Глава V

ИДЕНТИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

A. Введение

50. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия приняла решение включить тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» в свою программу работы и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по ней[239]. На этой же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика[240]. Тогда же Комиссия также обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме[241].

51. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика, а также меморандум Секретариата по данной теме[242]. На этой же сессии Комиссия решила поменять название темы на «Идентификация международного обычного права».

52. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика[243] и постановила передать проекты выводов 1–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. Комиссия затем рассмотрела промежуточный доклад Редакционного комитета по теме «Идентификация международного обычного права», содержащий восемь проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят шестой сессии Комиссии.

53. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика[244] и постановила передать в Редакционный комитет проекты выводов, содержащиеся в этом докладе. Впоследствии Комиссия приняла к сведению проекты выводов 1–16, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессиях[245]. Кроме того, Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум о роли решений национальных судов в практике международных судов и трибуналов универсального характера для цели определения международного обычного права[246].

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

54. На настоящей сессии Комиссия имела в своем распоряжении четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/695 и Add.1), который включал библиографию по данной теме. Четвертый доклад касался предложений, высказанных государствами и другими сторонами по проектам выводов, принятых в предварительном порядке, и содержал предложения об изменении формулировок некоторых проектов выводов с учетом полученных комментариев. В нем также рассматривались пути и способы обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права со ссылкой на предысторию работы Комиссии по этому вопросу как основу для дальнейшей работы над темой. Кроме того, Комиссии был представлен меморандум Секретариата по вопросу о роли решений национальных судов в практике международных судов и трибуналов универсального характера для цели определения международного обычного права (A/CN.4/691).

55. Комиссия рассмотрела четвертый доклад Специального докладчика, а также меморандум Секретариата на своих 3301–3303-м заседаниях, состоявшихся в период с 19 по 24 мая 2016 года. На своем 3303-м заседании, состоявшемся 24 мая 2016 года, Комиссия передала в Редакционный комитет предлагаемые поправки к проектам выводов, содержащимся в четвертом докладе Специального докладчика[247].

---

[239] На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (см. *Ежегодник… 2012 год*, т. II (часть вторая), с. 78, п. 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы. Эта тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (2011 год) на основе предложения, которое воспроизводится в приложении I к докладу Комиссии о ее работе на той сессии (*Ежегодник… 2011 год*, т. II (часть вторая), с. 211, пп. 365–367, и с. 221, приложение I).

[240] *Ежегодник… 2012 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/653; см. также там же, т. II (часть вторая), сс. 78–83, пп. 157–202.

[241] Там же, т. II (часть вторая), с. 78, п. 159.

[242] *Ежегодник… 2013 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/663 (первый доклад); там же, документ A/CN.4/659 (меморандум Секретариата). См. также там же, т. II (часть вторая), с. 75, п. 64.

[243] *Ежегодник… 2014 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/672; см. также там же, т. II (часть вторая), с. 179, п. 135.

[244] *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/682.

[245] Там же, т. II (часть вторая), с. 32, п. 60. Текст проектов статей, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, фигурирует в документе A/CN.4/L.869 (размещен на вебсайте Комиссии, отчеты о работе шестьдесят седьмой сессии).

[246] *Ежегодник… 2015 год*, т. II (часть вторая), с. 32, п. 61.

[247] A/CN.4/695 и Add.1, приложение I (предлагаемые поправки к проекту вывода 3 (Оценка доказательств по обоим элементам), проекту вывода 4 (Требование наличия практики), проекту вывода 6 (Формы практики), проекту вывода 9 (Требование признания в качестве правовой нормы (opinio juris)) и проекту

56. На своем 3303-м заседании, состоявшемся 24 мая 2016 года, Комиссия также обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум о путях и средствах обеспечения большей доступности материалов, являющихся доказательствами международного обычного права, который содержал бы обзор современного состояния доказательств международного обычного права и предложения по его улучшению.

57. Комиссия рассмотрела и приняла доклад Редакционного комитета по проектам выводов 1–16 (A/CN.4/L.872) на своем 3309-м заседании, состоявшемся 2 июня 2016 года. В этой связи она приняла свод из 16 проектов выводов об идентификации международного обычного права в первом чтении (разд. C.1 ниже).

58. На своем 3291-м заседании, состоявшемся 2 мая 2016 года, Комиссия постановила учредить рабочую группу открытого состава под председательством г-на Марсело Васкеса-Бермудеса для оказания помощи Специальному докладчику в подготовке проекта комментариев к проектам выводов, которые должны быть приняты Комиссией. Рабочая группа провела пять заседаний в период с 3 по 11 мая 2016 года.

59. На своих 3338–3340-м заседаниях 5 и 8 августа 2016 года Комиссия приняла комментарии к проектам выводов об идентификации международного обычного права (см. разд. C.2 ниже).

60. На своем 3340-м заседании 8 августа 2016 года Комиссия в соответствии со статьями 16–21 своего Положения постановила препроводить эти проекты выводов (разд. C ниже) через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний с просьбой представить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 1 января 2018 года.

61. На своем 3340-м заседании 8 августа 2016 года Комиссия также выразила свою глубокую признательность Специальному докладчику сэру Майклу Вуду за выдающийся вклад в разработку данной темы, позволивший Комиссии довести до успешного завершения рассмотрение проектов выводов об идентификации международного обычного права в первом чтении.

C. Текст проектов выводов об идентификации международного обычного права, принятых Комиссией

1. Текст проектов выводов

62. Ниже воспроизводится текст проектов выводов, принятых Комиссией в первом чтении.

вывода 12 (Резолюции международных организаций и межправительственных конференций)).

ИДЕНТИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

Часть первая

ВВЕДЕНИЕ

Вывод 1. Сфера охвата

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

Часть вторая

ОСНОВНОЙ ПОДХОД

Вывод 2. Два конститутивных элемента

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

Вывод 3. Оценка доказательств по двум конститутивным элементам

1. При оценке доказательств для цели удостоверения в том, существует ли всеобщая практика и признана ли такая практика в качестве правовой нормы (opinio juris), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть найдены данные доказательства.

2. Наличие каждого из двух конститутивных элементов следует удостоверять отдельно. Это требует оценки доказательств по каждому элементу.

Часть третья

ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА

Вывод 4. Требование наличия практики

1. Требование, как один из конститутивных элементов международного обычного права, в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует формированию или выражению норм международного обычного права.

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

3. Поведение других акторов не является практикой, способствующей формированию или выражению норм международного обычного 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 государства, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или другой функции.

Вывод 6. Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физических, так и вербальных актов. При определенных обстоятельствах она может включать бездействие.

2. Формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические акты и 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 местах»; законодательные

и административные акты; а также решения национальных судов.

3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Вывод 7. Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю имеющуюся практику конкретного государства, которую следует оценивать во всей совокупности.

2. В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может 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, как один из конститутивных элементов международного обычного права, в отношении признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris) означает, что такая практика должна быть принята с сознанием юридического права или юридического обязательства.

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

Вывод 10. Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

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

2. К формам доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) относятся, не ограничиваясь 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 периода времени на практику может служить доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris) при условии, что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали какой-то реакции.

Часть пятая

ЗНАЧЕНИЕ НЕКОТОРЫХ МАТЕРИАЛОВ ДЛЯ ИДЕНТИФИКАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

Вывод 11. Договоры

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

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

***b*) привела к кристаллизации нормы международного обычного права, начавшей складываться до заключения договора; или**

***c*) породила всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы (opinio juris), и тем самым привела к выработке новой нормы международного обычного права.**

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

Вывод 12. Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

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

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

3. Положение резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, может отражать норму международного обычного 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 международного обычного права, являются вспомогательным средством для определения таких норм.

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

Вывод 14. Доктрины

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

Часть шестая

НАСТОЙЧИВО ВОЗРАЖАЮЩЕЕ ГОСУДАРСТВО

Вывод 15. Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы международного обычного права в то время, как эта норма находилась в процессе формирования, эта норма не противопоставима данному государству до тех пор, пока оно продолжает возражать.

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

Часть седьмая

ПАРТИКУЛЯРНОЕ МЕЖДУНАРОДНОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО

Вывод 16. Партикулярное международное обычное право

1. Норма партикулярного международного обычного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой международного обычного права, которая применяется лишь между ограниченным числом государств.

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

2. Текст проектов выводов и комментариев к ним

63. Ниже воспроизводится текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый Комиссией в первом чтении на ее шестьдесят восьмой сессии.

ИДЕНТИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

Общий комментарий

1) Настоящие проекты выводов касаются методологии идентификации норм международного обычного права[248]. Они призваны послужить практическим руководством в отношении того, каким образом следует определять существование (или отсутствие) норм международного обычного права и их содержание. Этот вопрос представляет интерес не только для специалистов в области международного публичного права; другим специалистам, в том числе связанным с национальными судами, все чаще приходится применять международное обычное право или консультировать по вопросам его применения. В таких случаях требуется последовательно и обстоятельно проводить правовой анализ и оценку в интересах обеспечения надлежащей идентификации нормы международного обычного права, что, в свою очередь, содействует авторитетности конкретного решения.

2) Международное обычное право по-прежнему является важным источником международного публичного права[249]. В условиях международно-правовой системы такое неписаное право, вытекающее из практики, признанной в качестве правовой нормы, может стать действенным средством для регулирования поведения субъектов международного права, и государства и другие стороны действительно нередко ссылаются на него на практике. Кроме того, международное обычное 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»[250]. В этой формулировке отражены два конститутивных элемента международного обычного права: всеобщая практика и признание в качестве правовой нормы (также известное как opinio juris).

3) По вопросу об идентификации международного обычного права существует масса материалов, включая судебную практику и научные труды[251]. В проектах выводов отражен подход, которого придерживаются государства, а также международные суды и трибуналы и который применяется в международных организациях. Исходя из того, что процесс идентификации международного обычного права не всегда поддается точным формулировкам, они призваны задать четкие ориентиры, избегая при этом излишней прескриптивности.

4) Нижеприведенные 16 проектов выводов поделены на семь частей. В части первой рассматриваются сфера охвата и цели. В части второй излагается основной подход к идентификации международного обычного права, а именно «двухэлементный подход». В частях третьей и четвертой содержатся дополнительные указания в отношении двух конститутивных элементов международного обычного права, которые также используются в качестве критерия для его идентификации, а именно «всеобщей практики» и «признания в качестве правовой нормы» (opinio juris). Часть пятая посвящена определенным категориям материалов, на которые часто ссылаются при идентификации норм международного обычного права. В частях шестой и седьмой рассматриваются два исключительных случая: последовательно возражающая сторона и партикулярное международное обычное право (или нормы международного обычного права, применяемые лишь в отношениях между ограниченным числом государств).

