, что обычное международное право сформируется позднее «через посредство практики государств на основе обсуждений и почти достигнутых соглашений на этой конференции [на которой проходили переговоры по договору]»: *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175, at pp. 191−192, para. 44.

ли формулировка договора в качестве права и действительно ли она поддерживается всеобщей практикой[754].

7) Подпункт c) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, породила новую норму обычного международного права[755]. Установление того, что этот процесс действительно имел место, требует тщательного анализа. Как пояснил Международный Суд в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, для того чтобы установить, что какая-либо норма, закрепленная в договоре, привела к формированию нормы обычного международного права:

> «[в]о-первых, необходимо, чтобы соответствующее положение в любом случае потенциально обладало нормообразующим характером, который может, рассматриваться как ведущий к формированию общей нормы права. …[Н]епременным требованием было бы условие того, что в течение этого периода времени, пусть даже непродолжительного, практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, должна быть обширной и практически единообразной в отношении задействуемого положения; и, более того, она должна [реализовываться] таким образом, чтобы свидетельствовать о наличии общего признания того, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве»[756].

Иными словами, должна иметь место всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (поддерживаемой opinio juris), «в отношении задействуемых положений». С учетом того, что совпадающее поведение сторон договора между собой может быть теоретически связано с договорным обязательством, а не с признанием данной нормы в качестве имеющей обязательную силу в соответствии с обычным международным правом, практика таких сторон в отношении государств, не являющихся участниками договора, и практика государств, не являющихся сторонами договора, в отношении сторон договора или между собой будет иметь особое значение.

8) Пункт 2 содержит предупреждение о том, что существование аналогичных положений в ряде двусторонних или других договоров, устанавливающих аналогичные права и обязанности для, вероятно, широкого круга государств, не обязательно означает, что в таких положениях отражены нормы обычного международного права. Хотя действительно может быть так, что такое повторение свидетельствует о существовании соответствующей нормы обычного

---

754 См., например, *Continental Shelf* (сноска 672 выше), at p. 33, para. 34 («По мнению Суда, неоспоримым является то, что …установление исключительной экономической зоны с ее нормой о праве в силу расстояния говорит о том, что *практика государств* стала частью обычного права» (курсив добавлен)).

755 Как подтвердил Международный Суд, «этот процесс, вне всякого сомнения, вполне возможен и время от времени происходит на самом деле: по существу, он представляет собой один из признанных путей, по которым могут формироваться новые нормы обычного международного права» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 41, para. 71). Один из часто цитируемых примеров – это Гаагские положения, содержащиеся в приложении к четвертой Гаагской конвенции 1907 года о законах и обычаях сухопутной войны: несмотря на то, что они были подготовлены в соответствии с Конвенцией, чтобы «пересмотреть общие законы и обычаи войны», существовавшие в то время (и, таким образом, не кодифицировали существующие нормы обычного международного права), они впоследствии стали рассматриваться как отражение обычного международного права (см. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 172, para. 89).

756 *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at pp. 41−43, paras. 72 and 74 (замечание в п. 71 о том, что «констатация достижения такого результата требует тщательного анализа»). См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 98, para. 184 («Когда два государства соглашаются включить ту или иную конкретную норму в договор, их согласия достаточно для того, чтобы сделать эту норму юридической и имеющей обязательную для них силу; однако в области обычного международного права общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в opinio juris государств подтверждается практикой»).

международного права (или порождает ее), это «в равной степени может быть доказательством противоположного» в том смысле, что государства заключают договоры также и в силу отсутствия какой-либо нормы или для того, чтобы отступить от существующей, но отличающейся нормы обычного международного права[757]. Здесь также необходимо выяснить, существуют ли примеры практики, признанной в качестве правовой нормы (поддерживаемой opinio juris), подтверждающей письменную норму.

Вывод 12
Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

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

2. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может служить свидетельством для установления существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.

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

Комментарий

1) Проект вывода 12 посвящен роли, которую резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, могут играть в процессе определения норм обычного международного права. В нем говорится, что, хотя такие резолюции сами по себе не могут ни представлять собой нормы обычного международного права, ни служить убедительным свидетельством их существования и содержания, они могут иметь ценность в качестве свидетельств существования или формирования права и могут вносить вклад в появление нормы обычного международного права[758].

