



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
17 May 2013
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят пятая сессия

Женева, 6 мая — 7 июня и 8 июля — 9 августа 2013 года

Первый доклад по теме «Формирование и доказательство существования международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом*

Содержание

	Стр.
Часть первая. Предисловие	3
I. Введение	3
II. Предыдущая работа Комиссии	4
Часть вторая. Сфера охвата и результаты работы	7
III. Сфера охвата и результаты работы по теме	7
IV. Следует ли включать <i>jus cogens</i> в предмет исследования	11
Часть третья. Международное обычное право как источник международного права	14
V. Международное обычное право и его связь с другими источниками, перечисленными в статье 38 Статута Международного Суда	14
VI. Терминология	20
Часть четвертая. Виды справочных материалов для работы по теме	22
VII. Подход государств и межправительственных органов	23
VIII. Прецедентное право Международного Суда	25
IX. Прецедентное право других судов и трибуналов	32
X. Работа других органов	48

* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить г-на Омри Сендера за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада.



XI.	Специальная литература	51
	Часть пятая. Будущая работа	65
XII.	Будущая программа работы	65

Часть первая. Предисловие

I. Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия постановила включить в свою текущую программу работы тему «Формирование и доказательство существования международного обычного права» и назначила Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме¹. Специальный докладчик подготовил записку, в которой он изложил свои предварительные соображения по этой теме, в частности в отношении сферы охвата и ориентировочной программы работы², и которая легла в основу первоначального обсуждения на более позднем этапе сессии³.

2. В ходе прений в Шестом комитете ближе к концу года делегации подчеркнули важность и полезность этой темы, а также значительную роль, которую играет международное обычное право на международном и национальном уровнях. Были отмечены также свойственные этой теме сложности, включая трудность оценки существования нормы международного обычного права. Кроме того, делегации подчеркнули необходимость сохранения гибкости обычно-правового процесса. В числе прочего указывалось на важность исследования смыслового содержания и проявлений практики и *opinio juris* государств как конститутивных элементов международного обычного права; соответствующие связи между международными договорами и международным обычным правом; необходимость изучения роли международных организаций в контексте формирования и доказательства существования норм международного обычного права; и желательность получения практически значимых результатов⁴.

3. В своей резолюции 67/92 Генеральная Ассамблея с признательностью отметила решение Комиссии включить настоящую тему в свою программу работы и обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно располагать их мнениями по конкретным вопросам, указанным в главе III доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят четвертой сессии⁵.

4. На своей шестьдесят четвертой сессии Комиссия просила государства «представить информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, приемлемых для установления норм такого права в той или иной ситуации, а именно: а) официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и б) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов»⁶. Специальный докладчик предлагает Комиссии просить государства представить ответы до 31 января 2014 года.

¹ A/CN.4/SR.3132, p. 16.

² A/CN.4/653.

³ A/CN.4/SR.3148, 3150, 3151, 3152 (24, 26, 27 and 30 July 2012); A/67/10, стр. 124-131.

⁴ A/C.6/67/SR.18-25; доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей и шестьдесят четвертой сессий: подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/657), пункты 47–52.

⁵ Резолюция 67/92 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года, пункты 4 и 7.

⁶ A/67/10, стр. 8.

5. Комиссия просила также Секретариат подготовить меморандум с изложением элементов предыдущей работы Комиссии, которые могут представлять особый интерес в контексте рассматриваемой темы⁷. Как показано далее в разделе II, в меморандуме Секретариата приводятся подробные сведения о соответствующей практике Комиссии за прошлые годы⁸, и он послужит полезным ресурсом для последующей работы Комиссии.

6. Настоящий доклад имеет вводный характер. Его цель — заложить основу для будущей работы и обсуждений по данной теме. Поэтому во второй его части, следующей за обзором соответствующей предыдущей работы Комиссии, обсуждается сфера охвата темы (включая вопрос о целесообразности включения в нее *jus cogens*) и возможные результаты работы. В третьей части рассматриваются некоторые вопросы, касающиеся международного обычного права как источника права, включая статью 38.1(b) Статута Международного Суда и вопросы терминологии. В четвертой части описываются основные категории материалов о процессах формирования и доказывания существования международного обычного права (практика государств и межправительственных субъектов, прецедентное право Международного Суда и других судов и трибуналов; работа других органов; и специальная литература). При этом в докладе рассматриваются различные подходы, предлагаемые в отношении формирования и доказательства существования международного обычного права, и опыт, накопленный в этой связи.

7. С самого начала следует отметить, что особого упоминания заслуживает работа Ассоциации международного права, которая более подробно освещается в разделе X ниже. Подготовленное Ассоциацией в 2000 году «Лондонское заявление о принципах»⁹ явилось результатом обширного 15-летнего исследования, имевшего целью изучение процесса формирования международного обычного права и завершившегося около 13 лет назад. По ряду важных параметров работа Комиссии будет отличаться от работы Ассоциации, не в последнюю очередь в силу уникального положения Комиссии как вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи и обусловленных этим отношений между Комиссией и государствами¹⁰.

II. Предыдущая работа Комиссии

8. Полезно напомнить о деятельности Комиссии в этой связи, включая ее ранние наработки в соответствии со статьей 24 ее Положения, а также ее работу по праву международных договоров и по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права». Многие в работе Комиссии касаются выявления

⁷ A/67/10, стр. 124.

⁸ A/CN.4/659.

⁹ *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, with commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000.

¹⁰ G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 128-9 («...наиболее авторитетное разъяснение критериев обычая могло бы быть получено посредством составления тщательно проработанного обзора, подготовленного, к примеру, Комиссией международного права Организации Объединенных Наций»).

международного обычного права, хотя порою она придерживается осторожного подхода в том, что касается проведения четкого различия между кодификацией международного права и его прогрессивным развитием¹¹.

9. Руководствуясь статьей 24 Положения¹², на своей первой и второй сессиях в 1949 и 1950 годах Комиссия рассмотрела тему «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права». На основе меморандума Секретариата¹³ и рабочего документа, подготовленного Мэнли О. Хадсоном¹⁴, Комиссия вынесла ряд рекомендаций, включая рекомендацию Генеральной Ассамблее обратить внимание правительств на желательность издания ими сборников своей дипломатической корреспонденции и других материалов, относящихся к международному праву, с тем чтобы сделать свидетельства их практики более доступными¹⁵. Этот авторитетный доклад привел к появлению ряда важных изданий в сфере международного права как на национальном, так и на международном уровнях, включая “United Nations Legislative Series” («Законодательная серия Организации Объединенных Наций») и “Reports of International Arbitral Awards” («Сборники международных третейских решений»), а также внутригосударственные сборники по практике¹⁶.

10. В целях оказания содействия Комиссии в выборе тем в 1948¹⁷ и 1971¹⁸ годах было подготовлено два важных обзора в области международного

¹¹ D. McRae, “The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission”, *Journal of International Law and Diplomacy (Kokusaiho Gaiko Zasshi)*, 111 (2013), 75-94.

¹² Статья 24 Положения о Комиссии гласит: «Комиссия рассматривает способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными, как, например, путем компиляции и опубликования документов, определяющих установившуюся практику государств, судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет о том доклад Генеральной Ассамблее».

¹³ A/CN.4/6 и Corr.1.

¹⁴ A/CN.4/16 и Add.1. Касаясь сферы применения обычного международного права, Хадсон, в частности, предположил: «Для возникновения принципа или нормы обычного международного права требуется наличие следующих условий: а) однообразной практики ряда государств в связи с ситуацией, которая по характеру своему относится к области международных отношений; б) продолжения или повторения этой практики в течение значительного периода времени; в) сознания, что соблюдение этой практики обязательно или допустимо по действующему международному праву; г) общего молчаливого признания этой практики другими государствами» (пункт 11). Далее в этом рабочем документе рассматривались свидетельства существования международного обычного права.

¹⁵ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, 367-374 (Доклад КМП за 1950 год, документ A/1316, пункты 24-94, особенно пункты 90-94); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), 70-82, reproduced in A. Parry (ed.), *Collected Papers of Professor Clive Parry* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2012), Vol. II, 1-105.

¹⁶ A/CN.4/659, пункты 9-11. В 1968 году Комитет министров Совета Европы утвердил «Типовой план по классификации документов, касающихся практики государств в области международного публичного права» (CM/Res (68) 17), который служит основой для ряда национальных изданий; в 1997 году в Типовой план были внесены существенные изменения (CM/Rec (97) 11).

¹⁷ *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of*

права. Интересно напомнить, что говорилось в исследовании 1948 года под заголовком «Источники международного права»:

«Этот аспект международного права был успешно кодифицирован в определении источников международного права, закрепленном в статье 38 Статута Международного Суда. Международные арбитражные суды неоднократно указывали на авторитетный характер данного определения. Вряд ли имеют какой-либо практический смысл попытки его конкретизировать, например посредством определения условий возникновения и сохранения действия международного обычая или путем перечисления некоторых из общих принципов права, признаваемых статьей 38 Статута в качестве одного из трех основных источников права, применяемых Судом. Включение определения источников международного права в любую общую модель кодификации будет отвечать требованиям системной симметрии, но не какой-либо насущной практической потребности. Однако любые комментарии, сопровождающие определение и систематизирующие опыт применения различных источников международного права Международным Судом и другими международными трибуналами, могли бы быть явно полезны»¹⁹.

В обзоре 1971 года этот вопрос уже не затрагивался. Но в неофициальном обзоре от 1998 года в разделе, озаглавленном «Вопросы, которые не следует вносить в повестку дня КМП», говорилось:

«КМП не следует включать тему «Источники» (за исключением международных договоров) в свою повестку дня. Кодификация относительно гибких процессов, посредством которых формируются нормы международного обычного права, контрпродуктивна и может оказаться неосуществимой. Кроме того, вопросы об источниках являются основополагающими (например, что есть обычай? как он формируется?) в отличие от вторичных вопросов (например, каковы правила толкования договоров?), и такие основополагающие вопросы, как представляется, носят исключительно теоретический характер»²⁰.

Принимая решение о том, чтобы заняться рассматриваемой темой, Комиссия учитывала эти ранее выраженные мнения. Но она также учитывала, как указывается в конспекте 2011 года, следующее:

«Для всех, кто должен применять нормы международного права, существенно важно по достоинству оценивать процесс формирования и выявления его норм. Обеспечение общего понимания этого процесса могло бы иметь важное практическое значение. И не в последнюю очередь это обу-

the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/1/Rev.1, 10 February 1949) (United Nations publication, Sales No. 1948.V.1(1)). В 1960 году Секретарь Комиссии особо отметил тот факт, что автором обзора 1948 года был Херш Лаутерпахт: *Yearbook of the International Law Commission 1960*, vol. I, 52.

¹⁸ Обзор международного права: рабочий документ, подготовленный Генеральным секретарем: A/CN.4/245, *Ежегодник Комиссии международного права, 1971 год* (United Nations publication, Sales No. E.72.V.6 (Part II). том II, часть вторая, 1.

¹⁹ *Supra* note 17, at 22.

²⁰ *Report of the Study Group on the Future Work of the International Law Commission*, para. 104, in M.R. Anderson et al (eds.), *The International Law Commission and the future of international law* (British Institute of International and Comparative Law, 1998), 42.

словлено тем, что вопросами международного обычного права все чаще приходится заниматься тем, кто могут не быть специалистами в области международного права, в частности сотрудникам внутренних судов многих стран, государственных ведомств, помимо министерств иностранных дел, и лицам, работающим для неправительственных организаций»²¹.

11. Как поясняется в меморандуме Секретариата (A/CN.4/659), Комиссия неоднократно обращалась к вопросам формирования и выявления международного обычного права. Опираясь на результаты соответствующей работы Комиссии начиная с 1949 года (в частности, окончательные варианты проектов, принятых Комиссией по различным темам, которые она рассматривала на протяжении ряда лет), составители меморандума стремились «выявить элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к теме «Формирование и доказательство существования международного обычного права». В основной части меморандума рассматривается «подход Комиссии к выявлению международного обычного права и процессу его формирования, при этом особое внимание уделяется а) общему подходу Комиссии; б) практике государств; в) так называемому субъективному элементу (*opinio juris sive necessitatis*); г) соответствующей практике международных организаций; и е) соответствующим судебным решениям и работам юристов». В меморандуме также рассматриваются «отдельные аспекты функционирования обычного права в рамках международной правовой системы», касающиеся «обязательного характера и характеристик норм международного обычного права, включая региональные нормы, нормы, устанавливающие обязательства *erga omnes*, и нормы *jus cogens*, а также связи между международным обычным правом и договорами и «общим международным правом»²².