---

[248] Как и другие результаты работы Комиссии, проекты выводов подлежат прочтению вместе с комментариями.

[249] Ряд важных областей международного права, по сути, по-прежнему регулируется международным обычным правом ввиду малочисленности или отсутствия применимых договоров. Даже при наличии действующего договора нормы международного обычного права по-прежнему регулируют вопросы, не предусмотренные договором, и продолжают применяться в отношениях с государствами, не являющимися участниками такового, и между ними. Помимо этого, ссылки на нормы международного обычного 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 1969 года. Кроме того, иногда может быть необходимо определить, какое право применялось на момент совершения определенных действий («интертемпоральное право»), и речь может идти о международном обычном праве, даже если теперь действует тот или иной договор. Норма международного обычного права может сохраняться и применяться отдельно от договора даже при одинаковом с ним содержании и даже между сторонами 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).

[250] Такая формулировка была предложена Консультативным комитетом юристов, учрежденным Лигой Наций в 1920 году для подготовки проекта статута для Постоянной палаты международного правосудия; 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 международного обычного права.

[251] Библиографию по международному обычному праву, в том числе к разделам, которые соответствуют вопросам, охватываемым в некоторых проектах выводов, а также разделам, посвященным функционированию международного обычного права в различных областях, см. в четвертом докладе Специального докладчика (A/CN.4/695 и Add.1), приложение II.

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 международного обычного права.

Комментарий

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

2) По всему тексту проектов выводов используется термин «международное обычное право» как наиболее широко употребляемый и точнее всего передающий характер этого источника международного права. К числу других терминов, иногда встречающихся в правовых документах (включая конституции), судебной практике и научных трудах, относятся «обычай», «международный обычай» и «обычное международное право», а также «право народов» и «общее международное право»[252]. Ссылки на «нормы» международного обычного права включают в себя нормы, которые иногда принято называть «принципами» (права), поскольку они носят более общий и основополагающий характер[253].

3) В проектах выводов и комментариях термины «идентифицировать» и «определять» используются как взаимозаменяемые. Ссылка на определение «существования и содержания» норм международного обычного права отражает то обстоятельство, что, хотя зачастую возникает необходимость в идентификации как существования, так и содержания нормы, в некоторых случаях признается, что норма существует, но точная сфера ее охвата является предметом споров. Речь может идти, например, о случаях, когда существуют разногласия в отношении того, действительно ли та или иная формулировка (содержащаяся, как правило, в таких текстах, как договоры или резолюции) может быть приравнена к существующей норме международного обычного права, или же когда возникают вопросы о наличии исключений из признанной нормы международного обычного права.

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

5) Под сферу охвата проектов выводов не подпадает ряд других вопросов. Во-первых, в них не рассматривается вопрос о содержании международного обычного права; они касаются только методологических аспектов того, каким образом должны идентифицироваться нормы международного обычного права[254]. Во-вторых, в них не предпринимается никаких попыток объяснить взаимосвязь между международным обычным правом и другими источниками международного права; в проектах выводов этот вопрос рассматривается только в том объеме, в каком это необходимо для объяснения того, каким образом должны идентифицироваться нормы международного обычного права, например с точки зрения релевантности договоров для этой цели. 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. Наконец, в проектах выводов не рассматривается место международного обычного права в национальных правовых системах.

Часть вторая

ОСНОВНОЙ ПОДХОД

В части второй излагается основной подход к идентификации международного обычного

[252] 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 договорного права или международного обычного права или же общих принципов права. Обсуждение термина «общее международное право» в судебном контексте см. в *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* и *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2015*, p. 665: separate opinion of Judge Donoghue (para. 2); separate opinion of Judge *ad hoc* Dugard (paras. 12–17).

[253] См. *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»); *The Case of the S.S. "Lotus"*, *P.C.I.J.*, *Series A*, No. 10 (1927), p. 16 («Суд считает, что слова "принципы международного права" в том смысле, в котором они обычно используются, могут означать только международное право, применяемое между всеми странами, входящими в сообщество государств»).

[254] В этой связи представляется важным отметить, что конкретные решения судов и трибуналов в данных комментариях упоминаются для иллюстрации методологии, а не из интереса к содержанию самих решений.

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

Вывод 2. Два конститутивных элемента

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

Комментарий

1) В проекте вывода 2 излагается основной подход, в соответствии с которым для идентификации нормы международного обычного права требуется исследовать два самостоятельных, но связанных друг с другом вопроса: существует ли всеобщая практика и признана ли такая всеобщая практика в качестве правовой нормы (т. е. сопровождается ли она opinio juris[255]). Другими словами, следует обратиться к тому, что фактически делают государства, и попытаться понять, признают ли они обязанность или право действовать таким образом. Такая методология, или «двухэлементный подход», лежит в основе проектов выводов и широко подкрепляется практикой государств, судов и научными трудами. Она призвана обеспечить, чтобы работа по идентификации норм международного обычного права приводила к определению только тех норм, которые действительно существуют[256].

2) Всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris) являются двумя конститутивными элементами международного обычного права; вместе они образуют основные условия для существования нормы международного обычного права. Следовательно, идентификация такой нормы предполагает пристальное изучение имеющихся доказательств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае. Такой подход подтверждается среди прочего практикой Международного Суда, который ссылается на «два условия [которые] должны быть выполнены»[257] и неоднократно указывал, что «существование нормы международного обычного права требует наличия "устоявшейся практики" в сочетании с opinio juris»[258]. Таким образом, определение обоснованности заявлений, касающихся существования и/или содержания той или иной нормы международного обычного права, предполагает поиск практики, 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)[259]. 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 международного обычного права не существует. Так, например, в решении по делу *Колумбийско-перуанское убежище* Международный Суд счел, что факты, связанные с предполагаемым существованием нормы (партикулярного) международного обычного 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[260].

4) Как ясно следует из проекта вывода 2, наличия какого-либо одного из конститутивных элементов недостаточно для идентификации нормы международного обычного права. Без признания в качестве правовой нормы (opinio juris) практика, пусть даже широко распространенная и последовательная, представляет собой не более чем необязательный к соблюдению обычай, а не подкрепляемая практикой убежденность в том, что что-то является (или должно быть) правовой нормой, носит всего лишь характер пожелания; только при сложении этих двух элементов устанавливается наличие нормы

---

[255] Латинский термин был сохранен наряду с формулировкой «признание в качестве правовой нормы» не только в силу того, что он широко употребляется в юридическом дискурсе, включая синонимичное использование данного термина в судебной практике Международного Суда, но и в силу того, что он, возможно, лучше передает своеобычный характер данного субъективного элемента международного обычного права как относящегося к правосознанию, а не к формальному согласию.

[256] Единого мнения сторон того или иного разбирательства в отношении существования и содержания того, что они считают нормой международного обычного права, недостаточно; необходимо удостовериться в том, что всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, действительно существует: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), at pp. 97–98, para. 184.

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

[258] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at pp. 122–123, para. 55; см. также, например, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at pp. 29–30, para. 27; *North Sea Continental Shelf* (сноска 257 выше), p. 44, para. 77.

[259] Например, в деле *Jurisdictional Immunities of the State* 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 международному обычному праву (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 258 выше), pp. 122–139, paras. 55–91).

[260] *Asylum (Colombia v. Peru)*, Judgment, 20 November 1950, *I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.

международного обычного права[261]. Хотя время от времени правоведы пытаются выработать альтернативные подходы к идентификации норм международного обычного права, отдавая предпочтение одному из конститутивных элементов или даже полностью отбрасывая один из них, такие теории не подкрепляются ни практикой государств, ни судебной практикой.

5) Двухэлементный подход часто называют «индуктивным» в противоположность возможным «дедуктивным» подходам, в соответствии с которыми существование норм может быть установлено методом правового обоснования, а не за счет эмпирических доказательств всеобщей практики и ее признания в качестве правовой нормы (opinio juris). При этом двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции, в особенности при рассмотрении возможных норм международного обычного 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 (сопровождаемую opinio juris)[262], или при формулировании заключения о том, что возможные нормы международного права являются частью «неделимого режима»[263].

6) Двухэлементный подход применяется для идентификации существования и содержания норм международного обычного права во всех областях международного права. Это подтверждается практикой государств и судебной практикой и созвучно идее единства и целостности международного права, являющегося единой правовой системой, не разделяемой на самостоятельные отрасли, в каждой из которых действует свой собственный подход к источникам[264]. Хотя при применении основного подхода на практике вполне могут приниматься во внимание конкретные обстоятельства и контекст, в которых возникла и действует предполагаемая норма[265], неизменно должна учитываться истинная природа международного обычного права как всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с opinio juris).

Вывод 3. Оценка доказательств по двум конститутивным элементам

1. При оценке доказательств для цели удостоверения в том, существует ли всеобщая практика и признана ли такая практика в качестве правовой нормы (opinio juris), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть найдены данные доказательства.

2. Наличие каждого из двух конститутивных элементов следует удостоверять отдельно. Это требует оценки доказательств по каждому элементу.

Комментарий

1) Проект вывода 3 касается оценки доказательств в отношении двух конститутивных элементов международного обычного права[266]. Два пункта проекта вывода содержат общие руководящие указания для процесса определения наличия (или отсутствия) нормы международного обычного права и ее содержания на основе различных доказательств, имеющихся на момент оценки, который отражает как необходимый тщательный анализ, так и динамичный характер международного обычного права как источника международного права.

2) В пункте 1 излагается глобальный принцип, который лежит в основе всех проектов выводов, а именно что оценка любых и всех имеющихся доказательств 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[267]. Такой анализ не только увеличивает авто-

[261] В деле *Right of Passage*, например, Международный Суд пришел к выводу об отсутствии оснований заключить, что периодически практикуемый проход португальских вооруженных сил и вооруженных полицейских формирований между Даманом и португальскими анклавами в Индии или между самими анклавами через индийскую территорию 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 разрешение выдавалось во всех случаях, однако это никак не влияет на правовую позицию. 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. 42–43). В решении по делу *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* Международный Суд счел, что «возникновению – в качестве lex lata – обычной нормы, прямо запрещающей использование ядерного оружия как такового, 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 Специальный суд по Сьерра-Леоне, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), 31 May 2004, p. 13, para. 17.

[262] Такой же подход, по всей видимости, применяется в деле *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 14, at pp. 55–56, para. 101.

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

[264] См. выводы по результатам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник… 2006 год*, т. II (часть вторая), с. 215, п. 251 1).