2) Как и в проекте вывода 6, слово «резолюция» относится к резолюциям, решениям и другим актам, принятым международными организациями или на межправительственных конференциях, независимо от их наименования[759], а также независимо от того, носят ли они юридически обязывающий характер. Особое внимание в настоящем контексте следует уделить резолюциям Генеральной Ассамблеи − пленарного органа Организации Объединенных Наций с практически всеобщим участием, которые могут служить важным свидетельством коллективных мнений ее членов. Резолюции, принятые органами (или на конференциях) с более ограниченным составом участников, также могут иметь определенное значение, но их

[757] См. *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615, para. 90 («Факт, упомянутый Гвинеей, согласно которому различные международные соглашения, такие как соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонская конвенция, установили специальные юридические режимы, регулирующие вопрос о защите инвестиций, или что положения в этой связи, как правило, включаются в контракты, заключаемые непосредственно государствами и иностранными инвесторами, не является достаточным для демонстрации наличия изменения обычных норм дипломатической защиты; он в равной степени может свидетельствовать об обратном»).

[758] См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at pp. 254−255, para. 70; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, second interlocutory award, Award № ITL 59-129-3 of 27 March 1986, *International Law Reports*, vol. 84, pp. 483−592, at p. 526.

[759] Существует множество наименований, таких как «заявление» или «декларация принципов».

весомость в определении нормы обычного международного права, скорее всего, будет меньшей.

3) Хотя резолюции органов международных организаций (в отличие от резолюций межправительственных конференций) исходят, строго говоря, не от государств-членов, а от организации, в контексте настоящего проекта вывода важно то, что они могут отражать коллективное выражение мнений таких государств: когда эти резолюции преследуют цель (прямо или косвенно) затронуть правовые вопросы, они могут помочь получить представление о позиции государств-членов в отношении таких вопросов. Многое из того, что уже было сказано о договорах в связи с проектом вывода 11 выше, относится и к резолюциям; вместе с тем, в отличие от договоров, резолюции, как правило, не являются юридически обязывающими документами и, как правило, подвергаются менее тщательному юридическому анализу, чем тексты договоров. Как и договоры, резолюции не могут подменить собой задачу выяснения того, действительно ли имеет место всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris).

4) В пункте 1 четко устанавливается, что резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, не могут сами по себе составлять нормы обычного международного права. Иными словами, сам по себе факт принятия резолюции (или ряда резолюций) с целью заложить нормы обычного международного права не создает такого права: должно быть установлено, что норма, закрепленная в резолюции, действительно соответствует всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris). Такие резолюции сами по себе не порождают «мгновенно возникающего обычая»[760].

5) В пункте 2 подтверждается, что, во-первых, резолюции, тем не менее, могут помочь в определении норм обычного международного права, предоставляя свидетельства их существования и содержания. Слово «может» служит предостережением о том, что не все резолюции выполняют такую роль. Как отметил Международный Суд, резолюции, «даже если они не носят обязательного характера… при определенных обстоятельствах могут обеспечивать свидетельства, важные для установления факта наличия какой-либо нормы или появления opinio juris»[761]. Это особенно верно в тех случаях, когда резолюция по своей цели является декларацией о существовании нормы обычного международного права, и в этом случае она может служить свидетельством признания такой нормы в качестве права со стороны государств, поддержавших эту резолюцию. Другими словами, «[ф]акт согласия с текстами таких резолюций может пониматься как признание действительности провозглашенной в резолюции нормы или ряда норм»[762]. И напротив, голосование против, воздержание при голосовании или несогласное мнение, наряду с общими высказываниями и пояснениями позиции, могут свидетельствовать об отсутствии признания в качестве права.

6) Поскольку отношение государств к определенной резолюции (или какой-либо конкретной норме, закрепленной в резолюции), выраженное путем голосования или иным образом, зачастую мотивировано политическими или другими внеправовыми соображениями, выявление признания в качестве правовой нормы (opinio juris) на основе таких резолюций должно проводиться «с должной осторожностью»[763]. Этот смысл отражен в слове «может». В каждом случае требуется тщательная оценка различных факторов для того, чтобы проверить, действительно ли соответствующие государства намереваются признать существование какой-либо нормы

[760] См. также пункт 9) комментария к проекту вывода 8 выше.

[761] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 675 выше), at pp. 254−255, para. 70 (о резолюциях Генеральной Ассамблеи).

[762] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 100, para. 188. См. также *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Final Award of 24 March 1982, *International Law Reports*, vol. 66, pp. 518−627, at pp. 601−602, para. 143.

[763] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 99, para. 188.