12. В меморандуме, среди прочего, отмечается, что Комиссия последовательно относит единообразие и общность практики государств к ключевым факторам формирования и доказательства существования норм международного обычного права. Также в меморандуме отмечается, что в дополнение к практике государств Комиссия «нередко ссылается» в этом контексте, хотя и в разных формулировках, «на то, что часто определяют как субъективный элемент международного обычного права»²³. При оценке как практики государств, так и ассоциируемого с ней «субъективного элемента» Комиссия полагалась на «самые разнообразные материалы», и довольно часто полезными в этой работе оказывались судебные решения и труды юристов, а также практика международных организаций.

Часть вторая. Сфера охвата и результаты работы

III. Сфера охвата и результаты работы по теме

13. Сфера охвата настоящей темы и возможные итоги работы Комиссии обсуждались в ходе прений в Комиссии в 2012 году²⁴ и во время прений в Шес-

²¹ Приложение А к докладу Комиссии за 2011 год, A/66/10, пункт 3.

²² См. A/CN.4/659, резюме.

²³ Там же, пункт 26.

²⁴ См. сноску 3 выше.

том комитете на шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи²⁵. Поднимался вопрос о том, насколько точно название темы, в котором упоминается как «формирование», так и «доказательство существования» международного обычного права, соответствует предполагаемому предмету исследования; были отмечены также некоторые расхождения в переводе этих терминов на разные языки²⁶. Кроме того, высказывалось мнение, что центральным вопросом исследования является «выявление» международного обычного права и что использование термина «формирование» может излишне расширить предмет и придать ему слишком теоретический характер.

14. По мнению Специального докладчика, каково бы ни было точное название темы, цель ее рассмотрения заключается в предоставлении субъектам, призванным применять нормы международного обычного права, некоторых указаний по способам выявления таких норм в конкретных ситуациях. К этим субъектам относятся, в частности, судьи национальных судов и судьи и арбитры специализированных международных судов и трибуналов.

15. В английском варианте названия темы понятия “formation” и “evidence” указывают на то, что для установления факта существования той или иной нормы международного обычного права нужно рассмотреть как необходимые условия для формирования такой нормы, так и типы доказательств, подтверждающих факт выполнения этих условий. Тем не менее, возможно, будет полезно уже на ранних этапах убедиться, что название точно отражает предполагаемый охват темы и имеет один и тот же смысл на всех языках (включая английский).

16. Среди юристов-международников, особенно среди ученых-теоретиков существует много подходов к международному обычному праву: одни рассматривают его главным образом как источник международного права, других в большей степени занимает вопрос о его функционировании в рамках внутригосударственных правовых систем. В то время как одни стремятся описать и разъяснить нынешнее положение дел в отношении методов его формирования и выявления, другие явно сосредоточены на будущем²⁷. Специальный докладчик считает, что целью Комиссии должно быть описание нынешнего состояния международного права в части формирования и доказательства существования норм международного обычного права безотносительно к событиям, которые могут иметь место в будущем.

17. В ходе прений в Комиссии и Шестом комитете в 2012 году было высказано мнение о том, что во избежание ненужного перехлеста следует четко обозначить сферу охвата темы по отношению к другим темам, когда-либо фигурировавшим в повестке дня Комиссии, будь то в прошлом или настоящем. К числу таких других тем относятся «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права»²⁸ и «Последующие соглашения и последующая практика в свя-

²⁵ См. сноску 4 выше.

²⁶ В настоящее время используются следующие варианты: на арабском — نشأة الق ... ثباته; на китайском — ‘形成与证据’; на французском “formation et identification”; на русском — «формирование и доказательство существования»; на испанском “formación y documentación”.

²⁷ См. раздел XI ниже.

²⁸ О результатах работы Комиссии по этой теме см. Доклад Комиссии международного права

зи с толкованием договоров»²⁹. Это не должно вызывать практических трудностей, поскольку разграничительные линии вполне различимы³⁰.

18. Не следует ожидать, что итогом работы Комиссии станет набор твердых правил выявления норм международного обычного права. Вместо этого нужно стремиться осветить общие процессы формирования и доказательства существования норм обычного международного права, ведь, как показали проведенные до настоящего времени обсуждения, многие, судя по всему, сходятся во мнении, что результатом работы Комиссии по этой теме должен стать набор «выводов» с комментариями³¹.

19. В частности, Комиссии предстоит ответить на вопрос, различаются ли подходы к вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права в различных областях международного права, таких как международное право прав человека³², международное уголовное право³³ и международное гуманитарное право³⁴. Ввиду особых проблем, которые могут возникать в рамках формирования и доказательства существования международного обычного права в различных областях, вероятно, имеет смысл подумать о возможных различиях в значении, придаваемом тем или иным материалам в зависимости от области права, и о степени таких различий³⁵. В то же

о работе ее пятьдесят восьмой сессии, A/61/10, пункт 251, а также документ A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr1.

²⁹ Ранее эта тема называлась «Договоры сквозь призму времени».

³⁰ *Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, подготовленный Специальным докладчиком Георгом Нольте* (A/CN.4/660), пункт 7.

³¹ В Лондонском заявлении о принципах также содержится «изложение соответствующих норм и принципов в понимании Комитета. ...некое практическое руководство для тех, кто призван применять право или консультировать по вопросам его применения, равно как и для ученых и студентов. Многие могут испытывать потребность в относительно кратких и четких руководящих указаниях по данному предмету, который нередко вызывает серьезную озабоченность» (pp. 3-4, para. 4).

³² See, e.g., E. Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003); R.B. Lillich, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25 (1995/6), 1-30; and H.G. Cohen, "Symposium: The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms: From Fragmentation to Constitutionalization", *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 25 (2012), 381-394.

³³ See, e.g., W. Schabas, "Customary Law or 'Judge-Made' Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals", in J. Doria et al. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 77.

³⁴ See, e.g., J. d'Aspremont, "An autonomous regime of identification of customary international humanitarian law: do not say what you do or do not do what you say?", in R. van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?* (Bruylant, 2013), 67-95; and T. Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 90 (1996), 238-249. Кроме того, по мнению Мерона: «Трудно найти позитивные, конкретные примеры из практики государств в отношении норм, которые в большинстве своем носят запретительный характер (каковыми обычно являются нормы гуманитарного права), поскольку такие нормы в основном соблюдаются путем воздержания от нарушений, а не совершения позитивных действий»: T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), 32.

³⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 73 («Для целей настоящего дела наиболее уместные примеры из практики государств можно найти в [...] решениях национальных судебных органов...»);

время следует вспомнить слова судьи Гринвуда: «Международное право не есть набор фрагментарных специальных и самостоятельных сводов права, каждый из которых функционирует изолированно от других, — это общая, единая система права»³⁶.

20. Еще один вопрос, поднятый в ходе первоначального обсуждения в Комиссии, заключался в том, зависит ли выбор подхода от предполагаемой аудитории³⁷. Как известно, в самом начале своего исследования Ассоциация международного права также изучала возможность использования «позиции наблюдателя»³⁸. Специальный докладчик считает, что принятый подход к выявлению права должен быть одинаков для всех; единое, общее понимание — это именно тот результат, который Комиссия, возможно, пожелает, получить.

21. В ходе работы Комиссии будет необходимо рассмотреть общие вопросы методологии для выявления норм международного обычного права, такие как относительное значение, которое следует придавать эмпирическому исследованию практики государств, по сравнению с дедуктивными умозаключениями. Верно и то, что методология может испытывать влияние практических соображений, особенно в мире, где насчитывается почти 200 государств (наряду с другими международными субъектами), однако эта проблема на самом деле не нова. Следует также отметить свойственные этой теме сложности, в первую очередь саму природу международного обычного права как неписаного закона и нередко возникающие в связи с ней противоречия идеологического и теоретического характера³⁹.

Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 99 («Прежде чем указывать на некоторые принципы и нормы обычного права, которые появились в международном сообществе для регулирования гражданских волнений, необходимо слово предостережения в отношении нормотворчества применительно к праву вооруженных конфликтов. При попытке прояснить практику государств с целью установить факт существования той или иной обычной нормы или общего принципа трудно, если не невозможно, отыскать конкретные примеры поведения солдат на поле сражения, позволяющие оценить, соблюдают ли они определенные стандарты поведения или игнорируют их. Этот анализ чрезвычайно осложняется не только тем, что независимым наблюдателям (зачастую даже МККК), как правило, в доступе на театр военных действий отказывается, но и тем, что информация о реальных обстоятельствах ведения боевых действий не разглашается сторонами конфликта; еще хуже то, что, нередко в стремлении ввести противника, а также общественность и иностранные правительства в заблуждение, нередко предоставляется заведомо ложная информация. Поэтому при оценке формирования норм обычного права или общих принципов следует понимать, что, ввиду внутренней природы рассматриваемого предмета, необходимо опираться в первую очередь на такие элементы, как официальные заявления государств, военные наставления и судебные решения»).

³⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea), Judgment, 19 June 2012*, Declaration of Judge Greenwood, para. 8. См. также A/61/10, пункт 251; и аналитическое исследование, окончательно подготовленное председателем Исследовательской группы (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1), пункты 33–34.

³⁷ A/CN.4/SR.3148, p. 6 (Murase).

³⁸ *London Statement of Principles*, para. 7; appendix on “Formation of International Law and the Observational Standpoint” to the First Report of the Rapporteur: *International Law Association, Report of the Sixty-third Conference, 1986*, 936.

³⁹ См. также *London Statement of Principles*, para. 2.

22. Рассматриваемая тема охватывает процессы, связанные с формированием норм международного обычного права, и свидетельства, необходимые для их выявления⁴⁰. Цель ее изучения — выработать руководящие указания по методике выявления нормы международного обычного права на какой-либо определенный момент, не касаясь вопроса о том, какие конкретные нормы приобрели подобный статус⁴¹. Также не ставится задача рассмотрения места международного обычного права в праве, применяемом различными судами и трибуналами, или специальных положений и процедур, которые могут существовать на внутригосударственном уровне в различных странах, в целях выявления норм международного обычного права (хотя такие положения и процедуры следует иметь в виду при оценке решений национальных судов).

23. Отсюда следует, что (с учетом любых изменений, которые Комиссия может внести в название темы⁴²) первый вывод — о сфере охвата проектов выводов — мог бы гласить:

1. Сфера охвата. Настоящие проекты выводов касаются формирования и доказательства существования международного обычного права.

IV. Следует ли включать *jus cogens* в предмет исследования

24. В ходе прений в Комиссии и Шестом комитете в 2012 году поднимался вопрос о том, следует ли в рамках настоящей темы рассматривать формирование и свидетельства существования императивных норм общего международного права (*jus cogens*)⁴³.

25. Норма *jus cogens* — это норма, которая «принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер»⁴⁴. Хотя существо-

⁴⁰ Cf. различие между первичными и вторичными нормами, имевшее столь важное значение в работе Комиссии по теме «Ответственность государств за международно противоправные деяния».

⁴¹ В любом случае важно помнить, что «обычно-правовой процесс носит продолжающийся характер: он не прекращается с появлением нормы»: M.H. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 *Recueil des Cours* (1998), 155, 188; см. также K. Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993) 1, 15 («в различных случаях уяснение международных обычаев и формулирование соответствующих правовых норм может производиться неоднократно. Такое выявление ни в коем случае не является окончательным»).

⁴² *Supra* сноски 3 и 4.

⁴³ Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, статьи 53 и 64. Определение, содержащееся в Венской конвенции, имеет общее применение: см. пункт 5 комментария к статье 26 статей об ответственности государств, *Ежегодник Комиссии международного права, 2001 год*, том II, стр. 102, ссылка в пункте 2 комментария к статье 26 статей об ответственности международных организаций, *Доклад КМП за 2011 год*, стр. 140.

⁴⁴ Венская конвенция о праве международных договоров, статья 53; см. также P. Dailler, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition, (Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.) 2009), 220-229; and J. Frowein, “Ius Cogens”, in *Max Planck*

вание этой категории «высшего» международного права более не вызывает серьезных возражений⁴⁵, среди ученых сохраняются значительные разногласия в том, что касается ее сущностного содержания, а также связанных с нею доказательственных элементов⁴⁶. В этой связи особо уместно отметить, что вопрос об источнике *jus cogens* по-прежнему окружен «аурой тайны»⁴⁷: Некоторые юристы-международники относят их к особой категории международного обычного права⁴⁸; другие отрицают возможность их возникновения из обы-

Encyclopedia of Public International Law (2012).