[265] См. проект вывода 3 ниже.

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

[267] См. также *North Sea Continental Shelf* (сноска 257 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.

ритетность какого-либо конкретного решения, но также позволяет с необходимой гибкостью применить двухэлементный подход ко всем областям международного права.

3) Требование принимать во внимание общий контекст отражает необходимость применения двухэлементного подхода с учетом предметной области, которую норма предположительно регулирует. Это требует принятия во внимание в каждом случае любых основополагающих принципов международного права, которые могут быть применимы к данному вопросу[268]. Кроме того, тип рассматриваемых доказательств (и рассмотрение их наличия или отсутствия) должен соответствовать ситуации, и некоторые виды практики и доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут иметь особую значимость в зависимости от контекста. Например, в деле *Юрисдикционные иммунитеты государства* Международный Суд пришел к следующему выводу:

> 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; и наоборот, в притязаниях государств на право осуществлять юрисдикцию в отношении иностранных государств в иных случаях[269].

4) Характер нормы, о которой идет речь, также может иметь значение при оценке доказательств для цели удостоверения в том, существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая opinio juris). В частности, в случаях запретительных норм (таких, как запрет пыток) иногда бывает трудно найти позитивные примеры практики государств (в отличие от бездействия); случаи, связанные с такими нормами, скорее всего, будут зависеть от определения того, признана ли эта практика (будучи намеренным бездействием) в качестве правовой нормы[270].

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 доказательства; только тогда им может быть придан надлежащий вес. Например, в деле *Права граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко* Международный Суд, стремясь установить наличие нормы (партикулярного) международного обычного 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[271].

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 непротивления того или иного государства будет зависеть от всех обстоятельств, но может иметь особое значение в тех случаях, когда были приняты конкретные меры, в которых это государство отдает себе отчет и которые оказывают непосредственное негативное влияние на его интересы. И 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.

Каждый факт должен оцениваться относительно с учетом различных случаев и обстоятельств».

[268] В деле *Jurisdictional Immunities of the State* 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 258 выше), pp. 123–124, para. 57). См. также *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* и *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (сноска 252 выше), separate opinion of Judge Donoghue (paras. 3–10).

[269] *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 258 выше), p. 123, para. 55. В деле *Navigational and Related Rights*, когда возник вопрос о том, превратилась ли давно установившаяся практика рыболовства для собственного потребления (признанная обеими сторонами дела) в норму (партикулярного) международного обычного права, Международный Суд отметил, что «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 трибунала по бывшей Югославии отметила трудности, связанные с наблюдением за практикой государств на поле боя: *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 99 (*Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, p. 353, at p. 465).

[270] По поводу бездействия как формы практики см. проект вывода 6 и комментарий к нему, п. 3).

[271] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment, 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 международного обычного права должно быть установлено присутствие каждого из двух конститутивных элементов, и поясняется, что это требует оценки доказательств по каждому элементу. Иными словами, практика и признание в качестве правовой нормы (opinio juris) в совокупности обеспечивают информацию, необходимую для идентификации международного обычного права, но требуется проводить два отдельных расследования. В то время как конститутивные элементы могут быть связаны между собой де-факто (в том смысле, что практика может сопровождаться определенной мотивацией), каждый из элементов концептуально отличается для целей идентификации нормы международного обычного права.

7) Несмотря на то что международное обычное право проявляется в тех случаях, когда поведение сопровождается opinio juris, акты, из которых состоит соответствующая практика, как таковые не являются доказательствами признания в качестве правовой нормы (opinio juris). Более того, признание в качестве правовой нормы следует искать в отношении не только участвующих в практике, но и тех, кто имеет возможность на нее отреагировать. 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»[272].

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 расследование. Тем не менее этот пункт не исключает возможности использования одних и тех же материалов для удостоверения наличия практики и признания такой практики 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 международным обычным правом. При этом важным моментом остается то, что этот материал должен быть рассмотрен в рамках двух отдельных расследований, с тем чтобы удостовериться в наличии практики и в ее признании в качестве правовой нормы.

9) В то время как при идентификации нормы международного обычного права существование всеобщей практики зачастую является первоначальным фактором, который следует рассматривать, причем исследование в отношении признания такой всеобщей практики в качестве правовой нормы может проводиться лишь после этого, такой порядок расследования не является обязательным. Идентификация нормы международного обычного права может также начинаться с оценки письменного текста или заявления, предположительно выражающего определенное правоубеждение, а затем попытки установить, существует ли соответствующая ему всеобщая практика.

Часть третья

ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА

Как указано в проекте вывода 2, необходимым условием для идентификации нормы международного обычного права является удостоверение наличия всеобщей практики и признания такой практики в качестве правовой нормы (opinio juris). В части третьей содержатся более подробные указания в отношении первого из этих двух конститутивных элементов международного обычного права – «всеобщей практики». Также известная как «материальный» или «объективный» элемент[273] она относится к тем случаям поведения, которые (если они сопровождаются признанием в качестве правовой нормы) создают или выражают международное обычное право. При оценке того, действительно ли существует всеобщая практика, следует учитывать ряд факторов.

Вывод 4. Требование наличия практики

1. Требование, как один из конститутивных элементов международного обычного права, в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует формированию или выражению норм международного обычного права.

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

3. Поведение других акторов не является практикой, способствующей формированию или выражению норм международного обычного 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

[272] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), pp. 43–44, para. 76. В решении по делу *«Lotus»* 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 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"* (см. сноску 253 выше), p. 28). См. также проект вывода 10, п. 2, ниже.

[273] Иногда она называется также usus (обычай), однако это может привести к путанице с «простым обыкновением или простой привычкой», которые следует отличать от международного обычного права: см. проект вывода 9, п. 2, ниже.

существования нормы международного обычного права и роли такой практики.

2) В пункте 1 ясно говорится о том, что при определении существования и содержания норм международного обычного права следует главным образом рассматривать практику государств; материальный элемент международного обычного права действительно нередко называют «практикой государств»[274]. Слова «главным образом» отражают главенствующую роль государств как субъектов международного права, обладающих общей компетенцией, и подчеркивают первостепенную роль, которую играет их поведение в формировании и определении международного обычного права. В решении по делу *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее* Международный Суд постановил, что для того, чтобы «рассмотреть вопрос о том, какие нормы международного обычного права применимы по отношению к настоящему спору… он должен рассмотреть вопрос о практике и opinio juris государств»[275]. В то же время слова «главным образом» указывают на то, что релевантна не только практика государств, и отсылают читателя к пункту 2.

3) В пункте 2, касающемся практики международных организаций, указывается, что «в некоторых случаях» такая практика также вносит свой вклад в идентификацию норм международного обычного права. Таким образом, ссылки в проектах выводов и комментариях на практику государств следует понимать как включающие, в соответствующих случаях, практику международных организаций. В этом пункте речь идет о практике, приписываемой самим международным организациям, а не государствам-членам, действующим в их рамках (которая присваивается соответствующим государствам)[276]. Термин «международные организации» относится для целей настоящих проектов выводов и комментариев к организациям, которые учреждаются на основании документов, регулируемых международным правом, обычно договоров, и которые обладают также собственной международной правосубъектностью. Этот термин не включает неправительственные организации (НПО).

4) Международные организации не являются государствами[277]. Они представляют собой структуры, созданные и уполномоченные государствами (или государствами и/или международными организациями) для выполнения определенных функций, для чего им была предоставлена международная правосубъектность, т. е. они вправе иметь свои собственные права и обязательства в соответствии с международным правом. Их практика в международных отношениях также может считаться практикой в том случае, если она сопровождается признанием в качестве правовой нормы (opinio juris), которая порождает или подтверждает нормы международного обычного права в сферах их деятельности[278], но только в определенных случаях, о которых говорится ниже[279].

5) Наиболее очевидно, что практика, относящаяся к пункту 2, возникает 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.

6) Практика в рамках пункта 2 может также возникать в некоторых случаях, когда государства-члены не передавали исключительную компетенцию, но при этом возложили на международную организацию полномочия, функционально эквивалентные полномочиям, осуществляемым государствами. Практика секретариатов международных организаций, выполняющих функции депозитариев договоров, в связи с развертыванием вооруженных сил (например, для операций по поддержанию мира) или при занятии позиций в отношении охвата привилегий и иммунитетов соответствующей организации и ее должностных лиц, может способствовать формированию или выражению норм международного обычного права в этих областях. Действия международных организаций, которые функционально неэквивалентны действиям государств, вряд ли будут представлять собой релевантную практику.

7) Практика международных организаций может иметь особое значение в связи с нормами международного обычного права, которые рассматриваются конкретно применительно к этим организациям, такими как нормы в отношении их международной

---

[274] Практика государств выполняет другие важные функции в области международного публичного права, в том числе в отношении толкования договоров (см. главу VI настоящего доклада «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»).

[275] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), p. 97, para. 183. В деле *Jurisdictional Immunities of the State* Суд подтвердил, что из «практики государств вытекает международное обычное право» (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 258 выше), p. 143, para. 101).

[276] См. также проекты выводов 6, 10 и 12 ниже, которые среди прочего относятся к практике (и признанию в качестве правовой нормы) государств в рамках международных организаций.

[277] См. также проекты статей об ответственности международных организаций, принятые Комиссией в 2011 году, общий комментарий, п. 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. 54).

[278] Практика, которая является внешней для международной организации (т. е. практика в ее отношениях с государствами, международными организациями и другими структурами), может быть особо релевантной с точки зрения идентификации международного обычного права.

[279] 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»).

ответственности или в отношении договоров, участниками которых они являются.

8) В то же время следует проявлять осторожность при оценке релевантности и весомости такой 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 международного обычного права. Реакция государств-членов на такую практику существенна. К числу других факторов, которые следует учитывать при оценке практики, относятся: характер организации; характер органа, поведение которого находится на рассмотрении; предмет соответствующей нормы и вопрос о том, будет ли сама организация связана этой нормой; является ли это поведение ultra vires соответствующей организации или соответствующего органа; и согласуется ли это поведение с поведением государств – членов организации.

9) В пункте 3 четко говорится о том, что может подразумеваться в пунктах 1 и 2, а именно: что поведение субъектов, иных, чем государства и международные организации (например, НПО, негосударственные вооруженные группы, транснациональные корпорации и частные лица), не создает и не выражает международное обычное право. Такое поведение само по себе не служит в качестве прямого (первичного) доказательства существования и содержания норм международного обычного права. В этом пункте признается, однако, что такое поведение может сыграть важную косвенную роль в определении норм международного обычного права путем поощрения или фиксирования практики государств и международных организаций и признания ими практики в качестве нормы права (opinio juris)[280]. Поведение негосударственных вооруженных групп не является практикой, которая может считаться содержащей или выражающей международное обычное право, но при этом реакция государств на это поведение вполне может считаться такой практикой. Кроме того, действия частных лиц могут также иногда быть релевантными, но только в той степени, в которой государства их одобрили или отреагировали на них[281].