международного обычного права. Как указал Международный Суд в деле *О законности угрозы ядерным оружием или его применении*, «необходимо проанализировать содержание и обстоятельства принятия [резолюции]; кроме того, необходимо рассмотреть вопрос о том, существует ли opinio juris на предмет ее нормативного характера. Или же серия резолюций может свидетельствовать о постепенной эволюции opinio juris, необходимой для создания новой нормы»[764]. Важные факторы могут включать в себя точную формулировку, ставшую отправной точкой для оценки правовой значимости резолюции; ссылку на международное право, а также употребление (или отказ от употребления) в тексте конкретных терминов, в том числе в преамбуле и постановляющей части[765]. Также значимыми являются дискуссии и переговоры, приведшие к принятию резолюции, и особенно объяснения мотивов голосования и аналогичные заявления, сделанные непосредственно до или после принятия резолюции[766]. Степень поддержки резолюции (которую можно определить по размеру большинства и случаям голосования против или воздержания от голосования) имеет решающее значение. Расхождения во мнениях, высказанных по различным аспектам резолюции, могут свидетельствовать о том, что всеобщего признания в качестве правовой нормы (opinio juris) не существует, по крайней мере, в отношении таких аспектов, а резолюции, при голосовании по которым имели место голоса «против» или воздержания, вряд ли можно рассматривать как отражающие нормы обычного международного права[767].

7) В пункте 2 также признается, что резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, даже если они сами по себе не имеют юридической силы, иногда могут играть важную роль в развитии обычного международного права. Это может иметь место в тех случаях, когда, как и в случае с договорами, резолюция (или ряд резолюций) служит источником и стимулом для появления всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (поддерживаемой opinio juris), соответствующей ее положениям, или в тех случаях, когда она кристаллизуется в качестве формирующейся нормы.

8) В пункте 3 четко определено, что положения резолюций, принятых международной организацией или на межправительственной конференции, не могут сами по себе служить убедительным свидетельством существования и содержания норм обычного международного права. Это вытекает из указания на то, что для подтверждения существования нормы opinio juris государств, о котором может свидетельствовать резолюция, должно подтверждаться практикой; таким образом, необходимы другие свидетельства, в частности, чтобы показать, подтверждается ли предполагаемая норма фактической практикой государств[768]. Положение резолюции

---

764 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 675 выше), at p. 255, para. 70.

765 В резолюции 96 (I) от 11 декабря 1946 года, например, Генеральная Ассамблея «*подтверждает*, что геноцид, с точки зрения международного права, является преступлением», и эта формулировка предполагает, что указанный пункт преследовал цель провозгласить существующую норму международного обычного права.

766 В рамках Генеральной Ассамблеи объяснения мотивов голосования часто приводятся после принятия резолюции в главном комитете, и в этом случае они обычно не повторяются на пленарном заседании.

767 См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at p. 255, para. 71 («несколько резолюций, рассматриваемых в настоящем деле, были приняты при существенном количестве голосов против и воздержавшихся; поэтому, хотя эти резолюции четко свидетельствуют о наличии глубокой озабоченности по поводу проблемы ядерного оружия, они по-прежнему не могут служить основанием для установления наличия opinio juris относительно неправомерности применения такого оружия»).

768 См., например, *KAING Guek Eav alias Duch, Case № 001/18−07−2007−ECCC/SC, Appeal Judgment*, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 194 («Декларация 1975 года по вопросу о пытках [резолюция 3452 (XXX) от 9 декабря 1975 года, Декларация о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания] является не имеющей обязательной силы резолюцией Генеральной Ассамблеи, и поэтому необходим больший массив доказательств для определения того, что определение пыток, которое в ней содержится, отражает обычное международное право в тот или иной соответствующий момент времени»).

не может служить свидетельством нормы обычного международного права в том случае, если практика отсутствует, является иной или непоследовательной.

Вывод 13
Решения судов и трибуналов

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

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

Комментарий

1) Проект вывода 13 касается роли решений судов и трибуналов, как международных, так и национальных, в качестве подспорья при выявлении норм обычного международного права. Следует напомнить, что решения национальных судов могут играть двойную роль в выявлении норм обычного международного права. С одной стороны, как показывают вышеприведенные проекты выводов 6 и 10, они могут считаться практикой государства суда, а также свидетельствами признания в качестве правовой нормы (opinio juris) государством суда. Проект вывода 13, с другой стороны, указывает на то, что такие решения могут также служить вспомогательным средством (moyen auxiliaire) определения норм обычного международного права, когда сами они касаются выявления существования и содержания таких норм.

2) Проект вывода 13 точно повторяет формулировку пункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, в соответствии с которым хотя судебные решения являются обязательными только для сторон дела, они являются «вспомогательным средством» при определении норм международного права, включая нормы обычного международного права. Термин «вспомогательное средство» обозначает собой вспомогательную роль таких решений при прояснении правовых положений, тогда как сами эти решения не являются источником международного права (каковым являются договоры, обычное международное право и общие принципы права). Использование термина «вспомогательное средство» не подразумевает и не должно подразумевать, что такие решения не важны для выявления обычного международного права.