- ⁴⁵ См., например, выводы, сделанные на основе исследований и обсуждений Исследовательской группы Комиссии международного права по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права» под председательством Мартти Коскенниemi: доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят восьмой сессии, 1 мая — 9 июня и 3 июля — 11 августа 2006 года (A/CN.4/L.702); и ссылки на *jus cogens* в решениях Международного Суда, например: *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at p. 52; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment of 3 February 2012, paras. 92-97; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, para. 99. См. также Frowein, *supra* note 44, paras. 3-5 («Таким образом, можно сказать, что существование *jus cogens* в международном публичном праве сегодня признается в практике государств, в кодифицированном праве международных договоров и в правовой доктрине»).
- ⁴⁶ См., например, A. D'Amato, "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 6 (1990), 1-6; K. Kawasaki, "A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34 (2006), 27-43; H. Charlesworth, "Law-Making and Sources", in J. Crawford and M. Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 187, 191; P. Tavernier, "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?", in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 1, 19; S. Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms", in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006) 21, 28; and M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), 7.
- ⁴⁷ A. Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *European Journal of International Law*, 19 (2008), 491, 493.
- ⁴⁸ См., например, A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer Law International, 1996) 45-48; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (Librairie Armand Colin, 1972), 139-140; M.H. Mendelson, *supra* note 41, at 181; A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), 28; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 1992) 7-8; R.B. Baker, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law*, 21 (2010) 173, 177; A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 132; A. Cassese, "For an Enhanced Role of *Jus Cogens*", in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia* (Oxford University Press, 2012), 158, 164; T. Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, 80 (1986), 1, 13-21; A. McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), 213-215; J. Paust, "The Reality of *Jus Cogens*", *Connecticut Journal of International Law*, 7 (1991), 81, 82; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2012), 594; N.G. Onuf and R.K. Birney, "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", *Denver Journal of International Law and Policy*, 4 (1974), 187, 191; F. Orrego Vicuña, "Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?",

чая⁴⁹; третьи полагают, что международное обычное право — это лишь один из возможных источников *jus cogens*⁵⁰. Высказывалось соображение, что взгляд того или иного автора на связь между *jus cogens* и международным обычным правом по существу определяется тем, что он вкладывает в понятие последнего⁵¹.

26. Существуют аргументы как за, так и против рассмотрения *jus cogens* в рамках настоящей темы. Согласно одному мнению, нормы международного обычного права могут на поверку оказаться нормами *jus cogens*, либо превратиться в такие нормы, и эти две категории могут связывать общие конститутивные элементы. Другая точка зрения заключается в том, что *jus cogens* «представляет свои собственные трудности в плане свидетельств, формирования и классификации, что выходит за рамки [настоящей] темы»⁵². Большинст-

Estudios Internacionales, 148 (2005), 21, 36-37; and B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), 243-260; на шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-н Форто тоже отметил: «Нормы [j]us cogens по определению являются составляющей обычного права» (A/CN.4/SR.3150, p. 11).

⁴⁹ См., например, M.E. O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", in D.E. Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law* (Cambridge University Press, 2012), 78, 83; M.W. Janis, "The Nature of Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 3 (1988), 359, 360-361; G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 164; J. Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?", in E. de Wet and J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), 13, 26; and F. Domb, "Jus Cogens and Human Rights", *Israel Yearbook of International Law*, 6 (1992), 106. На шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-н Мерфи, говоря о *jus cogens*, отметил: «Оно не происходит от какого-либо одного источника международного права, скорее — оно ограничивает эти источники»; г-н Тлади также высказал соображение о том, что «международное обычное право и право международных договоров основываются на теории согласия государств, тогда как в основе *jus cogens* ... лежит нечто иное» (A/CN.4/SR.3148, pp. 8, 10).

⁵⁰ См., например, M. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47 (1976), 273, 282-284; G.I. Tunkin, "Jus Cogens in Contemporary International Law", *University of Toledo Law Review*, 3 (1971), 107, 116; M.N. Shaw, *International Law*, 6th edition (Cambridge University Press, 2008), 127; C.A. Bradley and M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), 202, 212; R. Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2001), available at www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf, pp. 11-12; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition (Routledge, 1997), 58; and A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), 126.

⁵¹ G.J.H. van Hoof, *supra* note 49, at 163-164 («ответ на вопрос о том, играет ли международное обычное право сколько-нибудь значимую роль в установлении *jus cogens*, зависит также от того, что изначально вкладывается в понятие этого источника. Среди тех, кто придерживается гибкого понимания обычая, наиболее вероятен взгляд на международное обычное право как на идеальный источник *jus cogens*, поскольку, по их мнению, оно порождает нормы общего международного права, имеющие обязательный характер для всех государств в мире... Те же, кто, напротив, отталкивается от более жесткого понимания обычая, скорее придут к противоположному выводу; сторонники этого подхода настаивают, что в результате изменений в процессе международного правотворчества, обусловленных структурой нынешнего международного общества, осталось не так много обычных норм международного права, имеющих обязательную силу для всего международного сообщества государств, и, более того, нельзя ожидать резкого увеличения числа таких норм в будущем»).

⁵² A/CN.4/SR.3148, pp. 8-9 (Murphy).

во членов Комиссии и представителей в Шестом комитете, которые рассматривали этот вопрос в 2012 году, сочли, что будет лучше не включать *jus cogens* в предмет настоящей темы.

27. Руководствуясь в основном прагматическими соображениями — чтобы не усложнять и без того непростую тему⁵³, — Специальный докладчик считает, что будет предпочтительным не касаться этого вопроса в рамках рассмотрения настоящей темы. Вместе с тем, как отметили члены Комиссии, время от времени в конкретных контекстах ссылки на нормы *jus cogens* все же будут приводиться.

Часть третья. Международное обычное право как источник международного права

V. Международное обычное право и его связь с другими источниками, перечисленными в статье 38 Статута Международного Суда

28. Международное публичное право есть право⁵⁴, а международное обычное право — один из его главных источников⁵⁵. Под «источником» в этом контексте понимается формальный источник⁵⁶, «то, что придает содержанию норм международного права их правовой характер»⁵⁷.

⁵³ Г-н Тлади, например, выразил сомнения в том, что Комиссия «сможет прийти к согласию по различным аспектам *jus cogens*»; г-н Парк отметил, что рассмотрение *jus cogens* в настоящее время может открыть «ящик Пандоры» (см., соответственно, A/CN.4/SR.3148, р. 10, и A/CN.4/SR.3150, р. 9). См. также предложение А. Яковидеса (1993 год) о включении этой темы в программу работы Комиссии: *Ежегодник Комиссии международного права, 1993 год*, том II, часть I, стр. 241.

⁵⁴ О недавнем исследовании по этому вопросу, см. F. Mégret, “International law as law”, in J. Crawford and M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 64-92.

⁵⁵ В интересах авторитета международного права важно четко разграничивать право и «неправо», нормы права и принципы и стандарты неюридического характера. Не является правом «мягкое право» — термин без четко определенного значения, воспринимаемый скорее как «модное словечко» и в большинстве случаев подразумевающий нормы, намеренно лишённые обязательной силы (см., например, D. Thürer, “Soft Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), 95-97; M.N. Shaw, *supra* note 50, at 117-119; and S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West Publishing Company, 2012), 111-123. Однако мягкое право может способствовать формированию международного обычного права; этот вопрос будет рассмотрен в будущих докладах.

⁵⁶ Формальные источники международного права — это «процессы, через которые нормы международного права становятся юридически значимыми», тогда как материальные источники «можно определить как политические, социологические, экономические, моральные или религиозные истоки правовых норм». A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), Marginal Note (MN) 111.

⁵⁷ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester University Press, 1984), 2.

29. Статья 38.1 Статута Международного Суда, которая широко признана в качестве авторитетного перечня источников международного права⁵⁸, гласит:

«1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

д) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

30. Статья 38.1(b) идентична статье 38(b) Статута Постоянной Палаты Международного Суда, проект которого был подготовлен для Совета Лиги Наций Консультативным комитетом юристов в 1920 году⁵⁹. Председатель Консультативного комитета юристов барон Декан изначально предлагал следующее:

«2. международный обычай, являющийся практикой между государствами, принятой ими в качестве правовой нормы»⁶⁰.

Протоколов обсуждения этого положения в Консультативном комитете или в Совете и на Ассамблее Лиги имеется мало. В плане Рута-Филимора это положение гласило: «Международный обычай, как свидетельство общей практики, используемой в отношениях между государствами и принятой ими в качестве

⁵⁸ A. Pellet, *supra* note 56, at 812-32, MN 209-249. Для нынешних целей нет необходимости вступать в полемику относительно того, можно ли считать статью 38.1, составленную в 1920 году, полным перечнем: см. R. Wolfrum, "Sources of International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 10.

⁵⁹ Попытки решения этого вопроса предпринимались и раньше. В частности, согласно статье 7 (нератифицированной) Конвенции (XII) об учреждении Международной призовой палаты от 18 октября 1907 года, в отсутствие действующего договора Палата должна была применять «правила международного права», при условии, что они являются «общественными»: см. A. Pellet, *supra* note 56, MN 11-13. О работе Консультативного комитета см. O. Spiermann, "Who attempts too much does nothing well": the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice", *British Yearbook of International Law*, 73 (2002), 187-260; and O. Spiermann, "Historical Introduction", in A. Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), MN 6-22.

⁶⁰ Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists (1920), 306, Annex No. 3. Идентичная формулировка была предложена членом Консультативного комитета от Соединенных Штатов Рутот с той лишь разницей, что его вариант включал слово «признанной» перед словом «практикой»: 344, Annex No. 1. Декан говорил о международном обычном праве как об «очень естественном и чрезвычайно надежном методе развития [международного права], поскольку оно складывается исключительно в результате постоянного выражения правовых убеждений и потребностей государств в их взаимоотношениях»: 322.

правовой нормы»⁶¹. Однако в конечном итоге Редакционный комитет представил следующий текст: «Международный обычай как доказательство всеобщей практики, которая признана в качестве правовой нормы»⁶². Этот текст был представлен на рассмотрение Лиги Наций и утвержден с незначительными редакционными изменениями⁶³. В процессе разработки и принятия Статута Международного суда в 1944–1945 годах он, судя по всему, не обсуждался⁶⁴.

31. О статье 38.1(b) часто говорят, что она «составлена неудачно»⁶⁵. С другой стороны, указывается, что «в формировании нормы международного обычного права имеется два ключевых элемента. Они изысканно и лаконично выражены в статье 38 Статута МС»⁶⁶; и что «статью 38 Статута МС следует рассматривать не как простое указание, выполняющее исключительно техническую функцию в суде, а как изложение способов формирования права, несмотря на ее несовершенство»⁶⁷.

32. Статья 38.1 часто упоминается или воспроизводится в более поздних документах⁶⁸. Хотя согласно формулировке она касается только Международного

⁶¹ *Ibid.*, 548.

⁶² *Ibid.*, 567.

⁶³ *Ibid.*, 680. В измененном варианте, утвержденном Консультативным комитетом в первом чтении, этот подпункт гласил: «Международный обычай, являющийся признанием всеобщей практики, принятый в качестве правовой нормы». В тексте, представленном Лиге, эта формулировка не была сохранена.

⁶⁴ Об истории согласования статьи 38.1(b) см. P. Haggénmacher, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 90 (1986), 5, 19-32; A. Pellet, *supra* note 56, MN 17-48; and R. D. Kearney, “Sources of Law and the International Court of Justice”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Vol. II (Oceana Publications, 1976), 610-723. В 1950 году, возвращаясь к истории согласования, Мэнли Хадсон заметил, что составители Статута «не имели очень четкого представления о том, что есть международный обычай»: *Yearbook 1950*, vol I, p. 6, para. 45.

⁶⁵ См., например, J.L. Kunz, “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 47 (1953), 662, 664; and K. Wolfke, *supra* note 41, at 3. Виллигер пишет: «Печально, что это положение несовершенно.... Ведь Судом может применяться не обычай, а только обычное право; и подпункт 1(b) нарушает логическую последовательность событий, поскольку именно общая практика, признанная в качестве правовой нормы, является доказательством обычной нормы»: M.E. Villiger, *supra* note 46, at 15.

⁶⁶ D.J. Bederman, *The Spirit of International Law* (University of Georgia Press, 2006), 9, 33; см. также A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 116 («Сама статья 38 Статута МС должным образом определяет международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»).

⁶⁷ S. Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations* (Hart Publishing, 2010), 166; см. также R.Y. Jennings, “The Identification of International Law”, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 3, 9.

⁶⁸ A. Pellet, *supra* note 56, MN 49-54. Статья 28 Общего акта о мирном разрешении международных споров 1928 года (и статья 28 пересмотренного Общего акта 1948 года); статья 33 Факультативного регламента для урегулирования споров между двумя государствами Постоянной палаты третейского суда. Иногда встречаются перекрестные ссылки на статью 38 Статута: например, в статьях 74 и 83 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года. В других документах используются иные выражения: например, статья 21(1)(b) Римского статута Международного уголовного суда («применимые международные договоры, принципы и нормы международного права,

Суда⁶⁹, источники, указанные в статье 38.1, в целом считаются применимыми и для других международных судов и трибуналов с учетом любых специальных норм в их соответствующих уставах⁷⁰.