10) 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 служить в качестве полезного источника релевантной практики. Такая деятельность может таким образом способствовать развитию и определению международного обычного права; но она не является практикой как таковая[282].

Вывод 5. Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения государства, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или другой функции.

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, будь то 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, является поведением, «исходящим от государства», при условии, что в данном случае это лицо или образование действует в этом качестве[283].

3) Релевантная практика государств не ограничивается поведением по отношению к другим

---

[280] В последнем качестве результаты их деятельности могут относиться к проекту вывода 14. Комиссия рассмотрела аналогичный момент в отношении практики «негосударственных субъектов» в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»: см. главу VI настоящего доклада, п. 75 (проект вывода 5, п. 2).

[281] См., например, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 269 выше), pp. 265–266, para. 141.

[282] 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.

[283] 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. в *Ежегоднике… 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, с. 26 и далее, пп. 76–77.

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 на орбиту. Такие совместные действия следует отличать от действий международных организаций[284].

5) Чтобы внести свой вклад в формирование и идентификацию норм международного обычного права, практика должна быть общедоступной или по крайней мере известной другим государствам[285]. 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 был раскрыт.

Вывод 6. Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физических, так и вербальных актов. При определенных обстоятельствах она может включать бездействие.

2. Формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические акты и 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 местах»; законодательные и административные акты; а также 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. Он ссылается на формы практики как эмпирически поддающиеся проверке факты и избегает, для настоящих целей, проведения различия 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 авторы утверждают, что практикой для целей идентификации норм международного обычного права может считаться лишь то, что государства «делают», а не «говорят», в настоящее время общепризнанно, что вербальное поведение (будь то письменное или устное) может считаться практикой; действия могут иногда состоять исключительно из заявлений, например протеста со стороны одного государства в адрес другого.

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. Примеры такого бездействия (которое иногда называется «негативная практика») включают в себя отказ от возбуждения уголовного производства; воздержание от осуществления защиты некоторых натурализованных лиц; а также воздержание от угрозы силой или ее применения[286].

4) В пункте 2 содержится перечень форм практики, которые зачастую оказываются полезными для идентификации международного обычного права. Как подчеркивают слова «но не ограничиваясь», это не исчерпывающий список; в любом случае, учитывая неизбежность и темпы изменений, как политических, так и технологических, было бы нецелесообразно составлять перечень всех многочисленных форм, которые может принимать практика[287]. 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 них 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: любым действиям исполнительной власти, в том числе указам исполнительной власти, постановлениям и другим мерам; официальным заявлениям на международном уровне, перед законодательным органом или для средств массовой

[284] См. также проект вывода 4, п. 2, выше и сопровождающий его комментарий.

[285] Или, в случае партикулярного международного обычного права, по крайней мере еще одному государству или группе государств (см. проект вывода 16 ниже).

[286] Примеры этого см. в *The Case of the S.S. "Lotus"* (сноска 253 выше), p. 28; *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment, 6 April 1955, *I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22; *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 258 выше), p. 135, para. 77.

[287] См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании международного обычного права, стали бы более доступными», *Ежегодник… 1950 год*, т. II, документ A/1316, часть II, с. 368 англ. текста, п. 31.

информации; а также к подаче заявлений в национальные или международные суды и трибуналы. Выражение «законодательные и административные акты» аналогичным образом охватывает любые формы подзаконных актов, издаваемых органом государственной власти. «Практическое поведение "на местах"» 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 все 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, например в соглашениях о делимитации морских границ или соглашениях с принимающими странами. Ссылка на «поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции» также включает в себя все действия государств, относящиеся к обсуждению, принятию и осуществлению резолюций, решений и других актов, принятых государствами 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, в частности, от конкретной предполагаемой нормы, находящейся на рассмотрении[288].

6) Решения национальных судов на всех уровнях могут считаться практикой государств[289] (хотя и весьма вероятно, что больший вес будет придан решениям судов более высокой инстанции); решения, которые были отменены по конкретному вопросу, вряд ли будут считаться значимыми. Роль решений национальных судов в качестве формы практики государств следует отличать от их потенциальной роли в качестве «вспомогательного средства» для определения норм международного обычного права[290].

7) В пункте 3 поясняется, что в принципе 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, различным формам (или проявлениям) практики, возможно, должен придаваться различный вес при их контекстуальной оценке.

Вывод 7. Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю имеющуюся практику конкретного государства, которую следует оценивать во всей совокупности.

2. В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может 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). Как ясно из двух пунктов проекта вывода 7, необходимо учитывать и оценивать в целом всю имеющуюся 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 имеющуюся практику этого государства. Это означает, что рассматриваемая практика должна носить исчерпывающий характер в пределах ее доступности, т. е. включать релевантную практику всех государственных органов и всю релевантную практику конкретного органа. Кроме того, в этом пункте говорится, что такая практика должна оцениваться в совокупности; и только после этого можно определять фактическую позицию государства.

3) Примером требования о проведении оценки всей имеющейся практики «в совокупности» служит дело *Юрисдикционные иммунитеты государства*, где Верховный суд Греции постановил по одному из дел, что в соответствии с «территориальным принципом гражданского правонарушения» государственный иммунитет в соответствии с международным обычным правом не распространяется на действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта. Однако иную позицию занял Специальный верховный суд; правительство Греции, отказавшееся осуществить решение Верховного суда Греции и отстаивавшее эту позицию в Европейском суде по правам человека; и сам Верховный суд Греции в более позднем решении. Оценка такой практики «в совокупности» привела Международный Суд к выводу о том, «что государственная практика Греции, рассматриваемая в совокупности, фактически опровергает довод Италии, а не подтверждает его»[291].

4) Пункт 2 прямо ссылается на ситуации, где имеется или предположительно имеется противоречивая практика конкретного государства. Как показывает

---

[288] См. п. 3) комментария к проекту вывода 3 выше.

[289] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 258 выше), pp. 131–135, paras. 72–77; *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.

[290] См. проект вывода 13, п. 2, ниже. Решения национальных судов могут также быть доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), по поводу которого см. проект вывода 10, п. 2, ниже.

[291] *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 258 выше), p. 134, para. 76. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 249 выше), p. 98, para. 186.

пункт 3) 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 в элемент «всеобщей практики» может быть сокращен или даже аннулирован.

5) Использование слова «может» означает, однако, 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 *Рыбные промыслы*, например, Международный Суд постановил, что

> не следует придавать слишком большого значения немногочисленным двусмысленностям и противоречиям, будь то реальным или кажущимся... в практике Норвегии. Их можно легко понять, учитывая разнообразие фактов и условий, имевших место в течение длительного времени…[292]

В этой связи, например, 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. Для настоящих целей практика органов центрального правительства зачастую будет более значимой, чем практика составных частей федеративного государства или политических подразделений соответствующего государства; и практика исполнительной власти зачастую является наиболее релевантной в международном плане, хотя, возможно, необходимо принимать во внимание конституционное положение различных органов, о которых идет речь[293].

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 данном конкретном случае.

2) В пункте 1 поясняется, что понятие всеобщности, отсылающее к совокупности примеров соблюдения предположительно существующей нормы международного обычного права, содержит в себе два требования. Во-первых, такой практике должно следовать достаточно большое и репрезентативное число государств. Во-вторых, в примерах такой практики должна просматриваться последовательность. Как заявил Международный Суд в делах *Континентальный шельф Северного моря*, такая практика должна быть одновременно «обширной и практически единообразной»[294]: это должна быть «установившаяся практика»[295]. 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[296]. Вместе с тем в каждом случае эта практика должна носить такой характер, который отличается постоянством и единообразным применением.

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)[297]. Например, в случае дипломатических отношений, которые регулярно поддерживаются всеми государствами, такая практика должна иметь широкое применение, в то время как в отношении международных судоходных каналов, которых насчитывается очень немного, объем практики неизбежно будет 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: нет необходимости демонстрировать факт следования такой практике всеми государствами[298]. В число следующих практике государств следует включать те государства, которым представился случай или возможность

---

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

[293] См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 258 выше), p. 136, para. 83 (где Суд отметил, что, «согласно законодательству Греции», мнение, выраженное Специальным верховным судом, превалирует над мнением Верховного суда Греции).

[294] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), 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.

[295] *Ibid.*, p. 44, para. 77.

[296] См. также проект вывода 3 выше.

[297] См. также решение Федерального суда Австралии от 4 февраля 2016 года по делу *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»).

[298] См., например, German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, 2 BvR 1506/03, para. 59 («Такая практика, однако, не является достаточно широко распространенной для того, чтобы ее можно было рассматривать как закрепившуюся практику, создающую международное обычное право»).

применить предположительно существующую норму[299]. Важно, чтобы такие государства представляли различные географические регионы и/или различные группы интересов.

4) При оценке всеобщего характера необходимо учитывать важный фактор – степень, в которой те государства, которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, или те, кого с наибольшей вероятностью затронет предположительно существующая норма, принимали участие в практике[300]. Совершенно очевидно, что было бы нецелесообразно определять, например, существование и содержание нормы международного обычного права о навигации в морских зонах без учета практики прибрежных государств и государств, являющихся крупнейшими морскими грузоперевозчиками, или существование и содержание нормы об иностранных инвестициях без оценки практики государств – экспортеров капитала и государств, в которые направляются эти инвестиции. Во многих случаях будут равным образом затронуты все или почти все государства.

5) Требование о последовательности практики указывает на невозможность говорить о существовании какой-либо всеобщей практики (и, следовательно, соответствующей нормы международного обычного права), если действия в этой сфере настолько различаются, что из них нельзя вывести какую-либо устойчивую модель поведения. Например, в деле *Рыбные промыслы* 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[301].

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 *«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[302].

7) В то же время полной последовательности практики государств не требуется. Соответствующая практика должна быть практически или в существенной степени единообразна; некоторые несоответствия и противоречия, таким образом, не обязательно исключают возможность вывода о существовании «всеобщей практики». В деле *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее* 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…[303]

8) Если несоответствие принимает форму нарушения нормы, то это не обязательно препятствует установлению факта существования общей практики. Это особенно справедливо, когда соответствующее государство отрицает нарушение и/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[304].