3) Решения судов и трибуналов по вопросам международного права, в частности те решения, в которых рассматривается существование норм обычного международного права и такие нормы определяются и применяются, могут служить ценным руководством при определении наличия или отсутствия норм обычного международного права. Ценность таких решений, однако, значительно варьируется в зависимости как от качества обоснования (в том числе, прежде всего, степени, в которой оно основывается на тщательном изучении свидетельств предполагаемой всеобщей практики, признанной в качестве права), так и от восприятия этого решения, в частности государствами и в рамках последующего прецедентного права. В число других соображений могут, в зависимости от обстоятельств, входить характер суда или трибунала; размер большинства, в соответствии с которым было принято решение; и правила и процедуры, применяемые судом или трибуналом. Кроме того, не следует забывать о том, что судебные решения о состоянии обычного международного права не блокируют развитие права; нормы обычного международного права могли измениться со времени конкретного решения.

4) В пункте 1 говорится о «международных судах и трибуналах», и этот термин включает любой международный орган, осуществляющий судебные полномочия, который призван рассматривать нормы обычного международного права. Прямое упоминание Международного Суда, главного судебного органа Организации Объединенных Наций, Статут которого является неотъемлемой частью Устава Организации Объединенных Наций и члены которого избираются Генеральной

Ассамблеей и Советом Безопасности, является признанием важности его прецедентного права и его особого статуса в качестве единственного постоянного международного суда общей юрисдикции[769]. В дополнение к предшественнику Международного Суда, Постоянной палате международного правосудия, термин «международные суды и трибуналы» включает (помимо прочего) специализированные и региональные суды, такие как Международный трибунал по морскому праву, Международный уголовный суд и другие международные уголовные трибуналы, региональные суды по правам человека и Орган по разрешению споров Всемирной торговой организации. Он также включает межгосударственные арбитражи и другие арбитражные суды, применяющие нормы международного права. Навыки работы и широкий круг доказательств, которые, как правило, находятся в распоряжении международных судов и трибуналов, могут обеспечивать их решениям особую весомость с учетом соображений, упомянутых в предыдущем пункте.

5) Для целей настоящего проекта вывода термин «решения» включает в себя судебные решения и консультативные заключения, а также постановления по процедурным и процессуальным вопросам. Особые и несогласные мнения могут прояснить соответствующее решение и, возможно, могут охватывать вопросы, не затронутые в самом решении суда или трибунала; однако к ним нужно подходить с осторожностью, поскольку они отражают мнения конкретного судьи и могут затрагивать вопросы, не поддержанные данным судом или трибуналом.

6) Пункт 2 касается решений национальных судов (также именуемых внутренними или муниципальными судами)[770]. Различие между международными и национальными судами не всегда является четким; в настоящих проектах выводов термин «национальные суды» включает суды с международной структурой, действующие в рамках одной или нескольких национальных правовых систем, такие как гибридные суды и трибуналы со смешанным составом и смешанной национальной и международной юрисдикцией.

7) При использовании решений национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения норм обычного международного права требуется определенная осмотрительность[771]. Это отражено в разных формулировках пунктов 1 и 2, в частности в использовании слов «[в] соответствующих случаях могут приниматься во внимание» в пункте 2. Национальные суды функционируют в рамках конкретной правовой системы, которая может включать в себя международное право лишь определенным образом и в ограниченной степени. Их решения, возможно, отражают конкретную национальную позицию. В отличие от большинства международных судов, национальные суды иногда могут не иметь экспертных знаний в области международного права и, возможно, приняли свои решения без заслушивания аргументов со стороны государств[772].

---

769 Хотя не существует никакой иерархии международных судов и трибуналов, решения Международного Суда нередко рассматриваются в качестве авторитетного прецедента для других судов и трибуналов. См., например, *Jones et al. v. the United Kingdom*, Application nos. 34356/06 and 40528/06, European Court of Human Rights, ECHR 2014, para. 198; *M/V «SAIGA»* (№ 2) (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports* 1999, p. 10, at paras. 133−134; и *Japan − Taxes on Alcoholic Beverages*, WTO Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, sect. D.

770 В качестве решений национальных судов как вспомогательного средства для определения норм обычного международного права см., например, *Mohammed et al. v. Ministry of Defence*, United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 2 (17 January 2017), paras. 149−151 (Lord Mance).

771 См. также *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Supreme Court of Appeal of South Africa (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 March 2016), para. 74.

772 См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник… 1950 год*, т. II (часть вторая), с. 370 на англ. яз., п. 53.

Вывод 14
Доктрины

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

Комментарий

1) Проект вывода 14 касается роли доктрин (на французском языке «doctrine») при определении норм обычного международного права. Точно повторяя формулировку пункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, он предусматривает, что такие труды можно использовать в качестве вспомогательного средства (moyen auxiliaire) для определения норм обычного международного права, т. е. при установлении существования общей практики, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris). Термин «доктрины», которые часто также называют «трудами», следует понимать в широком смысле; они включают в себя и доктрины в неписьменной форме, такие как лекции и аудиовизуальные материалы.