33. Для целей настоящей темы необходимо рассмотреть связи между международным обычным правом и другими источниками международного права, перечисленными в статье 38.1 Статута Международного Суда, хотя как таковые эти другие источники не относятся к предмету рассмотрения в рамках этой темы.

34. Одним из значимых аспектов данной темы⁷¹, который планируется рассмотреть в последующих докладах, является взаимосвязь между международным обычным правом и международными договорами. Короче говоря, взаимодействие между этими двумя «переплетенными» источниками международного права может иметь весьма важное значение для настоящих целей, поскольку общепризнанно, что договоры могут отражать уже существующие нормы международного обычного права; порождать новые нормы и служить доказательством их существования; или способствовать, в рамках процессов их согласования, их закреплению в качестве формирующихся норм международного обычного права⁷². Особый интерес такая связь вызывает в свете того, что «для современного международного обычного права, хотя и неписаного, все более

включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов»); статья 20(1) Протокола Суда Африканского союза, в которой воспроизводится формулировка Международного Суда с уточнениями: статья 20(1)(c) идентична статье 38(1)(b)). Об использовании статьи 38.1 в работе Комиссии международного права см. статью 12 проекта Конвенции об арбитражной процедуре 1953 года (*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 210) и статью 10 проекта 1958 года (*Yearbook of the International Law Commission 1958*, vol. II, p. 84) (каждая из которых начинается с важной оговорки: «В отсутствие любого соглашения между сторонами относительно применимого права»).

⁶⁹ M. Forteau, “The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment”, in R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 417, 420-421.

⁷⁰ См. раздел IX ниже. Терлуэй пишет: «Общепризнанно, что источники, указанные в статье 38, применимы и для других международных трибуналов»: R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 313. О ссылке в статье 293 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву на «другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с настоящей Конвенцией», Терлуэй пишет: «Поскольку никакого дополнительного определения не приводится, признанным ориентиром остается статья 38 МС» (*ibid.*, at 314, fn. 9).

⁷¹ См. A/CN.4/659, раздел III B.

⁷² См. в целом O. Schachter, “Entangled Treaty and Custom”, in Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 717-738; B.B. Jia, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), 81-109; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar Publishing, 2012), 84; J.K. Gamble, Jr., “The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, 16 (1981), 305-319; K. Wolfke, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, in J. Klabbbers and R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 31-39; G.L. Scott and C.L. Carr, “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), 71-94; M.E. Villiger, *supra* note 46; and R.R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 *Recueil des Cours* (1970), 25-105.

характерна строгая связь с письменными текстами»⁷³, Следует также помнить, что международное обычное право «существует само по себе», даже если в том или ином международном договоре присутствует идентичная норма⁷⁴.

35. Иногда высказывается мнение, что сегодня международные договоры являются более важным источником международного права, чем международное обычное право⁷⁵. Такие обобщения не вносят никакой особой ясности и не обязательно соответствуют действительности. Даже в тех областях, где имеются широко признанные «кодификационные» конвенции, нормы международного обычного права продолжают регулировать вопросы, не предусмотренные конвенциями⁷⁶, и продолжают применяться в отношениях между государствами, не являющимися участниками этих конвенций⁷⁷. Нормы международного обычного права могут также заполнять возможные лакуны в международных договорах и помогать в их толковании⁷⁸. Кроме того, тот или иной международный суд может посчитать себя вправе применять международное обычное

⁷³ T. Treves, "Customary International Law", in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 2.

⁷⁴ *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. 94-96, paras. 177-178.

⁷⁵ «В последние десятилетия роль важнейшего источника международного права перешла от международного обычного права к международным договорам...» O. Dörr and K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), 11.

⁷⁶ См., например, Венскую конвенцию о праве международных договоров, последний пункт преамбулы; и статью 4 (отсутствие обратной силы). Оговорка Мартенса явилась одним из первых свидетельств сохраняющейся актуальности международного обычного права, независимо от договора: J. von Bernstorff, "Martens Clause", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012). В Дополнительном протоколе I 1977 года к Женевским конвенциям слова «установившиеся между образованными народами обычаи» были заменены выражением «установившиеся обычаи», которое затем было использовано и в более поздних конвенциях: Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, принятая 10 октября 1980 года, пятый пункт преамбулы; и Конвенция по кассетным боеприпасам, принятая 30 мая 2008 года, одиннадцатый пункт преамбулы.

⁷⁷ Например, Венская конвенция о праве международных договоров имеет прямое применение только в отношениях между государствами, являющимися ее участниками. Нормы международного обычного права о праве международных договоров применяются в отношениях между государствами, не являющимися участниками Венской конвенции о праве международных договоров, и между государством-участником и государством, не участвующим в Конвенции: см. E.W. Vierdag, "The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention", *American Journal of International Law*, 76 (1982), 779-801.

⁷⁸ Венская конвенция о праве международных договоров, статья 31.3 (с); Выводы по итогам работы Исследовательской группы по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», выводы 17-20, A/61/10, пункт 251. См. также *Amoco International Finance Corporation v. Iran* (1987-II) 15 Iran-United States Claims Tribunal (USCTR) 222, para. 112; Baxter, *supra* note 72, at 103 («Международные договоры продолжают оказывать весьма значительное воздействие на содержание общего международного права. Даже если все государства в прямой форме примут на себя обязательства по кодификационным договорам, при толковании этих документов все равно придется принимать во внимание международное обычное право, а договоры, в свою очередь, будут порождать новые нормы международного обычного права, формирующиеся в процессе применения соглашений»).

право в тех случаях, когда по причине ограничений его юрисдикции какой-либо конкретный договор неприменим⁷⁹.

36. Важное значение имеет также различие между международным обычным правом и «общими принципами права»⁸⁰, которое, однако, не всегда очевидно в судебной практике и в литературе⁸¹. В статье 38.1(с) «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» включены в перечень источников международного права отдельно от международного обычного права. В прецедентном праве и в специальной литературе это понятие иногда используется применительно не только к общим принципам, единым для разных систем внутреннего права, но и к общим принципам международного права. Международный Суд и сам может обращаться к общим принципам международного права в тех случаях, когда отсутствуют признаки международного обычного права. Как поясняет один автор:

«То обстоятельство, что МС сравнительно часто ссылается на принципы, не входящие в состав внутригосударственного права, объясняется, по крайней мере отчасти, узким определением международного обычного права, приводимым в статье 38(1)(b) Статута МС. Если, как указано в этом положении, обычай рассматривается как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», то ввиду недостаточности практики некоторые нормы международного права, которые не основаны на договорах, не подпадают под определение обычая. Отсюда указание на принципы или общие принципы»⁸².

Хотя абстрактно провести различие между международным обычным правом и общими принципами может быть затруднительно, вне зависимости от сферы охвата общих принципов все же важно выявить те нормы, которые по своей природе должны подкрепляться реальной практикой государств⁸³.

⁷⁹ Например, в деле «Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки)» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 74, at pp.92-97, paras. 172-182. At p. 97, para. 182) Суд пришел к выводу, что «ему надлежит осуществлять юрисдикцию, возложенную на него заявлением Соединенных Штатов о признании в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута, для вынесения решения по требованиям Никарагуа на основе международного обычного права, несмотря на исключение из его юрисдикции споров, “возникающих по” уставам Организации Объединенных Наций и Организации американских государств».

⁸⁰ G. Gaja, “General Principles of Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); A. Pellet, *supra* note 56, MN 250-269.

⁸¹ О различиях в значении понятия «общие принципы права» см., например, O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), 50-55; см. также B. Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 71-86. О призыве к внесению ясности в этот вопрос см. B. Simma and P. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles”, *Australian Yearbook of International Law*, 12 (1988-1989), 82-108; N. Petersen, “Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation”, *American University International Law Review*, 23 (2008), 275-310.

⁸² G. Gaja, *supra* note 80, para. 18.

⁸³ J. Crawford (ed.), *supra* note 48, at 37.

37. Международное обычное право также следует отличать от поведения международных субъектов, которое не порождает каких бы то ни было юридических прав или обязательств и не влечет за собой подобные правовые последствия. Не все международные акты являются юридически значимыми: так, акты вежливости и любезности или простые обыкновения, даже если они практикуются в силу традиции, находятся за рамками международного обычного права и настоящей темы⁸⁴.

38. Возможно, нет необходимости, по крайней мере на данном этапе, останавливаться на природе правил, регулирующих формирование и выявление норм международного обычного права, например, являются ли такие правила сами по себе частью международного обычного права⁸⁵. Но, как и в любой правовой системе, в международном публичном праве должны быть правила выявления источников права. Для настоящих целей они могут быть установлены посредством изучения, в частности, того, каким образом государства и суды подходят к задаче выявления правовых норм.

VI. Терминология

39. Терминология имеет важное значение. Как представляется, наиболее широко для обозначения рассматриваемого в рамках настоящей темы источника международного права используются выражения «международное обычное право» или «нормы международного обычного права»^{86, 87}. Иногда встречается

⁸⁴ G.I. Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, 49 (1961), 419, 422; J. Crawford, *supra* note 48, at 23-24.

⁸⁵ Ср. обсуждение вопроса о природе некоторых норм договорного права, особенно *pacta sunt servanda*. Синклер в этой связи ссылается на «доктринальные доводы», рассмотрение которых «неизбежно заводит нас в несколько метафизические области»: I. Sinclair, *supra* note 57, at 2-3. См. также J. Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", *European Journal of International Law*, 15 (2004), 523, 538-542.

⁸⁶ Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, восьмой пункт преамбулы. В статье 38 Венской конвенции упоминается «обычная норма международного права». Под «нормами» в этом докладе подразумеваются также «принципы». Как указала камера Международного Суда (в связи с вопросом о делимитации морских пространств): «Объединение понятий "нормы" и "принципы" — не более чем взаимозаменяемое использование двух выражений для передачи одной и той же идеи, поскольку в этом контексте термин "принципы" явно означает принципы права, то есть он включает также нормы международного права, применительно к которым использование термина "принципы" может быть оправдано ввиду их более общего и более основополагающего характера» (*ICJ Reports 1984*, p. 246, at pp. 288-290, para.79); Гайя пишет: «Хотя в судебных или арбитражных решениях разница между принципами и нормами подробно не исследуется, использование термина "принципы" указывает на общий характер соответствующей нормы» (G. Gaja, *supra* note 80, para. 31).

⁸⁷ Более ранний термин для обозначения «международного права» — «право народов» — ни в коем случае не вышел из употребления: M. W. Janis, "International law?", *Harvard Journal of International Law*, 32 (1991), 363-72; M. W. Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939* (Oxford University Press, 2010), chapter 1 ("Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law"); A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7th edition (Oxford University Press, 2012), xiii-xiv. Иногда высказывается мнение, что «право народов» является более подходящим термином, учитывая расширяющийся круг субъектов в этой области, см. например, P. Daillier, M. Forteau and A. Pellet, *supra* note 44, at 43-50. В работе Блэкстоуна *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) термин «право народов» используется

выражение «общее международное обычное право» — как правило, при его противопоставлении «специальным» или «региональным» нормам международного обычного права⁸⁸. Термин «универсальное международное обычное право» может иметь схожее значение.

40. Кроме того, встречается выражение «международное обычное право» (“international customary law”), которое, однако, может подразумевать некую подкатегорию «обычного права», из-за чего возникает неверное представление о связи между международным обычным правом и обычным правом, что имеет место в некоторых внутренних правовых системах.

41. О международном обычном праве часто говорят как о «международном обычае» или «обычае», но это также может вводить в заблуждение в зависимости от контекста⁸⁹. Эти понятия можно спутать с объективным элементом в формировании международного обычного права (практикой), поскольку другие термины из этой же области, зачастую используемые как взаимозаменяемые, — это «обыкновенение» и «практика»⁹⁰.

42. Часто используется термин «общее международное право»⁹¹, который, однако, нуждается в некотором разъяснении⁹². Международный Суд, да и сама Комиссия, используют этот термин в различных контекстах, вкладывая в него разный смысл⁹³. Использование этого термина для обозначения только между-

для обозначения в целом той области, которая сегодня именуется международным правом, и таким образом включает как договоры, так и международное обычное право. Тем не менее порой термин «право народов» используется для обозначения международного права помимо договоров. Так, в первом Законе о судостроительстве 1789 года (First Judiciary Act of 1789, Ch. 20, § 9, 1 Stat. 73 (1789)) конгресс Соединенных Штатов принял положение, в котором говорится о нарушениях «права народов или какого-либо договора Соединенных Штатов». В этом смысле термин «право народов» синонимичен международному обычному праву в современном значении этого термина, а не международному праву в целом. Как указано в *Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law*, § 111, Introductory Note (1987): «Термин "право народов" использовался для описания обычных норм и обязательств, регламентирующих поведение государств и определенные аспекты поведения государств в отношениях с индивидами».