9) В пункте 2 содержится ссылка на временно́е измерение и разъясняется, что сравнительно небольшой период следования какой-либо всеобщей практике сам по себе не препятствует установлению существования нормы международного обычного права. Хотя за большой период времени соответствующая практика может стать более

---

[299] 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, в общем признавались в качестве правой нормы (opinio juris).

[300] 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 257 выше), p. 43, para. 74).

[301] *Fisheries case* (см. сноску 292 выше), p. 131. Одна из камер Суда в деле *Gulf of Maine* постановила, что в тех случаях, когда практика показывает, что «в конечном итоге каждый конкретный случай отличается от всех других... [э]то 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 253 выше), p. 290, para. 81). См. также, например, *Colombian–Peruvian asylum case* (сноска 260 выше), 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»); *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, Advisory Opinion of 17 July 1965, UNRIAA, vol. XVI (Sales No. E/F.69.V.1), p. 75, at p. 100 («Верно, что только постоянная практика, наблюдаемая де-факто и без каких-либо изменений, может представлять собой норму международного обычного права»).

[302] *The Case of the S.S. "Lotus"* (см. сноску 253 выше), p. 21. См. также *North Sea Continental Shelf* (сноска 257 выше), p. 45, para. 79; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Appeals Chamber) of 28 May 2008, para. 406.

[303] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), p. 98, para. 186.

[304] *Ibid*. См. также, например, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (сноска 261 выше), para. 51. То же самое справедливо для оценки практики конкретного государства: см. проект вывода 7 выше.

широкой, следование всеобщей практике с незапамятных времен или же в течение значительного либо фиксированного срока не являются обязательными условиями существования обычной нормы[305]. Международный Суд подтвердил это в делах *Континентальный шельф Северного моря*, когда он установил, что «краткость прошедшего срока не является обязательно или сама по себе не является препятствием к образованию новой нормы международного обычного права»[306]. Однако этот отрывок 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 идентифицировать норму международного обычного права, недостаточно установить, что некоторая практика последовательно соблюдается достаточно широким и репрезентативным числом государств. Часть четвертая касается второго конститутивного элемента международного обычного права, который иногда именуют «субъективной» или «психологической» составляющей: в каждом случае необходимо также удостовериться, что государства признают обязательность данной практики в качестве правовой нормы (opinio juris).

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

1. Требование, как один из конститутивных элементов международного обычного права, в отношении признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris) означает, что такая практика должна быть принята с сознанием юридического права или юридического обязательства.

2. Всеобщую практику, признанную в качестве правой 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 международного обычного права – признания в качестве правовой нормы (opinio juris).

2) В пункте 1 поясняется, что признание в качестве правовой нормы (opinio juris) как конститутивный элемент международного обычного права касается требования, согласно которому соответствующая практика должна осуществляться с сознанием юридического права или юридического обязательства, т. е. должна подкрепляться убеждением в том, что она допускается, требуется или запрещается международным обычным правом. 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 международного обычного права: они должны были проводить эту практику в порядке осуществления права или подчиниться ей в порядке выполения обязательства. Как подчеркнул Международный Суд в решении по делам *Континентальный шельф 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 они действуют сообразно юридическому обязательству[307].

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 международного обычного права здесь идентифицирована быть не может. Так, в деле *Колумбийско-перуанское убежище* Международный Суд отказался признать существование нормы международного обычного 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[308].

4) Стремление соблюсти договорное обязательство как договорное обязательство, подобно

---

[305] В таких областях, как, например, международное космическое право или морское право, развитие международного обычного права в ряде случаев происходило быстро.

[306] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), p. 43, para. 74.

[307] *Ibid*., p. 44, para. 77; см. также *ibid*., para. 76 (в котором содержится упоминание об условии, согласно которому государства должны «исходить из убеждения, что они применяют императивную норму международного обычного права»).

[308] *Colombian–Peruvian asylum case* (см. сноску 260 выше), pp. 277 and 286. См. также *The Case of the S.S. "Lotus"* (сноска 253 выше), 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, которые должны показать, что верно обратное»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), pp. 108–110, paras. 206–209.

стремлению соблюдать внутреннее законодательство, не является признанием в качестве правовой нормы для цели идентификации норм международного обычного права, и практика, которой следуют с таким намерением, сама по себе не позволяет сделать вывод о существовании нормы международного обычного права[309]. Однако государство может признавать себя связанным неким обязательством как в силу международного обычного права, так и в силу договора; однако это еще требуется доказать. С другой стороны, когда государства действуют в соответствии с тем или иным договором, не являющимся для них обязательным, или опираются на договорные обязательства 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.

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; необходимо показать, что они трактуют эту практику как соответствующую международному обычному праву[310]. В констатации принятия (признания в качестве правовой нормы) предполагаемой нормы как нормы международного обычного права всеми государствами нет необходимости; требуется широкое признание при отсутствии возражений или лишь при незначительных возражениях[311].

6) В пункте 2 подчеркивается, что без признания в качестве правовой нормы (opinio juris) всеобщую практику нельзя считать порождающей или отражающей международное обычное 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 международное обычное право (если сама идентифицируемая норма не предусматривает возможность такого выбора)[312]. Не все систематически наблюдаемые примеры международного поведения имеют правовое значение; 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[313].

Вывод 10. Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

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

2. К формам доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) относятся, не ограничиваясь 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 периода времени на практику может служить доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали какой-то реакции.

Комментарий

1) Проект вывода 10 касается доказательств, на основании которых можно сделать вывод о признании той или иной практики в качестве правовой нормы (opinio juris). Он отражает тот факт, что о признании в качестве правовой нормы могут

---

[309] См., например, *North Sea Continental Shelf* (сноска 257 выше), p. 43, para. 76. Особая трудность в связи с этим может возникнуть при попытке установить существование нормы международного обычного права в случаях практически универсального участия в каком-либо договоре, который не носит декларативного характера.

[310] См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 249 выше), 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 *North Sea Continental Shelf*).

[311] 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 261 выше), p. 254, para. 67.

[312] В деле *Right of Passage over Indian Territory* 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 такое разрешение предоставлялось во всех случаях, однако, по мнению суда, это не сказывается на его правовом статусе. Ничто в данном деле не указывает на то, что Британия или Индия непременно были должны дать такое разрешение в силу обязательства» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 261выше), pp. 42–43). В деле *Jurisdictional Immunities of the State* Международный Суд, пытаясь определить содержание нормы международного обычного права, аналогичным образом установил: «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 258 выше), p. 123, para. 55). См. также *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), at pp. 43–44, para. 76.

[313] 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 257 выше), p. 44, para. 77).

свидетельствовать различные проявления поведения государств.

2) В пункте 1 содержится 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 международного обычного 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 вербальных, так и физических действий (а также бездействия), имеющих отношение к соответствующей практике.

3) В пункте 2 приводится неисчерпывающий перечень форм доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris), в том числе наиболее распространенных из них. Такие доказательства могут также оказаться полезными для демонстрации отсутствия признания в качестве правовой нормы. Между формами доказательства признания в качестве правовой нормы и формами практики государств имеются некоторые точки соприкосновения; 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 этом случае их идентификация требует отдельного анализа каждого примера)[314]. 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 доказательства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) прямое публичное заявление от имени государства, что данная практика допускается, запрещается или предусматривается международным обычным правом, является самым ясным указанием на то, что оно избегает такой практики или следует ей (или же признает, что ей по праву следуют или избегают следовать другие) исходя из осознания своего юридического права или обязательства. 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. Схожим образом последствия практики, соответствующей предположительно существующей норме, могут становиться недействительными вследствие одновременных с ней заявлений о том, что такой нормы не существует[315].

5) Другие формы доказательства, 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 отражено 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 доказательством признания в качестве правовой нормы, особенно если в нем особо оговаривается, что оно основано на международном обычном 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 доказательств правоощущения государств в отношении содержания международного обычного права, когда такие вопросы поднимаются и обсуждаются государствами. Это объясняет отсылку к «договорным положениям» и «поведению в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции», потенциальный интерес использования которых для идентификации норм международного обычного права более подробно рассматривается в проектах выводов 11 и 12.

7) 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 *Рыбные промыслы*, «[быть] свидетельством того факта, что они не считали [определенную практику, которой следовали другие,] противоречащей международному праву»[316].

---

[314] См. проект вывода 3 выше.

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

[316] *Fisheries case* (см. сноску 292 выше), p. 139. См. также *The Case of the S.S. "Lotus"* (сноска 253 выше), p. 29 («Суд считает себя обязанным подчеркнуть тот факт, что затрагиваемые 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

(*продолжение сноски на следующей стр.*)

Терпимое отношение к определенной практике также может служить доказательством 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, должны быть выполнены два требования, которые позволят убедиться в том, что это отсутствие не вытекает из причин, не имеющих отношения к правомерности данной практики[317]. Во-первых, реакция на такую практику должна быть ожидаемой[318]: например, это может относиться к случаям, когда практика (прямо или косвенно) затрагивает – как правило, неблагоприятным образом – интересы или права государства, которое бездействует или отказывается на нее реагировать[319]. 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 международного обычного права.

Часть пятая

ЗНАЧЕНИЕ ОПРЕДЕЛЕННЫХ МАТЕРИАЛОВ ДЛЯ ИДЕНТИФИКАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

1) В процессе идентификации существования и содержания норм международного обычного права помимо первичных доказательств 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, резолюции международных организаций и конференций, судебные решения (как международных, так и национальных судов) и научные труды. Такие тексты могут помочь в сборе, обобщении или интерпретации практики, значимой для идентификации международного обычного 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, существовавший во время их создания.

2) Комиссия приняла решение не включать на данном этапе отдельный вывод о результатах своей работы. Такие результаты, однако, заслуживают в этой связи особого рассмотрения. Как было признано Международным Судом и другими судами и трибуналами[320], определение Комиссии, подтверждающее существование и содержание нормы международного обычного права, может иметь особую ценность; как и вывод Комиссии о том, что такой нормы не существует. Это вытекает из уникального мандата, которым Комиссия была наделена государствами, заключающегося в содействии прогрессивному развитию международного права и его кодификации[321], тщательности процедур Комиссии (включая рассмотрение обширных исследований практики государств) и ее тесных отношений с государствами в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи (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[322].

Вывод 11. Договоры

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

(*продолжение сноски 316*)

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»); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, Supreme Court of Justice of Argentina, Case No. 16.063/94, Judgment of 2 November 1995, Vote of Judge Gustavo A. Bossert, para. 90.

[317] См. также в более широком контексте *North Sea Continental Shelf* (сноска 257 выше), p. 27, para. 33.