2) Как и в случае с решениями судов и трибуналов, о которых говорится в проекте вывода 13 выше, сами по себе доктрины не являются источником международного права, но они могут использоваться в целях определения существования и содержания норм обычного международного права. Эта вспомогательная роль основывается на том, что доктрины могут обобщать и подытоживать практику государств, выявлять различия в практике государств и возможное отсутствие или развитие норм, а также давать оценку праву.

3) Используя письменные труды, необходимо проявлять осторожность, поскольку их ценность для определения существования нормы обычного международного права различается; это находит свое отражение в словах «могут служить». Во-первых, авторы иногда стремятся не просто зафиксировать состояние существующего права (lex lata), но и выступать за его развитие (lex ferenda). При этом они не всегда проводят (четкое) различие между существующим правом и правом, которого они бы хотели. Во-вторых, труды могут отражать национальные или иные индивидуальные мнения их авторов. В-третьих, они существенно отличаются друг от друга по своему качеству. Оценка авторитетности конкретного труда, таким образом, имеет очень важное значение; Верховный суд Соединенных Штатов Америки в деле *Paquete Habana* ссылался на:

> «труды юристов и исследователей, которые за годы работы, исследований и опыта особенно хорошо изучили предметы, являющиеся объектами их внимания. К таким трудам обращаются судебные трибуналы, причем не за гипотезами их авторов относительно того, каким бы право могло быть, а для установления надежных доказательств реального содержания права»[773].

4) Термин «специалисты», который взят из Статута Международного Суда, охватывает всех тех, чьи труды могут прояснить вопросы международного права. Хотя большинство из них обычно являются специалистами в области международного публичного права, специалисты в других областях права тоже не исключены. Ссылка на «наиболее квалифицированных специалистов» по публичному праву подчеркивает, что внимание следует уделять трудам авторов, наиболее авторитетных в соответствующей области. В конечном счете, однако, значение имеет именно качество конкретного труда, а не репутация автора; к числу факторов, которые следует учитывать в этой связи, относится подход, принятый автором с целью выявления обычного международного права, а также то, насколько его текст остается верным этому подходу. Ссылка на специалистов по публичному праву «различных наций» подчеркивает важное значение охвата, насколько это возможно, работ,

[773] *The Paquete Habana and The Lola*, US Supreme Court 175 US 677 (1900), at p. 700. См. также *The Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at pp. 26 and 31.

представляющих основные правовые системы и регионы мира и составленных на разных языках, при выявлении норм обычного международного права.

5) Результаты работы международных органов, участвующих в кодификации и развитии международного права, могут служить в этой связи полезным ресурсом[774]. Такие коллективные органы включают Институт международного права (Institut de droit international) и Ассоциацию международного права, а также международные экспертные органы в конкретных областях и из разных регионов. Ценность каждого результата необходимо тщательно оценивать с учетом мандата и специализации соответствующего органа, степени, в которой этот результат призван отразить существующее право, тщательности и объективности работы органа по конкретному вопросу, поддержки конкретного результата в рамках самого органа и восприятия данного результата государствами и другими сторонами.

Часть шестая
Настойчиво возражающее государство

Часть шестая содержит единственный проект вывода, касающийся нормы о настойчиво возражающем государстве.

Вывод 15
Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству пока оно продолжает возражать.

2. Возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и продолжаться настойчиво.

3. Данный проект вывода не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (jus cogens).

Комментарий

1) Нормы обычного международного права «в силу своего характера должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества и поэтому не дают ни одному из членов никакого права исключить себя из сферы их действия в одностороннем порядке и по своему усмотрению в своих собственных интересах»[775]. Тем не менее, когда государство, которое настойчиво возражало против *формирующейся* нормы обычного международного права и продолжает возражать против нее, когда эта норма уже сложилась, эта норма не может быть ему противопоставлена. Это иногда называют «нормой» или «доктриной» о настойчиво возражающем государстве, и она нередко возникает в связи с выявлением норм обычного международного права. Проект вывода призван передать тот факт, что ссылка на норму о настойчиво возражающем государстве регулируется строгими требованиями.

2) Настойчиво возражающее государство следует отличать от ситуации, когда возражение значительного числа государств против формирования новой нормы обычного международного права полностью препятствует появлению такой новой нормы (из-за отсутствия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы)[776].

---

[774] Об особом внимании, которое следует уделять результатам работы Комиссии международного права, говорится в пункте 2) общего комментария к настоящей части (часть пятая) выше.

[775] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at pp. 38−39, para. 63. Это относится к нормам «общего» обычного международного права в отличие от норм «партикулярного» обычного международного права (о которых говорится в проекте вывода 16 ниже).