⁸⁸ Во внутреннем праве различных государств для обозначения международного обычного права используются самые разные термины.

⁸⁹ Хотя следует напомнить, что термин «международный обычай» фигурирует в статье 38.1(b) Статута Международного суда.

⁹⁰ См. также G.I. Tunkin, *supra* note 84, at 422 (разграничение между «обыкновенением» и «обычаем» с одной стороны и «обычной нормой международного права» — с другой); K. Wolfke, *supra* note 41, 2 (где идет речь о «пресловутых разночтениях при использовании терминологии, связанной с международным обычным правом», и о необходимости различать между «международным обычаем» с одной стороны и «практикой», «привычкой» или «обыкновенением» — с другой); и C. Ochoa, “The Individual and Customary International Law Formation”, *Virginia Journal of International Law*, 48 (2007), 119, 125-129.

⁹¹ См., например, статьи 53 и 64 Венской конвенции о праве международных договоров (*Jus cogens*).

⁹² G.P. Buzzini, “La “généralité” du droit international general: Réflexions sur la polysémie d’un concept”, *RGDIP*, 108 (2004), 381-406; G.P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, thesis, University of Geneva (2007); C. Tomuschat, “What is ‘general international law’” in *Guerra y Paz: 1945-2009, Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernardez* (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010), 329-348; and R. Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012).

⁹³ A/CN.4/659, раздел III C. Как было указано в исследовании по фрагментации: «четкого

народного обычного права может вызывать путаницу. Иногда он используется в значении, подразумевающим нечто более широкое, чем общее международное обычное право, например нормы международного обычного права наряду с общими принципами права и/или наряду с широко признанными международными конвенциями. Желательно, чтобы конкретный смысл, вкладываемый в этот термин, пояснялся всякий раз, когда контекст не позволяет точно установить его значение.

43. Точность и последовательность в использовании терминологии как юристами-практиками, так и учеными могли бы способствовать внесению ясности в рассмотрение международного обычного права как одного из источников права. Специальный докладчик предлагает оперировать терминами «международное обычное право» и «нормы международного обычного права».

44. Обеспечению единообразного употребления терминов препятствуют, среди прочего, различия в их обозначении на разных языках. Возможно, по мере продвижения работы над данной темой будет полезно составить краткий глоссарий соответствующих терминов на шести официальных языках Организации Объединенных Наций. Помимо «международного обычного права» в него могли бы войти понятия «практика государств», «практика», «обыкновение» и “*opinio juris sive necessitatis*”.

45. Предлагаемый далее вывод касается использования терминов. Он может быть доработан по мере продвижения работы по теме.

2. Употребление терминов. Для целей настоящих проектов выводов:

- a) термин «международное обычное право», или «нормы международного обычного права», означает нормы международного права, указанные в пункте 1(b) статьи 38 Статута Международного Суда;
- b) [«практика государств» или «практика» ...];
- c) [“*opinio juris*” или “*opinio juris sive necessitatis*” ...];
- d) ...

Часть четвертая. Виды справочных материалов для работы по теме

46. В части четвертой рассматриваются категории материалов, которые предполагается использовать в справочных целях в ходе работы Комиссии по настоящей теме, т.е. для выработки выводов о процессе формирования и доказа-

определения или единообразного понимания этого понятия [«общее международное право»] не существует. Понятие «общего международного права» явно отсылает к общему обычному праву, а также «общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями» по смыслу статьи 38 (1)(с) Статута Международного Суда. Но оно может также охватить принципы собственно международного права и аналогии из внутреннего права, особенно принципы юридического процесса (*audiat et altera pars, in dubio mitius*, эстоппель и т.д.)» (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1), стр. 274.

тельства существования норм международного обычного права. На данном этапе задачи предложить такие выводы не ставится. Это дело будущего.

47. Ниже рассматриваются следующие категории материалов: материалы, отражающие позиции государств и межправительственных субъектов, прецедентное право Международного Суда и других судов и трибуналов, работы других органов, таких как Ассоциация международного права, а также мнения юристов, особенно относительно общего подхода к вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права.

VII. Подход государств и межправительственных органов

48. Если не считать решений внутригосударственных судов (пункты 83–85 ниже), то, как представляется, в открытом доступе имеется сравнительно немного материалов, прямо отражающих позицию государств по вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права. Тем не менее составить представление о подходе государств можно на основании их заявлений по конкретным вопросам, а также из выступлений в судах и трибуналах.

49. Специальный докладчик продолжает испрашивать материалы, касающиеся подхода государств. Пока на просьбу Комиссии, содержащуюся в ее докладе 2012 года (см. пункт 4 выше), откликнулось лишь незначительное число государств⁹⁴.

50. О позиции государств по вопросам формирования и свидетельств существования международного обычного права можно судить по их выступлениям в международных судах и трибуналах, хотя следует помнить о том, что в этом случае такие заявления носят судебно-риторический характер⁹⁵. В подобных выступлениях государства регулярно демонстрируют двухэлементный подход, аргументируя свою позицию как практикой государств, так и *opinio juris*, хотя время от времени они прибегают и к иной тактике⁹⁶. При этом они нередко приводят много сведений о практике государств.

51. Кроме того, государства обмениваются мнениями о нормах международного обычного права, зачастую в конфиденциальном порядке, и тем самым они несомненно влияют на то, каким образом возникают и выявляются такие нормы⁹⁷. Это может происходить в режиме регулярных совещаний юрисконсульт-

⁹⁴ A/67/10, пункт 29.

⁹⁵ P.-M. Dupuy, "La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales" in *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (United Nations publication, Sales No. E/F/S/99.V.13), 377-94.

⁹⁶ См., в качестве одного из новейших примеров, выступление Бельгии в деле «Бельгия против Сенегала», включая ее дополнительный ответ судье Гринвуду, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Questions put to the Parties by Members of the Court at the close of the public hearing held on 16 March 2012: compilation of the oral and written replies and the written comments on those replies, 16 March 2012 — 4 April 2012, pp. 24-25, paras.6, 8.

⁹⁷ См. *London Statement of Principles*, para. 8: «Многое из этого [того, каким образом государства определяют нормы права] совершается на основе конфиденциальности и официальной секретности, поэтому не всегда есть возможность указать точную ссылку на

тов в международных организациях, например, в Организации Объединенных Наций и региональных организациях, в группах меньшего состава или на двусторонней основе.

52. О подходе государств можно судить по реакции правительств на попытки кодификации (не в последнюю очередь, на работу Комиссии). В качестве примера можно привести тот редкий случай, когда полемика, разгоревшаяся вокруг исследования Международного комитета Красного Креста “Customary International Humanitarian Law Study” («Исследование по международному гуманитарному обычному праву») 2005 года (пункт 82 ниже), пролила свет на отношение некоторых государств к процессу формирования и доказательства существования норм международного обычного права, особенно в области законов войны. В первом официальном отзыве на это исследование на правительственном уровне, поступившем от Соединенных Штатов, указывалось: «Общепризнанно, что международное обычное право складывается на основе общей и единообразной практики государств, которой они следуют, руководствуясь сознанием юридической обязательности, или *opinio juris*», и подчеркивалось, что свидетельства существования такого права «так или иначе должны быть связаны с практикой государств»⁹⁸. В свою очередь, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии заявило, что для формирования международного обычного права «необходимым условием является “всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы”», и что «в общем и целом, выявление нормы международного обычного права представляет собой тщательный процесс»⁹⁹.

53. Подход межправительственных субъектов, в частности таких международных организаций, как Организация Объединенных Наций, тоже может оказаться полезным в исследовании практики по вопросам формирования и выявления норм обычного международного права¹⁰⁰. Два недавних примера можно найти в докладе Рабочей группы по произвольным задержаниям Совету по правам человека (A/HRC/22/44), в котором говорится о «принятой почти во всем мире государственной практике», а также об *opinio juris*, как о свидетельствах «обычно-правового характера запрещения произвольного лишения свободы»¹⁰¹; и в докладе Группы Генерального секретаря по расследованию инцидента с флотилией 31 мая 2010 года, в котором, в разделе, озаглавленном

источник»; D. Bethlehem, “The Secret Life of International Law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 23 (2012), 34 (где идет речь о «целом массиве экспертной практики, которая по большей части совершенно невидима для внешнего мира»).

⁹⁸ J.B. Bellinger and W.J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), 443, 444.

⁹⁹ Legal Adviser of the Foreign and Commonwealth Office, statement at the Meeting of National Committees on International Humanitarian Law of Commonwealth States, Nairobi, 20 July 2005: *British Year Book of International Law*, 76 (2005) 694-5. См. также *Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law* (2009/C 303/06), section 7. В этом документе международное обычное право определяется как источник международного права, «формируемый практикой государств, признаваемой ими в качестве имеющей для себя обязательную силу».

¹⁰⁰ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001); and J. Vanhamme, “Formation and enhancement of customary international law: the European Union’s contribution”, 39 (2008) *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)* 127-154.

¹⁰¹ A/HRC/22/44, 17-18, пункт 43.

«Применимые международно-правовые принципы», указывается: «Обычай имеет силу правовой нормы и носит обязательный характер для государств, если он отражает всеобщую практику государств и признание государствами этой всеобщей практики в качестве нормы права (“требование *opinio juris*”))»¹⁰².

VIII. Прецедентное право Международного Суда

54. Огромное значение для работы Комиссии по настоящей теме будет иметь прецедентное право Международного Суда и его предшественницы — Постоянной Палаты Международного Суда. Основная функция Суда в отношении международного обычного права заключается в выявлении и применении обычных норм по необходимости при вынесении решений по рассматриваемым им делам¹⁰³. Его решения (включая особые и несогласные мнения) многое проясняют в вопросах общего подхода к формированию и доказательству существования международного обычного права (когда «то, что “есть”, становится тем, что “должно быть”») ¹⁰⁴, включая специфические аспекты этих процессов.

55. Общее представление о подходе Суда к этому вопросу дает рассмотрение многочисленных случаев применения им статьи 38.1(b) своего Статута, в которых он «выполняет свою совершенно нормальную функцию оценки различных элементов практики государств и представленных юридических заключений... как указывающих на становление нормы обычного права»¹⁰⁵. Как следует из упоминаемых ниже решений, Суд четко и единообразно признавал (равно как и до него — Постоянная Палата), что международное обычное право формируется на основе практики государств в сочетании с *opinio juris*.

56. В решении по делу «Лотус» Постоянная Палата Международного Суда заявила, что международное право проистекает от воли государств, проявляющейся в соглашениях или «в обычаях, которые обычно принимаются как закрепляющие принципы права»¹⁰⁶. Палата подчеркнула различие между двумя конститутивными элементами международного обычного права, особо указав на необходимость наличия обоих для закрепления выявленной нормы такого права:

¹⁰² Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, appendix I, September 2011, p. 76, para. 3 (references omitted).

¹⁰³ В задачи Суда не входит развитие права, хотя иногда ему приходится этим заниматься во избежание вынесения решения *non liquet*. Вопрос о роли международных судов и трибуналов в формировании международного обычного права будет рассмотрен отдельно в одном из последующих докладов; см. недавно опубликованную статью по этому вопросу: H. Thirlway, “Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking”, in R. Wolfrum, I. Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 311-324.

¹⁰⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 82 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon).

¹⁰⁵ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 367, para. 112 (Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Arechaga and Waldock).

¹⁰⁶ *The Case of the SS ‘Lotus’ (France v Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, p. 18.

«Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно для того, чтобы доказать фактическое наличие [данного] 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»¹⁰⁷.

57. Классическое заявление Международного Суда по вопросу о процессах формирования и доказательства существования норм международного обычного права можно найти в делах «Континентальный шельф Северного моря»:

«Хотя краткость прошедшего периода не является непременно, или сама по себе, препятствием для формирования новой нормы международного обычного права на основе первоначально чисто конвенционной нормы, необходимо, чтобы в течение этого периода, пусть даже непродолжительного, правоприменительная практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, была бы обширной и практически единообразной в отношении применимых положений, а также свидетельствовала бы о всеобщем признании правовой нормы или правового обязательства.