[318] 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* (сноска 269 выше), 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»).

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

[320] См., например, *Gabčíkovo-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; International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment (Appeals Chamber), 13 December 2004, para. 518; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), ILR, vol. 91, p. 543, at p. 575; 2 BvR 1506/03 (см. сноску 298 выше), para. 47.

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

[322] После того, как Генеральная Ассамблея приняла меры в связи с каким-либо окончательным проектом Комиссии, например высоко оценив его и приложив его к какой-либо резолюции, результаты работы Комиссии могут также рассматриваться в рамках проекта вывода 12.

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

***b*) привела к кристаллизации нормы международного обычного права, начавшей складываться до заключения договора; или**

***c*) породила всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы (opinio juris), и тем самым привела к выработке новой нормы международного обычного права.**

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

Комментарий

1) Проект вывода 11 касается значимости договоров, особенно широко ратифицированных многосторонних договоров, для идентификации международного обычного права. Проект вывода не затрагивает поведение в связи с договорами как форму практики, поскольку этот вопрос охвачен проектом вывода 6; а также не касается напрямую процесса заключения договоров или проектов договорных положений, которые могут сами по себе порождать практику государств и служить доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), как указано в проектах выводов 6 и 10.

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»[323]. Их положения (и процессы их принятия и применения) могут пролить свет на содержание международного обычного права[324]. Четко сформулированные договорные положения могут стать особенно полезными доказательствами существования или содержания норм международного обычного права, если они признаются выражением таких правил. Ссылка на «норму, закрепленную в договоре» направлена 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[325]. В любом случае слова «может отражать» означают, что сами по себе договоры не могут создавать международное обычное право или достоверно свидетельствовать о нем.

3) Масштабы участия в договоре могут быть важным фактором для определения того, соответствует ли он международному обычному праву; договоры, которые получили почти всеобщее признание, могут рассматриваться как особо показательные в этом отношении[326]. 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[327].

4) В пункте 1 описаны три обстоятельства, при которых нормы, закрепленные в договоре, могут быть признаны отражающими международное обычное право, отличающиеся по времени, когда соответствующая норма международного обычного права сформировалась (или начала формироваться). Слова «если установлено, что» ясно дают понять, что удостовериться в том, что та или иная содержащаяся в договоре норма действительно соответствует предполагаемой норме международного обычного права, нельзя просто исходя из текста договора; в каждом отдельном случае существование соответствующей нормы должно быть подтверждено практикой (и ее признанием в качестве правовой нормы). Важно, чтобы можно было продемонстрировать, что государства осуществляют некую практику не (только)

---

[323] *Continental Shelf* (см. сноску 258 выше), pp. 29–30, para. 27 («Бесспорно, что массив международного обычного 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».

[324] См. *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 258 выше), p. 128, para. 66; «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании международного обычного права, стали бы более доступными» (сноска 287 выше), с. 368 англ. текста, 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 международного обычного права»).

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

[326] См., например, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4,* 1 July 2003, UNRIAA, vol. XXVI (Sales No. B.06.V.7), p. 73, 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)); *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (см. сноску 261 выше), 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 международного обычного права); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 47, para. 94 («Нормы, изложенные в Венской конвенции о праве международных договоров и касающиеся прекращения договорного отношения из-за нарушения (против которых не было подано возражений), могут во многих отношениях рассматриваться как кодификация действующего обычного права в этом вопросе»).

[327] См., например, *Continental Shelf* (сноска 258 выше), 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»).

в связи с договорным обязательством, но и исходя из убежденности в том, что норма, закрепленная в договоре, является или стала международным обычным правом[328].

5) Подпункт *a*) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, выражает ранее существовавшую норму международного обычного права[329]. При выяснении того, так ли именно обстоит дело в отношении предполагаемой нормы международного обычного права, следует сначала изучить текст договора, в котором может содержаться прямое указание по этому вопросу[330]. Тот факт, что оговорки к договорному положению прямо допускаются, может быть значимым, но он не обязательно указывает на то, отражает ли соответствующее положение международное обычное право[331]. Такие указания в тексте, однако, встречаются редко и, как правило, относятся к договору в целом, а не к содержащимся в нем конкретным нормам[332]; в таком случае или в тех случаях, когда в договоре ничего не об этом говорится, могут учитываться материалы подготовительной работы над договором (travaux préparatoires)[333], включая любые заявления государств в ходе редакционного процесса, которые могут раскрыть намерение кодифицировать существующие нормы международного обычного права. Если будет установлено, что участвовавшие в переговорах государства действительно считали, что рассматриваемая норма является нормой международного обычного права, это было бы доказательством признания в качестве права (opinio juris), которое имеет тем больший вес при идентификации нормы обычного права, чем большим было число договаривающихся государств. При этом, однако, по-прежнему необходимо рассмотреть вопрос о том, поддерживается ли эта норма достаточно многочисленными и репрезентативными, а также последовательными примерами соответствующей практики; это нужно не только потому, что тот факт, что стороны утверждают, что договор отражает существующее право, является (в той степени, в которой он относится к третьим сторонам) не более чем одним доказательством этого, но и потому, что нормы обычного 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 международного обычного права, которая только формировалась в то время, когда договор находился в процессе подготовки, вследствие чего позднее договорная норма стала отражать норму международного обычного права[334]. Здесь также, чтобы убедиться, что дело

---

[328] В делах *North Sea Continental Shelf* это соображение привело к дисквалификации нескольких приведенных примеров практики государств (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), p. 43, para. 76).

[329] См., например, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (сноска 249 выше), para. 87.

[330] В Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года, например, стороны «*подтверждают**, что геноцид независимо от того, совершается ли он в мирное иди военное время, является преступлением, которое нарушает нормы международного права» (ст. I); а в Женевской конвенции об открытом море 1958 года содержится следующий пункт преамбулы: «*желая* кодифицировать постановления международного права, касающиеся открытого моря». Договор может также указывать на то, что он воплощает в себе прогрессивное развитие, а не кодификацию; в деле *Colombian–Peruvian asylum case*, например, Международный Суд пришел к выводу о том, что преамбула к Конвенции Монтевидео о политическом убежище 1933 года, 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 260 выше), p. 277).

[331] См. также Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятое Комиссией на ее шестьдесят третьей сессии, руководящие положения 3.1.5.3 (Оговорки к положению, отражающему обычную норму) и 4.4.2 (Отсутствие последствий для прав и обязательств по международному обычному праву), *Ежегодник… 2011 год*, т. II (часть вторая), гл. IV, п. 75, и там же, т. II (часть третья). Текст руководящих положений, составляющих Руководство по практике, фигурирует в приложении к резолюции 68/111 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2013 года.

[332] В Конвенции 1930 года по некоторым вопросам, касающимся коллизии законов о гражданстве, например, предусматривается: «Включение вышеуказанных принципов и норм в Конвенцию ни в коей мере не рассматривается как нанесение ущерба вопросу о том, являются они или нет частью международного права» (ст. 18). 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 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».

[333] В рамках дел *North Sea Continental Shelf*, рассматривая вопрос о том, действительно ли статья 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 года отражала международное обычное право во время подготовки Конвенции, Международный Суд постановил: «Статус 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, и Суд считает этот обзор также достаточным для нынешних целей, с тем чтобы показать, что принцип равного отстояния, 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 международного обычного 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 257 выше), p. 38, para. 62). См. также *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 258 выше), pp. 138–139, para. 89.

[334] Даже в тех случаях, когда какое-либо договорное положение в конечном итоге не удается согласовать, по-прежнему сохраняется возможность того, что международное обычное право сформируется позднее «через посредство практики государств

обстоит именно так, необходимо оценить, принята ли формулировка договора в качестве права и действительно ли она поддерживается всеобщей практикой[335].

7) Подпункт *c*) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, породила новую норму международного обычного права[336]. Установление того, что этот процесс действительно имел место, требует тщательного анализа. Как пояснил Международный Суд в делах *Континентальный шельф Северного моря*, для того чтобы установить, что какая-либо норма, закрепленная в договоре, привела к формированию нормы обычного международного права:

> Во-первых, необходимо, чтобы соответствующее положение в любом случае потенциально обладало нормообразующим характером, который может рассматриваться как ведущий к формированию общей нормы права. [...] …Непременным требованием [в этом случае] 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[337].

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 международным обычным 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 целом ряде двусторонних или других договоров, устанавливающих аналогичные права и обязанности для широкого круга государств, не обязательно означает, что в таких положениях отражены нормы международного обычного права. Хотя действительно может быть так, что такое повторение свидетельствует о существовании соответствующей нормы международного обычного 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 такой нормы[338]. 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, сама по себе не может создавать норму международного обычного права.

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

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

на основе обсуждений и почти достигнутых соглашений на этой Конференции [на которой проходили переговоры по договору]» (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 23, para. 52).

[335] См., например, *Continental Shelf* (сноска 258 выше), 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»).

[336] 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 международного обычного права» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), p. 41, para. 71). Один из примеров можно найти в Гаагских положениях, содержащихся в приложении к Гаагской конвенции 1907 года (IV) 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 международного обычного права), они впоследствии стали рассматриваться как отражение международного обычного 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).

[337] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), 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 249 выше), 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 международного обычного 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»).

[338] См. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, *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 [об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств], 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»).

Комментарий

1) Проект вывода 12 посвящен роли, которую резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, могут играть в процессе определения норм международного обычного права. В нем говорится, что, хотя такие резолюции сами по себе не могут ни представлять собой нормы международного обычного права, ни служить убедительным доказательством их существования и содержания, они иногда могут иметь ценность в качестве доказательств существования или формирования права[339].

2) Как и в проекте вывода 6, термин «резолюции» относится ко всем резолюциям, решениям и другим актам, принятым государствами в рамках международных организаций или на межправительственных конференциях, независимо от их наименования[340], а также независимо от того, носят ли они юридически обязывающий характер. Особое внимание в настоящем контексте уделяется резолюциям Генеральной Ассамблеи – пленарного органа с практически всеобщим участием, который может служить удобным средством изучения коллективных мнений ее членов. Резолюции, принятые органами или на конференциях с более ограниченным составом участников, также могут иметь определенное значение, хотя их весомость в определении нормы (общего) международного обычного права, скорее всего, будет меньшей.