[776] См., например, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46 (1978), Judgment of 13 December 1977, 2 BvM 1/76, № 32, pp. 342−404, at

3) Государство, возражающее против формирующейся нормы международного права путем ее оспаривания либо следования альтернативной практике, может занять одну из двух следующих позиций или же сразу обе из них: оно может пытаться не допустить закрепления этой нормы или пытаться обеспечить ее непротивопоставимость данному государству, если норма все же окончательно оформится. В качестве примера можно сослаться на противодействие некоторых государств формировавшейся на тот момент норме о недопустимости расширения территориальных вод за пределы 12 морских миль. Такие государства, возможно, не противодействовали бы закреплению всеобщей нормы о территориальном море шириной в три, четыре или шесть миль, однако в любом случае не были готовы к принудительному применению в их отношении нормы о территориальном море большей ширины[777]. Если установлено, что некая норма международного обычного права уже сложилась, то само возражающее государство должно будет закрепить свое право на использование статуса настойчиво возражающего государства.

4) Норма о настойчиво возражающем государстве часто задействуется и признается как в международном, так и во внутригосударственном прецедентном праве[778], равно как и в других контекстах[779]. Несмотря на расхождения во мнениях, норма о настойчиво возражающем государстве широко признается государствами и юристами, а также научными организациями, занимающимися международным правом[780].

5) В пункте 1 ясно говорится о том, что возражения должны были высказываться, пока соответствующая норма находилась в процессе формирования. Решающее значение имеет своевременность возражения: государство должно заявить о своем несогласии до того, как та или иная практика окончательно оформится в норму обычного международного права, и его позиция будет наиболее убедительной, если оно сделает это как можно раньше. Хотя разграничить возражение и нарушение не

---

pp. 388−389, para. 6 («Это касается не только поведения, которого государство может успешно придерживаться, с самого начала возражая против применения той или иной действующей общей нормы международного права посредством упорного оспаривания прав (по смыслу постановления Международного Суда в деле *О рыболовстве* у берегов Норвегии…); напротив, в настоящее время нельзя принять предположение о существовании соответствующей общей нормы международного права»).

[777] Со временем в рамках общего свода инструментов морского права государства фактически отказались от своих возражений. Хотя иногда сложно эффективно сохранять статус настойчиво возражающего государства в течение долгого времени, это не ставит под сомнение существование самой нормы, которая отражена в проекте вывода 15.

[778] См., например, *the Fisheries case* (сноска 708 выше), at p. 131; *Michael Domingues v. United States*, Case № 12.285 (2002), Inter-American Commission on Human Rights, Report № 62/02, paras. 48 and 49; *Sabeh El Leil v. France* [GC], № 34869/05, European Court of Human Rights, 29 June 2011, para. 54; WTO Panel Reports, *European Communities − Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R, adopted 21 November 2006, at p. 335, footnote 248; и *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., at p. 715, para. 54.

[779] См., например, заявление Турции в 1982 году на третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву, документ A/CONF.62/SR.189, стр. 76 англ. текста, пункт 150 (URL: http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html); United States Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., December 2016, at pp. 29−34, sect. 1.8 (Customary international law), в частности p. 30, para. 1.8 («Обычное международное право, как правило, является обязательным для всех государств, однако государства, настойчиво возражавшие против некой нормы обычного международного права в ходе ее развития, этой нормой не связаны») и p. 34, para. 1.8.4.

[780] Сама Комиссия недавно сослалась на эту норму в своем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам, указав, что «оговорка может быть тем средством, с помощью которого "настойчиво возражающее государство" настаивает на своем возражении; возражающая сторона, безусловно, вправе отказаться применять в рамках международного договора такую норму, которая не налагает на нее обязательств в соответствии с общим международным правом» (см. пункт 7) Комментария к руководящему положению 3.1.5.3, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10/Add.1)).

всегда просто, нормы о постфактум возражающем государстве не существует: когда норма начинает действовать, никакое возражение не может оправдать государство, желающее освободить себя от ее применения.

6) Если какое-либо государство определяет себя как настойчиво возражающее государство, то соответствующая норма ему не может быть ему противопоставлена до тех пор, пока оно придерживается своего возражения; слова «не может быть противопоставлена» используются для отражения особой позиции настойчиво возражающего государства. Как указано далее в этом пункте, когда возражение снимается (что может произойти в любое время, явно или иным образом), данное государство начинает быть связанным данной нормой.