...Важнейший аспект в этой связи — и, как представляется, это необходимо подчеркнуть особо, — заключается в том, что даже если примеры таких действий со стороны государств, не являющихся участниками Конвенции, были бы гораздо более многочисленными, они все равно сами по себе не были бы достаточными, даже в совокупности, для формирования *opinio juris*; — поскольку для этого необходимо выполнение двух условий. Рассматриваемые действия должны не только представлять собой устойчивую практику [*une pratique constante* во французском тексте], но и быть таковыми или выполняться таким образом, чтобы свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать. Необходимость в такой убежденности, т.е. в наличии субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*. Следовательно, затрагиваемые государства должны считать, что действуют с соблюдением правового обязательства. Повторяемость или даже привычный характер действий сами по себе не являются достаточными. Есть множество международных действий, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, но лишь из соображений любезности, удобства или традиции, а не из какого бы то ни было чувства обязанности»¹⁰⁸.

58. Суд вновь подтвердил это в решении по делу «Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее», в котором он указал, что для того, чтобы определить применимые нормы международного обычного права, он «должен обратить свое внимание на практику и *opinio juris* государств»¹⁰⁹, и заявил:

¹⁰⁷ *Ibid.*, at p. 28.

¹⁰⁸ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 43-44, paras. 74, 77.*

¹⁰⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of*

«...Как было отмечено в делах “Континентальный шельф Северного моря”, для становления новой нормы международного обычного права рассматриваемые действия должны не только “представлять собой устоявшуюся практику”, но и сопровождаться *opinio juris sive necessitatis*. 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. Необходимость в такой убежденности, т.е. в наличии субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*”»¹¹⁰.

59. В своем решении по делу «Континентальный шельф (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия)» Суд указал на «фактическую практику государств» как на «выражающую обычные нормы или порождающую их»¹¹¹. В деле «Район залива Мэн» камера Суда отметила, что международное обычное право «содержит ограниченный набор норм, призванных обеспечивать сосуществование и жизненно важное сотрудничество членов международного сообщества, в сочетании с обычными нормами, наличие которых в *opinio juris* государств можно проверить методом индукции на основе анализа достаточно обширной и убедительной практики, а не дедукцией из предвзятых представлений»¹¹².

60. Обращаясь к изучению международного обычного права в своем консультативном заключении «Законность угрозы ядерным оружием или его применения», Суд с самого начала указывает: «Как уже заявлял Суд, существо этого права следует “искать главным образом в фактической практике и *opinio juris* государств” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29–30, para. 27)»¹¹³. Далее в этом заключении Суд отмечает, что существуют обычные нормы, которые «возникли в результате практики государств»¹¹⁴.

61. Самое последнее высказывание Суда по вопросу о его базовом подходе содержится в решении по делу «Германия против Италии», в котором он заявил:

«Отсюда следует, что Суд в соответствии со статьей 38 (1)(b) своего Статута должен определить наличие “международного обычая как доказательства всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы”... Для этого он должен применить неоднократно излагавшиеся им критерии выявления нормы международного обычного права. В частности, как бы-

America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 97, para. 183.

¹¹⁰ *Ibid.*, at para. 207.

¹¹¹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 46, para. 43.

¹¹² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299, para. 111; в дальнейшей практике Суда такие различные категории международного обычного права не упоминаются. Тревес предположил, что в этом заявлении «суд таким образом, как представляется, проводил различие между нормальными обычно-правовыми нормами и категорией таких норм, для которых не требуется поиска объективного и субъективного элементов»; см. T. Treves, *supra* note 73, para. 19.

¹¹³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226 at p. 253, para. 64.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 256, para. 75.

ло ясно указано Судом в делах “Континентальный шельф Северного моря”, для существования нормы международного обычного права требуется “устоявшаяся практика” наряду с *opinio juris*... Кроме того, Суд отметил:

«Разумеется, не требует доказательств то, что материал для международного обычного права следует искать в первую очередь в фактической практике и *opinio juris* государств, хотя многосторонние конвенции могут играть важную роль в документировании и определении норм, проистекающих из обычая, или даже в их развитии» (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29–30, para. 27*)¹¹⁵.

62. С риском чрезмерного упрощения можно сказать, что в прецедентном праве Суда имеется два главных подхода к выявлению конкретных норм международного обычного права. В некоторых случаях Суд приходит к выводу, что норма международного обычного права существует (или не существует), без проведения подробного анализа¹¹⁶. Это может происходить из-за того, что такой вывод считается очевидным (например, поскольку он основан на предыдущем заключении Суда¹¹⁷ или на бесспорной с точки зрения Суда норме права). Ряд примеров можно найти в решении Суда по делу «Никарагуа против Колумбии» от 19 ноября 2012 года¹¹⁸. В других случаях для того, чтобы уста-

¹¹⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 55.

¹¹⁶ Мерон описывает этот подход как «более мягкий подход к международному обычному праву» в сравнении с «традиционным подходом», предполагающим подробное рассмотрение имеющихся свидетельств: Т. Мерон, *supra* note 34, at 31.

¹¹⁷ См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, at p. 245, para. 41; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 38, para. 46; Мерон, *ibid.* («МС и другие международные суды все чаще опираются на прецеденты, предпочитая не вдаваться каждый раз заново в детальный анализ обычно-правового статуса одних и тех же принципов»); G. Voas, *supra* note 72, at 84–86, 91–93. Может возникнуть вопрос (в том числе и у Комиссии в связи с рассмотрением настоящей темы), в какой мере факт выявления нормы международного обычного права одним трибуналом в определенный момент времени (иногда десятилетия назад) позволяет этому или другим трибуналам просто использовать такой вывод в будущем; см. также сноску 41 выше. Мнение о том, что «в тех случаях, когда тот или иной международный трибунал ссылается на норму международного обычного права и применяет ее в том виде, в каком она была ранее утверждена другим трибуналом, без проведения тщательного рассмотрения оснований для подобного утверждения, имеет место косвенное нарушение обычая», см. B. Chigara, “International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 22 (2000), 433, 450.

¹¹⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012, para. 37 («Утверждение Никарагуа о том, что QS 32 нельзя считать островом по смыслу определения, установленного в международном обычном праве, поскольку он состоит из обломков кораллов, лишено оснований... Тот факт, что QS 32 очень мал, ничего не меняет, так как международное право не устанавливает какого-либо минимального размера, которым должен обладать тот или иной объект для того, чтобы считаться островом»); para. 118 («Суд считает, что определение континентального шельфа, содержащееся в пункте 1 статьи 76 ЮНКЛОС, является частью международного обычного права»); para. 138 («Стороны ... согласились с тем, что несколько из наиболее важных положений ЮНКЛОС отражают международное обычное право. В частности, они согласны с тем, что в положениях статей 74 и 83, о делимитации исключительной

новить наличие или отсутствие нормы международного обычного права, Суд проводит более подробный анализ практики и *opinio juris* государств. Этот подход находит отражение в решении Суда от 3 февраля 2012 года по делу «Германия против Италии»¹¹⁹. Именно эти два дела особенно полезны для целей иллюстрации подхода Суда к вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права¹²⁰.

63. Имеется значительное число дел, в которых Суд рассматривал конкретные аспекты процесса формирования и выявления норм международного обычного права, затрагивая многие из относящихся к настоящей теме вопросов, в первую очередь — о характере элементов практики и *opinio juris* государств и о связи между договорами и международным обычным правом. Хотя такие дела не дают исчерпывающих ответов, в них содержатся полезные рекомендации. Прецедентное право будет подробно рассматриваться в последующих докладах в рамках исследования конкретных аспектов темы.

64. В литературе широко признается вклад практики Международного Суда в укрепление роли международного обычного права и разъяснение некоторых из его аспектов¹²¹. В то же время авторы высказывают соображение о том, что пока Суд предоставил весьма ограниченные разъяснения о способах формирования и о порядке выявления норм международного обычного права, демонстрируя «явную склонность заявлять о факте существования обычной нормы, но не доказывать его»¹²², и придерживаясь в конечном итоге достаточно гибкого

экономической зоны и континентального шельфа, и статьи 121, о правовом режиме островов, сформулированы нормы международного обычного права»); пара. 139 («Поэтому Суд считает, что установленный в статье 121 ЮНКЛОС правовой режим островов устанавливает неделимый режим, все элементы которого (как признается Колумбией и Никарагуа) имеют статус международного обычного права»); пара. 177 («Сегодня международное право ограничивает ширину территориального моря, которую прибрежные государства имеют право устанавливать, двенадцатью морскими милями. Статья 3 ЮНКЛОС отражает текущую позицию международного обычного права по этому вопросу»); пара. 182 («Суд счел, что это положение [статья 13 ЮНКЛОС, “Осыхающие при отливе возвышения”] отражает международное обычное право» (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 100, para. 201.”)).

¹¹⁹ *Supra* note 115.

¹²⁰ См. также случаи обращения к прецедентам с целью определить существование той или иной нормы международного обычного права, например, недавнее указание Международного Суда на «международное обычное право, отраженное в прецедентном праве этого Суда, Международного трибунала по морскому праву (МТМП) и международных арбитражных судов и трибуналов»: *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012*, para. 114 (and note 117 above). Один автор полагает, что имеется еще один метод, при помощи которого Суд провозглашает факт существования нормы международного обычного права: имплицитное признание, когда «Суд рассматривает определенную практику государств или положение договора как обычай, не делая при этом прямых заявлений относительно его природы» (см. A. Alvarez-Jiménez, “Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000-2009”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 681, 698-703).

¹²¹ См., например, Danilenko, *supra* note 10, at 80; A. Cassese, “General Round-Up”, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 166.

¹²² A. Pellet, “Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making”, in M.H. Arsanjani et al, (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in*

подхода¹²³. Кроме того, отмечается, что Суд не всегда демонстрирует единообразие в использовании терминов международного обычного права и в проведении различий между ним и общими принципами права¹²⁴.

Honor of W. Michael Reisman (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 1065, 1076 (где говорится о «таинственной и эмпирической алхимии, посредством которой Суд «обнаруживает» ту или иную норму, прежде чем применять ее в конкретном деле»). См. также J.I. Charney, «Universal International Law», *American Journal of International Law*, 87 (1993), 529, 537-38; J.P. Kelly, «The Twilight of Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), 449, 469; K. Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 31 (1971), 810, 853; T. Treves, *supra* note 73, at para. 21; R.H. Geiger, «Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal», in U. Fastenrath et al (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), 673, 692; W.W. Bishop, 147 *Recueil des Cours* (1965), 147, 220; A. D'Amato, «Trashing Customary International Law», *American Journal of International Law*, 81 (1987), 101; G.L. Scott and C.L. Carr, «The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy», *Texas International Law Journal*, 16 (1981), 347, 353; T. Meron, *supra* note 34, at 30; J. Ferrer Lloret, «The unbearable lightness of customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: the *Jurisdictional Immunities of the State* case», available (in Spanish) at *Revista Electronica de Estudios Internacionales* (www.reei.org); M. Hagemann, «Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes», *Annuaire Suisse de Droit International*, 10 (1953), 61-88.

- ¹²³ E. Jiménez de Aréchaga, «Custom», in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 2-3 («Лично я считаю, что наиболее значимый вклад Суда в дело прогрессивного развития международного права заключается... в гибкости судебно-практических концепций, принятых им по этому вопросу об источниках, особенно в отношении международного обычного права»); E. Benvenisti, «Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency», in E. Benvenisti and M. Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives* (Cambridge University Press, 2004), 85-116 (где высказывается мнение, что судьи Суда, «словно оракулы мистического «обычая», порою изобретают международное обычное право, когда «эти усилия порождают более эффективные нормы»); F. Orrego Vicuña, *supra* note 48, at 25-6 («Международный Суд не придерживается какого-либо единого подхода в отношении международного обычного права... В последнее время... может показаться, что вовсе не следуя какой-либо конкретной теории, Суд находит обычную норму всякий раз и в любой ситуации, когда он считает необходимым или удобным выявить такую норму или выйти за рамки договорных норм»); I. MacGibbon, «Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity», in B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, 1982), 21 («Неизбежно складывается впечатление, что... Суд весьма широко и свободно трактует вопросы международного обычая»); R.H. Geiger, *supra* note 122, at 673, 674 («открыто провозглашенные Судом стандарты установления конкретных обычных норм сильно отличаются от того, как на самом деле поступает Суд»); R.B. Baker, *supra* note 48, at 178-79 (где говорится, что именно Суд «в ряде новаторских, даже революционных» заключений конца 1960-х — начала 1970-х годов заложил теоретическую основу для «переосмысления традиционных источников международного обычного права: практики и *opinio juris* государств»); R. Müllerson, «On the Nature and Scope of Customary International Law», *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), 341, 353 (где отмечается, что в основе решения Суда признать норму международного обычного права зачастую лежит нормативное утверждение); O. Yasuaki, «Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?», *International Legal Theory*, 81 (2002), 1, 16 («МС весьма свободно оперирует понятием международного обычного права... размывая границы между практикой и *opinio juris* государств»); F.L. Kirgis, Jr., «Custom on a Sliding Scale», *American Journal of International Law*, 81 (1987), 146-151 (где отмечается, что при отыскании обычных норм для Суда имеет

65. Касаясь вопроса о подходе Международного Суда к международному обычному праву, председатель Суда недавно пояснил:

«...Авторы справедливо обращают внимание на преобладание общих заявлений о нормах в современной практике Суда, хотя они заходят слишком далеко, настаивая на теоретической проработке этого аспекта. На самом деле Суд никогда не отказывался от своей точки зрения, прочно основанной на формулировке Статута, о том, что международное обычное право является «всеобщей практикой, признанной в качестве правовой нормы», иными словами, выражаясь языком одного из последних решений, что «для существования нормы международного обычного права требуется наличие “устоявшейся практики” в сочетании с *opinio juris*». Однако на практике Суд никогда не испытывал необходимости в связи с каким-либо конкретным делом проводить подобное исследование в отношении каждой нормы, представляемой в качестве обычной, и вместо этого принимал во внимание наилучшие и наиболее уместные из имеющихся доказательств с тем, чтобы определить, существует ли обычная норма такого рода или нет. Иногда это влечет за собой прямое рассмотрение объективных элементов самих по себе, хотя чаще бывает достаточно обратиться к обоснованным мнениям государств и таких органов, как Комиссия международного права, о том, существует ли та или иная обычная норма или нет и каково ее содержание, или, по меньшей мере, воспользоваться нормами, которые четко сформулированы в письменной форме в качестве ориентира для определения рамок и направления исследования объективных элементов обычая»¹²⁵.