3) Хотя резолюции органов международных организаций являются актами этих органов, в контексте настоящего проекта вывода важно то, что они могут отражать коллективное выражение мнений государств – членов таких органов: когда они преследуют цель (прямо или косвенно) затронуть правовые вопросы, они могут помочь получить представление о позиции их членов в отношении таких вопросов. Многое из того, что уже было сказано о договорах в проекте вывода 11, относится и к резолюциям; вместе с тем, в отличие от договоров, резолюции, как правило, не являются юридически обязывающими документами, по большей части не стремятся воплотить в себе юридические права и обязанности и, как правило, подвергаются гораздо менее тщательному юридическому анализу, чем предлагаемые 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 международного обычного права. Иными словами, сам по себе факт принятия резолюции (или ряда резолюций) с целью заложить нормы международного обычного 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».

5) В пункте 2 подтверждается, что, во-первых, резолюции тем не менее могут помочь в определении норм международного обычного права, предоставляя доказательства их существования и содержания. Как отметил Международный Суд в консультативном заключении по вопросу о *Законности угрозы ядерным оружием или его применения*, 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»[341]. Это особенно верно в тех случаях, когда резолюция по своей цели является декларацией о существовании нормы международного обычного права, и в этом случае она может служить доказательством признания такой нормы в качестве права со стороны государств, поддержавших эту резолюцию. Другими словами, «факт согласия с текстами таких резолюций… может пониматься как признание действительности провозглашенной в резолюции нормы или ряда норм»[342]. И наоборот, голосование против, воздержание при голосовании или несогласное мнение, наряду с общими высказываниями и пояснениями позиции, могут свидетельствовать об отсутствии признания в качестве права и, таким образом, об отсутствии такой нормы.

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»[343]. 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 международного обычного права. Как указал Международный Суд в деле *Законность угрозы ядерным оружием или его применения,*

необходимо проанализировать содержание [резолюции] и обстоятельства ее принятия; кроме того, необходимо рассмотреть

---

[339] См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 261 выше), pp. 254–255, para. 70; Iran-United States Claims Tribunal, *Sedco Inc v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, second interlocutory award, Award No. ITL 59-129-3 of 27 March 1986, ILR, vol. 84, p. 483, at p. 526.

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

[341] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 261 выше), pp. 254–255, para. 70 (где делается ссылка на резолюции Генеральной Ассамблеи).

[342] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), p. 100, para. 188. См. также *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Final Award of 24 March 1982, ILR, vol. 66, p. 518, at pp. 601–602, para. 143.

[343] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), p. 99, para. 188.

вопрос о том, существует ли opinio juris относительно ее нормативного характера. Или же серия резолюций может свидетельствовать о постепенной эволюции opinio juris, необходимого для создания новой нормы[344].

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[345]. Также значимыми являются дискуссии и переговоры, приведшие к принятию резолюции, и особенно объяснения мотивов голосования, объяснения позиции и аналогичные заявления, сделанные непосредственно до или после принятия резолюции[346]. Степень поддержки резолюции (которую можно определить по размеру большинства и количеству проголосовавших против или воздержавшихся) 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, вызвавшие возражения у большого числа государств, вряд ли можно рассматривать как отражающие нормы международного обычного права[347].

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 международного обычного права. Это может иметь место в тех случаях, когда, как и в случае с договорными положениями, 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 кристаллизует формирующуюся норму.

8) В пункте 3, логически продолжающем пункты 1 и 2, уточняется, что положения резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, не могут сами по себе служить убедительным доказательством существования и содержания норм международного обычного права. Это вытекает из указания на то, что существование нормы opinio juris государств, о котором свидетельствует резолюция, должно подтверждаться практикой; таким образом, необходимы другие доказательства, в частности чтобы показать, подтверждается ли предполагаемая норма фактической практикой государств[348]. Положение резолюции не может служить доказательством нормы международного обычного права в том случае, если фактическая 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 международного обычного права, являются вспомогательным средством для определения таких норм.

2. В соответствующих случаях могут учитываться решения национальных судов, касающиеся существования и содержания норм международного обычного 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 идентификации норм международного обычного права. Следует отметить, что решения национальных судов могут играть двойную роль в идентификации норм международного обычного права. С одной стороны, как показывают проекты выводов 6 и 10, они могут считаться практикой государства суда и/или доказательством признания в качестве правовой нормы (opinio juris) государством суда. Проект вывода 13, с другой стороны, указывает на то, что такие решения могут также служить в качестве вспомогательного средства определения норм международного обычного 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 судебные решения являются «вспомогательным средством» (moyen auxiliaire) при определении норм международного права, включая нормы международного

---

[344] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 261 выше), p. 255, para. 70.

[345] В резолюции 96 (I) от 11 декабря 1946 года, например, Генеральная Ассамблея «*утверждает*, что геноцид, с точки зрения международного права, является преступлением», и эта формулировка предполагает, что этот пункт является декларацией существования нормы международного обычного права.

[346] 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.

[347] См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 261 выше), 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»).

[348] См., например, чрезвычайные палаты в судах Камбоджи, Палата Верховного суда, *KAING Guek Eav alias Duch*, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Appeal Judgment, 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 международное обычное право в тот или иной соответствующий момент времени»).

обычного права. Термин «вспомогательное средство» обозначает вспомогательную роль таких решений при прояснении правовых положений, которые сами по себе не являются источником международного права, как договоры, международное обычное право или общие принципы права. Использование термина «вспомогательное средство» не должно подразумевать, что такие решения не являются важными на практике.

3) Решения судов и трибуналов по вопросам международного права, в частности те решения, в которых рассматривается существование норм международного обычного права и такие нормы идентифицируются и применяются, могут служить ценным руководством при определении наличия или отсутствия норм международного обычного права. Ценность таких решений, однако, значительно варьируется в зависимости как от качества обоснования каждого решения (в том числе степени, в которой оно основывается на тщательном изучении доказательств предполагаемой всеобщей практики, признанной в качестве права), так и от восприятия этого решения государствами и другими судами. Другие соображения могут, в зависимости от обстоятельств, включать состав суда или трибунала (и особую квалификацию его членов); размер большинства, в соответствии с которым было принято решение; и условия, в которых суд или трибунал функционирует/проводит свою работу. Необходимо помнить о том, что судебные решения о состоянии международного обычного права не блокируют развитие права; нормы международного обычного права могли эволюционировать со времени конкретного решения[349].

4) В пункте 1 говорится о «международных судах и трибуналах», и этот термин включает любой международный орган, осуществляющий судебные полномочия, который призван рассматривать нормы международного обычного 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 знаком признания важности его судебной практики и его особых полномочий в качестве единственного постоянного международного суда общей юрисдикции[350]. В дополнение к предшественнику Международного Суда, Постоянной палате международного правосудия, термин «международные суды и трибуналы» включает (но не ограничивается ими) специализированные и региональные суды, такие как Международный трибунал по морскому праву (МТМП), Международный уголовный суд и другие международные уголовные трибуналы, региональные суды по правам человека и Апелляционный орган Всемирной торговой организации (ВТО). 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, обеспечивают 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 могут лишь отражать мнения конкретного судьи или затрагивать вопросы, не поддержанные данным судом или трибуналом.

6) Пункт 2 касается решений национальных судов (также именуемых внутренними или муниципальными судами)[351]. Различие между международными и национальными судами не всегда является четким; по смыслу настоящих выводов термин «национальные суды» также применяется к судам с международной структурой, действующим в рамках одной или нескольких национальных правовых систем, таким 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 международного обычного права требуется определенная осмотрительность. Это отражено в разных формулировках пунктов 1 и 2, в частности в использовании слов «в соответствующих случаях могут учитываться» в пункте 2. В данном контексте решения международных судов, как правило, имеют более значительный вес, чем решения национальных судов, поскольку первые, вероятно, будут иметь больший опыт работы в области международного права и они, вероятно, в меньшей степени отражают конкретную национальную позицию. Кроме того, необходимо помнить о том, что национальные суды функционируют в рамках конкретной правовой системы, которая может включать в себя международное право лишь определенным образом и в ограниченной степени. В отличие от международных судов национальные суды могут не иметь экспертных знаний в области

---

[349] Нельзя говорить о том, что решения международных судов и трибуналов играют решающую роль для целей идентификации норм международного обычного права.

[350] Хотя не существует никакой иерархии международных судов и трибуналов, решения Международного Суда нередко рассматриваются в качестве убедительного прецедента для других судов и трибуналов. См., например, European Court of Human Rights, *Jones and Others v. the United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014, para. 198; *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, *ITLOS Reports 1999*, p. 10, at paras. 133–134; WTO, Appellate Body Report, *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, принятое 1 ноября 1996 года, разд. D.

[351] Относительно решений национальных судов, являющихся вспомогательным средством определения норм международного обычного права, см. также, например, International Tribunal for the Former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalić et al*., Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. II, p. 951, at p. 1261, para. 414.

международного права и, возможно, приняли свои решения без заслушивания аргументов со стороны государств[352].

Вывод 14. Доктрины

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

Комментарий

1) Проект вывода 14 касается роли доктрин 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 международного обычного 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, сами по себе доктрины не являются источником международного обычного права, но они могут использоваться в целях определения существования и содержания норм международного обычного 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 оценивать право.

3) Используя письменные труды, необходимо проявлять осторожность, поскольку их ценность для определения существования нормы международного обычного права различается; это находит свое отражение в словах «могут служить». Во-первых, авторы могут стремиться не просто зафиксировать состояние существующего права (lex lata), но также 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 позиции 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 для изложения гипотез их авторов относительно того, каким бы право могло быть, а для установления надежных доказательств реального содержания права[353].

4) Термин «специалисты», который взят из Статута Международного Суда, охватывает всех тех, чья научная работа может 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 идентификации международного обычного права, а также то, насколько его текст остается верным этому подходу. Ссылка на специалистов по публичному праву «различных государств» подчеркивает важное значение охвата, насколько это возможно, работ, представляющих основные правовые системы и регионы мира и написанных на разных языках.

5) Результаты работы международных органов, участвующих в кодификации и развитии международного права, могут служить в этой связи полезным ресурсом. Такие коллективные органы включают Институт международного права и Ассоциацию международного права, а также международные экспертные органы, специализирующиеся в конкретных областях. Ценность каждого результата необходимо тщательно оценивать с учетом мандата и специализации соответствующего органа, тщательности и объективности его работы по конкретному вопросу, поддержки конкретного результата в рамках самого органа и восприятия данного результата государствами.

Часть шестая

НАСТОЙЧИВО ВОЗРАЖАЮЩЕЕ ГОСУДАРСТВО

Часть шестая содержит единственный проект вывода, посвященный настойчиво возражающему государству.

Вывод 15. Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы международного обычного права в то время, как эта норма находилась в процессе формирования, эта норма не противопоставима данному государству до тех пор, пока оно продолжает возражать.