7) В пункте 2 уточняются строгие требования, которые государство должно соблюдать, чтобы принять и поддерживать статус настойчиво возражающего государства по отношению к какой-либо норме обычного международного права. Помимо того что возражение должно высказываться до того, как определенная практика окончательно сложится в виде правовой нормы, оно также должно быть ясно выражено; иными словами, непризнание формирующейся нормы или намерение не быть связанным ею должно быть сформулировано недвусмысленным образом[781]. Однако к форме самого возражения конкретных требований нет. Четкого словесного возражения в письменной или устной форме, в отличие от физического действия, должно быть достаточно для сохранения правовой позиции возражающего государства.

8) Требование о том, чтобы возражение было доведено до сведения других государств, означает, что возражение должно быть высказано на международном уровне; только на внутригосударственном уровне его выражать недостаточно. Бремя безусловного доведения возражения до сведения других государств лежит на самом возражающем государстве.

9) Требование о том, чтобы возражение продолжалось настойчиво, применяется как до, так и после того, как возникает данная норма обычного международного права. Оценка того, соблюдено ли это требование, должна выполняться на основе прагматичного подхода и с учетом обстоятельств каждого случая. Это требование означает, во-первых, что возражение следует высказывать вновь всякий раз, когда такой повтор диктуется обстоятельствами (т. е. в обстоятельствах, когда молчание либо бездействие может обоснованно вести к выводу о том, что государство от своего возражения отказалось). Вместе с тем ясно, что от государств не ожидается проявление реакции в каждом конкретном случае, особенно если их позиция уже хорошо известна. Кроме того, такие неоднократные возражения должны быть в целом последовательны, т. е. не нести в себе существенных противоречий.

10) В пункте 3 ясно определено, что проект вывода 15 не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (jus cogens). В комментарии к проекту вывода 1 уже четко предусматривается, что все настоящие проекты выводов не предрешают вопроса об иерархии норм международного права, в том числе императивных норм общего международного права (jus cogens), или вопросов, связанных с характером erga omnes определенных обязательств[782].

Часть седьмая
Партикулярное обычное международное право

Часть седьмая содержит единственный проект вывода, касающийся партикулярного обычного международного права (которое иногда называется «региональным обычаем» или «особым обычаем»). Хотя нормы общего обычного международного права распространяются на все государства, нормы партикулярного обычного международного права применяются между ограниченным числом государств. Несмотря на то что они встречаются нечасто,

[781] См., например, *C v. Director of Immigration and another*, Hong Kong Court of Appeal, [2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011), at para. 68 («Evidence of objection must be clear»).

[782] См. пункт 5) комментария к проекту вывода 1 выше.

они могут играть существенную роль в межгосударственных отношениях, согласовывая между собой различающиеся интересы и ценности, разделяемые лишь некоторыми государствами[783].

Вывод 16
Партикулярное обычное международное право

1. Норма партикулярного обычного международного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой обычного международного права, применимой только в отношениях между ограниченным числом государств.

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

Комментарий

1) Возможность существования норм обычного международного права, которые не носят всеобщего характера, никем не оспаривается. Это подтверждается практикой Международного Суда, который, в частности, ссылался на нормы обычного международного права, «характерные для межамериканской правовой системы»[784], или «воздействие которых ограничено Африканским континентом так же, как ранее оно было ограничено испаноязычной Америкой»[785], а также на «местный обычай»[786] и на обычное международное право «регионального характера»[787]. В число дел, в рамках которых вставал вопрос о выявлении таких норм, входят дело *Об убежище*[788] и дело *О праве прохода*[789]. Термин «партикулярное обычное международное право» относится именно к таким нормам в отличие от норм обычного международного права общего применения. Он используется вместо термина «партикулярный обычай», чтобы подчеркнуть, что в проекте вывода речь идет о правовых нормах, а не просто об обычаях или обыкновениях; несомненно, между государствами могут применяться и «местные обычаи», не равнозначные нормам международного права[790].

2) Проект вывода 16 помещен в конец свода проектов выводов, поскольку предшествующие ему проекты в целом применяются в том числе и в связи с определением норм партикулярного обычного международного права, если в настоящем проекте вывода не оговорено иное. В частности, применяется двухэлементный подход, описанный в настоящем комментарии[791].

3) В пункте 1, который носит характер определения, поясняется, что партикулярное обычное международное право применяется лишь между ограниченным числом государств. Его следует отличать от «общего» обычного международного права, т. е. такого обычного международного права, которое в принципе применяется ко всем государствам. Таким образом, сама по себе норма

783 Не исключена вероятность того, что со временем такие нормы могут превратиться в нормы «общего» обычного международного права.

784 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 105, para. 199.

785 *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 21.

786 *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (см. сноску 685 выше), at p. 200; и *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at p. 39.

787 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at p. 233, para. 34.

788 *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше).

789 *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше).

790 См. также пункт 2 проекта вывода 9 выше.

791 Международный Суд рассматривает партикулярное обычное международное право как относящееся к подпункту b) пункта 1 статьи 38 его Статута: см. *Colombian-Peruvian asylum case* (сноска 674 выше), pp. 276−277.