значение важность нормы или темы; в тех случаях, когда она носит дестабилизирующий или морально неприемлемый характер, разумеется, провозглашается ограничительный обычай); B. Schlütter, *supra* note 81, at 122, 168 («в вопросах обычая прецедентное право МС не всегда отличается единообразием и не всегда, как представляется, соответствует общей концепции, предусмотренной в различных теориях международного обычного права... Суд не имеет единого подхода к вопросам формирования международного обычного права»).

¹²⁴ См., например, K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. xv-xvii, 8; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, revised edition (Grotius Publications, 1982), 393; K. Skubiszewski, *supra* note 122, at 812; M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), 63, 64 (где отмечается, что Суд «довольно часто не указывает используемый им источник [за исключением случаев, когда действительность соответствующей нормы следует непосредственно из договора]... Зачастую Суд просто заявляет, что правило такое-то является “широко признанной нормой [или принципом] международного права” или использует какую-нибудь иную туманную формулировку, не уточняя, проистекает ли данная норма из обычая, “общих принципов права, признанных цивилизованными нациями”, какого-либо иного источника или сочетания источников»); D. Bodansky, “Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms”, in M.H. Arsanjani et al (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 119, 122 («даже Международный Суд (МС), в статуте которого проводится различие между общими принципами и обычаем, в своих решениях не всегда поступает так же»).

¹²⁵ P. Tomka, in “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe — 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (forthcoming).

IX. Прецедентное право других судов и трибуналов

A. Другие международные суды и трибуналы

66. В число международных судов и трибуналов, чье прецедентное право может быть полезным для целей настоящей темы, входят Международный трибунал по морскому праву; международные и интернационализированные уголовные трибуналы; органы по урегулированию споров при Всемирной торговой организации; межгосударственные арбитражные трибуналы, а также другие специальные трибуналы. Ссылки на соответствующие прецеденты будут использованы в последующих докладах в рамках исследования конкретных аспектов формирования и доказательства существования международного обычного права. В настоящем докладе приводится несколько примеров, призванных продемонстрировать круг соответствующих судебных органов и трибуналов, используемый ими единый подход и обилие информации, которую можно почерпнуть из судебной практики¹²⁶. Бросается в глаза следующее. Несмотря на различные условия, в которых функционируют эти суды и трибуналы, все они в значительной мере руководствуются подходом и прецедентным правом Международного Суда, в том числе в отношении конститутивной роли, которая отводится двум элементам — практике и *opinio juris* государств.

67. Международный трибунал по морскому праву, который может применять (наряду с Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву) «другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с [настоящей] Конвенцией»¹²⁷, до сих пор лишь изредка обращался к международному обычному праву. Ссылаясь на ту или иную норму, как на признанную в качестве нормы международного обычного права, Трибунал в основном опирается на высказывания Международного Суда¹²⁸. Кроме того, Трибунал ссылается на выводы других международных судов и трибуналов¹²⁹ и на работу Комиссии международного права¹³⁰. В одном деле Трибунал, исходя из «расту-

¹²⁶ В докладе приводятся ссылки на судебные решения, проливающие свет на вопросы формирования и доказательства существования международного обычного права, и их цитирование не должно рассматриваться как одобрение какого-либо конкретного решения по существу.

¹²⁷ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 293 (1). Трибунал указывает также, что косвенные ссылки на нормы международного обычного права содержатся в ряде статей Конвенции; см., например, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea, report for 2012, para. 183.

¹²⁸ *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, paras. 133-134; *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea, report for 2011, p. 10, paras. 57, 147-148, 169, 178.

¹²⁹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea report for 2011, p. 10, paras. 57 (ссылка на арбитраж по делу *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau* и Апелляционный орган Всемирной торговой организации), 178 (ссылка на арбитраж по делу *Rainbow Warrior*), 194 (ссылка на Постоянную Палату Международного Суда).

¹³⁰ *Ibid.*, at paras. 169, 178, 182, 194, 210; *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the*

щего числа международных договоров и других правовых документов», пришел к выводу о «наметившейся» «тенденции к включению этого [осторожного] подхода в состав международного обычного права»¹³¹. Трибунал указывает также на значение практики государств и прецедентного права для усилий по установлению факта существования той или иной применимой «общей нормы» или толкования правовых концепций или норм права¹³².

68. Специальные международные уголовные трибуналы — по бывшей Югославии и по Руанде — часто обращаются к международному обычному праву при установлении своей юрисдикции¹³³. При этом, как показано ниже, оба трибунала исходят из того, что для формирования нормы международного обычного права требуется практика и *opinio juris* государств и что для выявления такой нормы, как правило, необходимо исследовать эти два элемента. Считалось, что этот подход продиктован обязанностью трибуналов должным образом учитывать принцип законности (*nullum crimen sine lege*), согласно которому «международное обычное право может служить надежной основой для осуждения, но только если действительно приняты все необходимые меры с целью определить, что на момент совершения преступления соответствующий правовой принцип настолько прочно утвердился в качестве обычая, что преступник мог бы сказать, какую норму он должен был соблюсти»¹³⁴. Тем не менее некоторые авторы отмечают, что «в контексте международного уголовного права международное обычное право означает нечто иное, нежели международное обычное право в контексте традиционного международного права»¹³⁵, и что судебная практика трибуналов часто характеризуется отходом «от прак-

Grenadines v. Guinea), Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea report for 1999, p. 10, para. 171.

¹³¹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea report for 2011, p. 10, para. 135.

¹³² См. *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, paras. 147, 150; *M/V "SAIGA" (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea report for 1997, p. 16, para. 57.

¹³³ О международном обычном праве как об источнике права в международном уголовном процессе в целом см., например, D. Akande, "Sources of International Criminal Law", in A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), 41, 49-51; and R. Cryer et al., *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2010), 11. При рассмотрении прецедентного права международных уголовных судов и трибуналов, включая как Международный уголовный суд, так и специальные трибуналы, следует иметь в виду, что государства редко непосредственно участвуют в процессе в качестве сторон.

¹³⁴ T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 99 (2005), 817, 821.

¹³⁵ W. Schabas, *supra* note 33, at 101; see also R.B. Baker, *supra* note 48, at 175, 184-186; L. van den Herik, "Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity", in S. Darcy and J. Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press, 2010), 80-105; C. Stahn and L. van den Herik, "'Fragmentation', Diversification and '3D' Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?", in L. van den Herik and C. Stahn (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 21, 63; B. Van Schaack, "*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals", *Georgetown Law Journal*, 97 (2008), 119, 165; and I. Bantekas, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", *International Criminal Law Review*, 6 (2006), 121-136.

тического понимания обычая в сторону в большей степени собственно *гуманитарного* толкования обычно-правового процесса»¹³⁶. Однако по мнению других авторов, «идея о том, что судебная практика международных уголовных трибуналов породила новую форму обычая, в связи с чем практика и *opinio juris* государств перестали быть обязательными условиями формирования обычая, совершенно ошибочна»¹³⁷.

69. Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года (Международный трибунал по бывшей Югославии), часто обращается к международному обычному праву при установлении норм международного права, касающихся рассматриваемых им преступлений и процессуальных вопросов. При этом в ряде случаев трибунал указывает на практику и *opinio juris* государств, как на обязательные условия признания за каким-либо конкретным правовым принципом статуса нормы международного обычного права. Например, в деле *Prosecutor v. Hadžihasanović* Апелляционная камера отметила, что «для того, чтобы считать тот или иной принцип частью международного обычного права, она должна удостовериться в признании такого принципа в практике государств на основании подтверждающих это примеров *opinio juris*»¹³⁸; в деле *Prosecutor v. Delalić* Судебная камера также прямо указала на «свидетельства существования такой нормы обычного права — практику и *opinio juris* государств»¹³⁹. В свою очередь, в деле *Prosecutor v. Aleksovski* Апелляционная камера сочла, что в отсутствие «свидетельств из практики государств, которые указывали бы на формирование в международном обычном праве» требования о доказывании наличия дискриминационного умысла в составе нарушения законов или обычаев войны, существование подобной нормы не может быть установлено¹⁴⁰. В деле *Prosecutor v. Tadić* Апелляционная камера, ссылаясь на «внимательное рассмотрение соответствующей практики», указывает, что «международное обычное право

¹³⁶ G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press, 2006), 18.

¹³⁷ G. Boas, *supra* note 72, at 90.

¹³⁸ Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para. 12.

¹³⁹ Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, para. 302 (and para. 256). См. также, например, заявление судьи Шахабуддина в решении Апелляционной камеры по делу *Prosecutor v. Furundžija*, в котором говорится: «Если вопрос заключается в том, сложилась ли в международном обычном праве определенная норма или нет... необходимо изучить эволюцию международного обычного права по этому вопросу, и такое исследование, разумеется, должно проводиться в соответствии с принципами, регламентирующими такую эволюцию»; в этой связи Шахабуддин говорит о «сравнительном анализе, призванном показать, сформировалась ли новая обычная норма на основании общей согласованности практики государств», и позднее отмечает, что такое исследование должно носить «систематический» характер (Case No. IT-95-17/1-A, 21 July 2000, paras. 257-258, 262). Еще один пример находим в совместном особом мнении судей Макдональда и Вохраха в деле *Prosecutor v. Erdemović*: «Как авторитетно указывает Международный Суд в делах “Континентальный шельф Северного моря”, для того чтобы определенная норма стала частью международного обычного права, необходимо наличие обширной и единообразной практики государств, подкрепляемой *opinio juris sive necessitatis*» (Case No. IT-96-22-A), Judgment of the Appeals Chamber, 7 October 1997, para. 49.

¹⁴⁰ Case No. IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000, para 23.

не требует присутствия дискриминационного умысла в составах всех преступлений против человечности»¹⁴¹.

70. Однако в некоторых случаях камеры Трибунала проявляли готовность признать, что норма международного обычного права возникает даже тогда, когда оба элемента (в частности, практика государств) четко не сложились. В деле *Обвинитель против Купрешикича* Судебная камера прямо утверждала, что «принципы международного гуманитарного права могут складываться посредством обычного процесса под давлением требований гуманности или диктата публичного сознания, даже когда практика государств скудна и непоследовательна. Другим элементом в форме *opinio necessitatis*, кристаллизующимся в результате воздействия императивов гуманности или публичного сознания, может оказаться тот решающий элемент, который возвещает о появлении общей нормы или принципа гуманитарного права»¹⁴². В других случаях камеры не всегда проводили подробный анализ практики государств и *opinio juris* (и не проводили разграничения между ними)¹⁴³ или просто цитировали предыдущие решения Трибунала¹⁴⁴.

71. Международный уголовный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года (Международный уголовный трибунал по Руанде) также обращался к международному обычному праву в ряде случаев, из которых видно, что оба трибунала и выступавшие в них стороны признавали, согласно заявлению Апелляционной камеры по делу *Рвамакуба против Обвинителя*, что «нормы международного обычного права характеризуются двумя известными компонентами — практикой государств и *opinio juris*»¹⁴⁵. Еще в одном случае прямой ссылки судья Шахабуддин заявил, говоря о концепции соучастия в своем отдельном мнении по делу *Гакумбитси против Обвинителя* (Апелляционная камера), что, «поскольку одни государства придерживаются одной теории, а другие — другой, то возможно, что не существует требуемой практики государств и

¹⁴¹ Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras. 287-292. См. также *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-A, Judgment, 3 May 2006, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, para. 15; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Judgment, 17 December 2004, para. 66; *Prosecutor v. Kunarac et al*, Case Nos. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12 June 2002, para. 98 (footnote 114); *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment, 30 November 2006, paras. 86-98, and the Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, paras. 7-21.