[352] См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании международного обычного права, стали бы более доступными» (сноска 287 выше), с. 370 англ. текста, п. 53.

[353] United States, Supreme Court, *The Paquete Habana and The Lola*, 175 U.S. 677 (1900), at p. 700. См. также *The Case of the S.S. "Lotus"* (сноска 253 выше), pp. 26 and 31.

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

Комментарий

1) Нормы международного обычного 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»[354]. Тем не менее, когда государство, которое настойчиво возражало против *формирующейся* нормы международного обычного 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 идентификацией норм международного обычного права.

2) Норму о настойчиво возражающем государстве следует отличать от ситуации, когда возражение значительного числа государств против формирования новой нормы международного обычного права полностью препятствует появлению такой новой нормы (из-за отсутствия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы)[355], и ее применение обусловлено строгими требованиями.

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 и/или пытаться обеспечить ее непротивопоставимость данному государству, если норма все же окончательно оформится. В качестве примера можно сослаться на противодействие некоторых государств формирующейся 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 отношении них нормы о территориальном море большей ширины[356]. Если установлено, что некая норма международного обычного права уже сложилась, бремя закрепления права на использование статуса настойчиво возражающего государства ложится на само возражающее государство.

4) Норма о настойчиво возражающем государстве часто задействуется и признается как в международной, так и во внутригосударственной судебной практике[357], а также в других контекстах[358]. Несмотря на расхождения во мнениях, норма о настойчиво возражающем государстве широко признается государствами и юристами, а также научными организациями, занимающимися международным правом[359].

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 международного обычного права, причем чем раньше это будет сделано, тем убедительнее будет его позиция. Хотя разграничить возражение и нарушение не всегда просто, нормы о постфактум возражающем государстве не существует: когда норма начинает действовать, никакое

---

[354] *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 257 выше), pp. 38–39, para. 63. Это относится к нормам «общего» международного обычного права в отличие от норм «партикулярного» международного обычного права (см. проект вывода 16 ниже).

[355] См., например, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46 (1978), judgment of 13 December 1977, 2 BvM 1/76, No. 32, p. 342, at p. 389, para. 6 («Это касается не только поведения, с помощью которого государство может успешно выступать против применения действующей общей нормы международного права с самого начала в случае настойчивого оспаривания прав (по смыслу решения Международного Суда по делу *Fisheries case* [см. сноску 292 выше], p. 131); в гораздо большей степени речь идет о случае, когда в настоящее время нельзя предположить, что соответствующая общая норма международного права существует».

[356] 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.

[357] См., например, *Fisheries case* (сноска 292 выше), p. 131; Inter-American Commission on Human Rights, *Michael Domingues v. United States*, Case No. 12.285 (2002), report No. 62/02, paras. 48 and 49; European Court of Human Rights, *Sabeh El Leil v. France* [GC], No. 34869/05, 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 [and Corr.1 and Add.1–9], приняты 21 ноября 2006 года, at p. 335, footnote 248; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, at p. 715, para. 54.

[358] См. например, заявление Турции в 1982 году на третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XVII (Plenary Meetings, Summary Records and Verbatim Records, as well as Documents of the Conference, Resumed Eleventh Session and Final Part of the Eleventh Session and Conclusion)* (United Nations publication, Sales No. E.84.V.3), 189th plenary meeting (A/CONF.62/SR.189), p. 76, para. 150 (URL: http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/vol17.shtml); United States Department of Defense, *Law of War Manual* (Washington, D.C., Office of General Counsel, Department of Defense, 2015), pp. 29–34, sect. 1.8 (Customary international law), in particular p. 30, sect. 1.8 («Международное обычное право, как правило, является обязательным для всех государств, однако государства, настойчиво возражавшие против некой нормы международного обычного права в ходе ее развития, этой нормой не связаны») and p. 34, sect. 1.8.4; *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius, vol. I (18 November 2013), p. 124, para. 5.11 (https://pca-cpa.org/en/cases/11/).

[359] 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 может, безусловно, отказаться применять в рамках договора такую норму, которая не налагает на нее обязательств в соответствии с общим международным правом» (см. п. 7) комментария к руководящему положению 3.1.5.3, *Ежегодник… 2011 год*, т. II (часть третья), сс. 259–260).

возражение не может оправдать государство, желающее освободить себя от ее применения.

6) Если какое-либо государство определяет себя как настойчиво возражающее государство, соответствующая норма не применяется к нему до тех пор, пока оно придерживается своего возражения; выражение «непротивопоставима» используется 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 международного обычного 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[360]. Однако к форме самого возражения конкретных требований нет. В частности, 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 международного обычного 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, что государство от своего возражения отказалось). В числе таких обстоятельств может быть, например, конференция, на которой в присутствии возражающего государства вновь утверждается данная норма. Тем не менее 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) Включение проекта вывода 15 в настоящие проекты выводов не наносит ущерба какому бы то ни было вопросу jus cogens.

Часть седьмая

ПАРТИКУЛЯРНОЕ МЕЖДУНАРОДНОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО

Часть седьмая содержит единственный проект вывода, касающийся партикулярного международного обычного права (которое иногда называется «региональным обычаем» или «особым обычаем»). Хотя нормы общего международного обычного права распространяются на все государства, нормы партикулярного международного обычного права применяются между ограниченным числом государств. Несмотря на то что они встречаются нечасто, они могут играть существенную роль в межгосударственных отношениях, согласовывая между собой различающиеся интересы и ценности, разделяемые лишь некоторыми государствами[361].

Вывод 16. Партикулярное международное обычное право

1. Норма партикулярного международного обычного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой международного обычного права, которая применяется лишь между ограниченным числом государств.

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

Комментарий

1) Возможность существования норм международного обычного права, которые не носят всеобщего характера, никем не оспаривается. Это подтверждается практикой Международного Суда, который, в частности, ссылался на нормы международного обычного права, «характерные для межамериканской правовой системы»[362] или «воздействие которых ограничено Африканским континентом так же, как ранее оно было ограничено испаноязычной Америкой»[363], а также на «местный обычай»[364] и на международное обычное право «регионального

[360] См., например, Hong Kong Court of Appeal, *C v. Director of Immigration and another*, [2011] HKCA 159, CACV 132/2008 (2011), para. 68 («Доказательство наличия возражения должно быть ясным»).

[361] Не исключена вероятность того, что со временем такие нормы могут превратиться в нормы общего международного обычного права.

[362] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 249 выше), p. 105, para. 199.

[363] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 21.

[364] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (см. сноску 261 выше), p. 200; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 261 выше), p. 39.

характера»[365]. В число дел, в рамках которых вставал вопрос о идентификации таких норм, входят дело *Колумбийско-перуанское убежище*[366] и *Дело, касающееся права прохода по индийской территории*[367]. Термин «партикулярное международное обычное право» относится именно к таким нормам в отличие от норм международного обычного 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[368].

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 международного обычного права, если в настоящем проекте вывода не оговорено иное. В частности, применяется двухэлементный подход, описанный в настоящем комментарии[369].

3) В пункте 1, который носит характер определения, поясняется, что партикулярное международное обычное право применяется лишь между ограниченным числом государств. Его следует отличать от «общего» международного обычного права, т. е. такого международного обычного права, которое в принципе применяется ко всем государствам. Таким образом, сама по себе норма партикулярного международного обычного права не создает ни обязательств, ни прав для третьих государств[370].

4) Нормы партикулярного международного обычного права могут применяться в отношениях между различными видами объединений государств. Нередко упоминаются нормы партикулярного права регионального характера, например «свойственные латиноамериканским государствам» (типичным примером является институт дипломатического убежища)[371]. Партикулярное международное обычное право может действовать и в менее обширной географической области, например в субрегионе, или даже являться обязательным всего для двух государств. Такой обычай рассматривался в деле *Право прохода*, в котором Международный Суд постановил:

> 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[372].

Дела, в рамках которых рассматривались утверждения о наличии подобных норм партикулярного международного обычного права, касались, в частности, права на доступ к анклавам на иностранной территории[373]; совместного права собственности (совместного владения) трех прибрежных государств на исторические воды[374]; права на натуральное рыболовство для граждан, проживающих на берегу пограничной реки между двумя государствами[375]; права на трансграничные/международные транзитные перевозки без пограничного оформления[376]; и обязательства достичь договоренности относительно регламентации производства электроэнергии на реке, являющейся границей между двумя государствами[377].

5) Хотя между двумя государствами, применяющими некую норму партикулярного международного обычного права, как правило, существует определенная географическая близость, она не всегда обязательна. Цель выражения «будь то регионального, местного или иного» – признать, что, хотя партикулярное международное обычное право действует в основном на региональном, субрегиональном или местном уровне, в принципе нет никаких причин полагать, что некая норма партикулярного международного обычного 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

---

[365] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 269 выше), p. 233, para. 34.

[366] *Colombian–Peruvian asylum case* (см. сноску 260 выше).

[367] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 261 выше).

[368] См. также проект вывода 9, п. 2, выше.

[369] Международный Суд рассматривает партикулярное международное обычное право как относящееся к Статье 38, п. 1 *b*), его Статута: см. *Colombian–Peruvian asylum case* (сноска 260 выше), pp. 276–277.

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

[371] *Colombian–Peruvian asylum case* (см. сноску 260 выше), p. 276.

[372] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 261 выше), p. 39.

[373] *Ibid*., p. 6.

[374] См. претензию Гондураса в деле *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 351, at p. 597, para. 399.

[375] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 269 выше), pp. 265–266, paras. 140–144; см. также особое мнение судьи Сепульведы-Амора, at pp. 278–282, paras. 20–36.

[376] *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court, 1980 (2) SA 894 (O), 7 March 1980, ILR, vol. 82, p. 358, at pp. 368–375 (заявление Дж. Смутса о том, что «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» (p. 359)).

[377] *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.

интересов, установленной в силу договора или иным образом.

6) В пункте 2 излагаются субстантивные требования к идентификации нормы партикулярного международного обычного права. По сути, определение существования такой нормы состоит в поиске общей практики, сложившейся в отношениях между соответствующими государствами и признанной ими в качестве практики, регулирующей их отношения. В деле *Колумбийско-перуанское 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», следующее:

> 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»[378].

7) Таким образом, двухэлементный подход, требующий и наличия всеобщей практики, и ее признания в качестве правовой нормы (opinio juris), также применяется в случае идентификации норм партикулярного международного обычного права. Тем не менее в случае партикулярного международного обычного 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 международного обычного права распространяется более строгий двухэлементный подход.

---

[378] *Colombian–Peruvian asylum case* (см. сноску 260 выше), pp. 276–277.