партикулярного обычного международного права не создает ни обязательств, ни прав для третьих государств[792].

4) Нормы партикулярного обычного международного права могут применяться в отношениях между различными видами объединений государств. Нередко упоминаются нормы партикулярного права регионального характера, например «свойственные латиноамериканским государствам» (в пример нередко приводится институт дипломатического убежища)[793]. Партикулярное обычное международное право может действовать и в менее обширной географической области или даже являться обязательным всего для двух государств. В деле *О праве прохода* Международный Суд пояснил, что:

> «Трудно понять, почему число государств, между которыми на основании длительной практики может установиться местный обычай, обязательно должно быть больше двух. Суд не усматривает причин, по которым длительно применяющаяся в отношениях между двумя государствами практика, признанная ими как регулирующая их отношения, не может составлять основу для взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»[794].

Дела, в рамках которых рассматривались утверждения о наличии подобных норм партикулярного обычного международного права, касались, в частности, права на доступ к анклавам на иностранной территории[795]; совместного права собственности (совместного владения) трех прибрежных государств[796] на исторические воды; права на натуральное рыболовство для граждан, проживающих на берегу пограничной реки между двумя государствами[797]; права на трансграничные/международные транзитные перевозки без пограничного оформления[798], а также обязательства достичь договоренности относительно регламентации производства электроэнергии на реке, являющейся границей между двумя государствами[799].

5) Хотя между двумя государствами, применяющими некую норму партикулярного обычного международного права, как правило, существует определенная географическая связь, она не обязательна. Цель выражения «будь то регионального, местного или иного» − признать, что, хотя партикулярное обычное международное право действует в основном на региональном, субрегиональном или местном уровнях, в принципе нет никаких причин полагать, что некая норма партикулярного обычного международного права не может сформироваться между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, либо которые подчиняются общности интересов, установленной в силу договора или иным образом.

6) В пункте 2 излагаются субстантивные требования к выявлению нормы партикулярного обычного международного права. По сути, определение существования такой нормы состоит в поиске общей практики, сложившейся в отношениях между соответствующими государствами и признанной ими в качестве

---

792 Данная позиция аналогична позиции, сформулированной в положениях Венской конвенции 1969 года относительно международных договоров и третьих государств (часть III, раздел 4).

793 *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at p. 276.

794 *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at p. 39.

795 Там же, p. 6.

796 См. заявление Гондураса в деле *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening*), Judgment of 11 September 1992, p. 351, at p. 597, para. 399.

797 *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265−266, paras. 140−144; см. также Judge Sepúlveda-Amor's Separate Opinion, at pp. 278−282, paras. 20−36.

798 *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court, 1980 (2) SA 894 (O), 7 March 1980, *International Law Reports*, vol. 82, pp. 358−375, at pp. 368−375 (заявление Дж. Смутса: «Нет никаких доказательств наличия между Южно-Африканской Республикой и Лесото давно сложившейся практики, которая оформилась бы в виде местного обычного права на транзитные перевозки без пограничного оформления» (at p. 359)).

799 *Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others*, Appeal Judgment, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 October 2002, Switzerland, Federal Supreme Court [BGer]; Public Law Chamber II, para. 4.

практики, регулирующей их отношения между собой. В деле *Об убежище* Международный Суд дал руководящие указания по этому вопросу, постановив в связи с приведенным Колумбией аргументом о наличии «регионального или местного обычая, свойственного латиноамериканским государствам», что:

> «Сторона, которая ссылается на обычай такого характера, должна доказать, что этот обычай установился таким образом, что он стал обязательным для другой стороны. Правительство Колумбии должно доказать, что норма, на которую оно ссылается, находится в соответствии с постоянным и единообразным обыкновением, практикуемым данными государствами, и что это обыкновение является выражением права, принадлежащего тому государству, которое предоставляет убежище, и обязанности, лежащей на территориальном государстве. Это вытекает из статьи 38 Статута Суда, которая говорит о международном обычае как о "доказательстве всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы"»[800].

7) Таким образом, двухэлементный подход, требующий и наличия всеобщей практики, и ее признания в качестве правовой нормы (opinio juris), также применяется в случае выявления норм партикулярного обычного международного права. Тем не менее в случае партикулярного обычного международного права обязательный всеобщий характер практики означает, что она должна представлять собой последовательную практику «между соответствующими государствами», т. е. всеми государствами, между которыми применяется данная норма. Каждое из этих государств должно предварительно признать эту практику в качестве правовой нормы, действующей в отношениях между ними. В связи с этим на нормы партикулярного обычного международного права распространяется более строгий двухэлементный подход.

[800] *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at pp. 276−277.