¹⁴² Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 527. См. также A. Zahar, "Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY", in B. Swart, A. Zahar and G. Sluiter, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Oxford University Press, 2011), 469-505.

¹⁴³ См., например, *Tadić*, *supra* note 141, at paras. 109 (fn. 129), 303; *Delalić*, *supra* note 139, at paras. 452-454; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, *supra* note 141, paras. 52-54; см. также *Prosecutor v. Galić*, *supra* note 141, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 5.

¹⁴⁴ См., например, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-T, Judgment, 31 March 2003, paras. 228, 250, 336; *Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment, 29 July 2004, paras. 145-148, 157; *Prosecutor v. Kunarac et al*, Case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001, paras. 466-486.

¹⁴⁵ Case No. ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, para. 14.

opinio juris, позволяющих сделать любую из этих теорий частью международного обычного права»¹⁴⁶. В своем особом (частично) мнении по делу *Наимана и другие против Обвинителя* (Апелляционная камера) судья Мерон заявляет, что в случае, когда «консенсус между государствами не складывается, совершенно очевидно, что никакой нормы международного обычного права нет»¹⁴⁷. Ссылаясь на доказательства при определении наличия или отсутствия нормы международного обычного права, Трибунал в целом не уточнил, являлись ли такие материалы доказательством практики государств или opinio juris (или и того и другого)¹⁴⁸.

72. В некоторых случаях Трибунал избегал подробного анализа при решении вопроса о том, возникла ли норма международного обычного права, или полагался вместо этого на исследования и заявления других судебных учреждений. Например, в деле *Наимана и другие против Обвинителя* Апелляционная камера просто сослалась на пояснительное заявление в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права, утверждая, что позиция, согласно которой прямое публичное подстрекательство к совершению геноцида наказуемо только в случае, если такой акт действительно имел место, «не отражает международного обычного права по этому вопросу»¹⁴⁹; и в деле *Обвинитель против Акаесу*, когда Судебная камера постановила, что «Конвенция о геноциде безусловно считается частью международного обычного права, что явствует из заключения Международного Суда относительно положений Конвенции о геноциде и как об этом напомнил Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций в своем докладе об учреждении Международного уголовного суда по бывшей Югославии»¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Case No. ICTR-2001-64-A, 7 July 2006, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 51.

¹⁴⁷ Case No. ICTR-99-52-A, 28 November 2007, Partly Dissenting Opinion of Judge Meron, paras. 5-8. Ссылаясь на «число и объем оговорок [к соответствующим положениям, на которые полагается Судебная камера в качестве] свидетельства того, что в международном сообществе существуют глубокие разногласия относительно того, является ли просто мотивированные ненавистью заявления запрещенными или их следует запретить», судья Мерон заключил, что такие положения не отражают «сложившегося принципа», обнаружив подтверждение этой позиции в истории разработки Конвенции о геноциде, а также в судебном решении Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Кордюю*.

¹⁴⁸ См., например, *Prosecutor v. Bikindi*, Case No. ICTR-01-72-T, 2 December 2008, para. 379; *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 December 2004, paras. 518-519; *Rwamakuba*, *supra* note 145, at para. 14. Еще один пример можно обнаружить в деле *Обвинитель против Наиманы и других* (Судебная камера), где Камера сослалась на «устоявшиеся принципы международного и внутреннего права и практику рассмотрения дела *Страйкера* в 1946 году и многих дел в Европейском суде и внутренних судах с тех пор» для определения того, что «мотивированные ненавистью заявления, представляющие собой формы этнической и иной дискриминации, нарушают норму международного обычного права, запрещающую дискриминацию» (Case No. ICTR-99-52-T, 3 December 2003, paras. 1073-1076). См. также W. Schabas, *supra* note 33, at 84-85.

¹⁴⁹ См. сноску 147 выше в сноске 1614 (пункт 678); см. также особое (частично) мнение судьи Шахабуддина по этому делу, который, ссылаясь в контексте определения преступления в виде преследования на решение военного трибунала Соединенных Штатов, заявляет, «что речь идет о разбирательстве, проходившем непосредственно после Второй мировой войны. Поэтому по общему правилу можно признать, что данное дело отражает международное обычное право» (в пункте 13).

¹⁵⁰ Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 495; см. также *Обвинитель против*

73. Если обратиться к специализированным судам, то Специальный суд по Сьерра-Леоне в деле *Обвинитель против Нормана* заявил, что «формирование обычая требует как наличия государственной практики, так и убежденности в уже существующем обязательстве (*opinio iuris*)», добавив заимствованные слова о том, что «выраженная убежденность в обязательности в отсутствие исполнительного обыкновения есть не более чем риторика. И наоборот, практика государств в отсутствие *opinio iuris* представляет собой лишь привычку»¹⁵¹. Решая вопрос о том, что запрет на вербовку детей в вооруженные силы превратился в норму международного обычного права, Суд сослался на ряд государств, в которых приняты законодательные акты, запрещающие вербовку детей («практически все государства... (... в течение длительного времени)»); и заявил, что значительное число государств, ставших участниками Женевских конвенций (185) или ратифицировавших Дополнительный протокол II (133) и Конвенцию о правах ребенка («все, кроме шести государств»), свидетельствует о том, что положения этих документов пользуются широким признанием как нормы международного обычного права (применительно к последней — «практически в момент вступления в силу»)¹⁵². Суд заключил, что «при анализе формирования международного обычного права “число государств, участвующих в практике, является более важным критерием... чем продолжительность этой практики”»¹⁵³. Он заявил далее, что «обычное право, как говорит его название, вытекает из обычая. Для формирования обычая требуется время»¹⁵⁴.

74. В деле *Обвинитель против Фофана и Кондевы*¹⁵⁵ при решении вопроса о том, что запрет на разграбление, отраженный в международном обычном пра-

Кажелижели, где приводилось решение по делу *Тадича* в порядке «обзора международной практики по этому вопросу» о статусе в международном обычном праве предложения о том, что стандартом для нападения должен являться его «широкомасштабный или систематический» характер (Case No. ICTR-98-44A-T, 1 December 2003, para. 869 and footnote 1076); и слова судьи Гюнея в его особом (частично) мнении по делу *Гакумбитси против Обвинителя* (сноска 146 выше) о том, что «меня беспокоит то, что в большей части этого дела вообще не обсуждается то обстоятельство, что любые из этих форм совершения признаны в международном обычном праве. Никакого анализа международного обычного права действительно не приводится, с тем чтобы показать, что «совершение» выходит за рамки физического исполнения преступления или участия в совместном преступном сговоре» (пункт 6). См. также решение (мотивы) по делу *Обвинитель против Каишемы и Рузиданы* (дело No. ICTR-95-1-A), 1 июня 2001 года, где Апелляционная камера «напомнила, что принцип права на справедливое судебное разбирательство является частью международного обычного права», и сослалась на его закрепление «в ряде международных документов, включая статью 3, являющуюся общей для Женевских конвенций», цитируя решение по апелляции *Челебечи* (пункт 51).

¹⁵¹ SCSL-2004-14-AR72(E) (31 May 2004), p. 13 at para. 17; цитата приводится из работы E.T. Swaine, “Rational Custom”, *Duke Law Journal*, 52 (2002), 559, 567-68.

¹⁵² *Ibid.*, at paras. 18, 19.

¹⁵³ *Ibid.*, at p. 25, para. 49; цитируется работа M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, 47 (1975), 1, 16 (и добавляется предложение того же автора о том, что «число государств, необходимое для создания нормы международного права, зависит от объема практики, которая противоречит этой норме, и что [даже] практика, которой следует весьма небольшое число государств, может создать норму обычного права, если отсутствует практика, которая противоречит этой норме» (p. 18)).

¹⁵⁴ *Ibid.*, at para. 50. См. также the Dissenting Opinion of Judge Robertson, pp. 14-19.

¹⁵⁵ Case No. SCSL-04-14-A, 28 May 2008.

ве, не включает запрет на разрушения, не оправданные военной необходимостью, Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне сослалась на заявление Международного Суда по делам о *Континентальном шельфе Северного моря*, согласно которому практика государств должна быть «как обширной, так и практически единообразной» и демонстрировать *opinio juris*¹⁵⁶. Затем она провела в этой связи анализ различных материалов, хотя не указала, какие из упомянутых материалов она считала «практикой государств». Когда Суд изначально заявлял, что оба запрета на разграбление и разрушения, не оправданные военной необходимостью, «существуют в международном обычном праве, применимом к вооруженному конфликту немеждународного характера в период, относящийся к данному делу», он в подтверждение сослался на решение Апелляционной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Хаджихасановича*¹⁵⁷.

75. В решении 2010 года Камера предварительного производства Чрезвычайных палат в судах Камбоджи при изучении статуса преступного сообщества в международном обычном праве сначала сослалась на статью 38(1) Статута Международного Суда и дела о *Рыболовстве и Континентальном шельфе Северного моря*, а затем заявила, что «Камера предварительного производства напоминает, что при определении состояния международного обычного права в отношении наличия преступления или формы индивидуальной ответственности суд дает оценку наличию «общей, последовательной и согласованной» практики государств или *opinio juris*, что означает, что то, что государства делают и говорят, представляет собой право. Огромный объем практики государств обычно не влечет за собой презумпцию, что *opinio juris* существует; «соответствующие деяния не только должны отражать установившуюся практику, но они также должны быть такими или осуществляться таким образом, чтобы это свидетельствовало об убежденности в том, что эта практика стала обязательной в результате существования требующей этого нормы права»¹⁵⁸. Затем Камера сослалась на международные документы, международные дела и «авторитетные высказывания» при определении того, что некоторые формы преступного сообщества «были признанными формами ответственности в международном обычном праве в момент, относящийся к делу 002». В отношении преступного сообщества III Камера предварительного производства отметила, что «нет достаточных доказательств последовательной практики государств или *opinio juris* [позволяющих заключить, что оно было признано в международном обычном праве] в момент, относящийся к делу 002»¹⁵⁹. Судебная камера «по существу согласилась» с этими выводами¹⁶⁰ и, проводя свой собствен-

¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 405.

¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 390, referring to *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-AR73.3, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, 11 March 2005, paras 30, 38.

¹⁵⁸ Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEE/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53.

¹⁵⁹ *Ibid.*, paras. 75-83; здесь Камера предварительного производства проанализировала «авторитетные источники, на которые опирался [МТБЮ] в деле Тадича», и выразила мнение, что «они не содержат достаточных доказательств последовательной практики государств или *opinio juris* в период, относящийся к делу 002».

¹⁶⁰ Case File No. 002/19-09-2007/EEEE/TC, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise, 12 September 2011, para. 29.

ный анализ международных дел, заключила, что «обвинители не смогли доказать, что преступное сообщество III охватывалось международным обычным правом в период 1975–1979 годов»¹⁶¹.

76. Специальный трибунал по Ливану, заключая, что норма международного обычного права «сформировалась в международном сообществе в отношении терроризма», четко указал, что подтверждение такой нормы должно осуществляться путем «демонстрации необходимой практики и *opinio juris seu necessitatis*, а именно правового взгляда, согласно которому необходимо и, по сути, обязательно привлекать к ответственности и наказывать исполнителей террористических нападений»¹⁶². Ссылаясь на «понятие международного обычая, сформулированного Международным Судом в деле о *Континентальном шельфе*»¹⁶³, Суд начал свой анализ соответствующих материалов с заявления о том, что «как мы увидим, ряд договоров, резолюций Организации Объединенных Наций и законодательной и судебной практики государств свидетельствует о формировании общего *opinio juris* в международном сообществе, сопровождаемого практикой, согласующейся с таким *opinio* и свидетельствующей о том, что обычная норма международного права в отношении международного преступления терроризма, по крайней мере в мирное время, действительно появилась»¹⁶⁴. Он заявил далее, что «для установления безо всякой тени сомнения того, сложилась ли обычная норма международного права», мы должны, в частности, «посмотреть на поведение государств, формирующееся посредством достижения согласия по международным договорам, значение которых выходит за рамки их конвенционной сферы применения, или принятие резолюций важными межправительственными органами, такими как Организация Объединенных Наций, а также принятие государствами конкретных национальных законов и решения национальных судов»¹⁶⁵. Рассмотрев такие «элементы» подробно, Суд далее заключил, что «можно сказать, что налицо устоявшаяся практика в отношении наказания за акты терроризма в их обычном определении, по крайней мере когда они совершаются в мирное время; кроме того, эта практика является свидетельством убежденности государств в том, что наказание за терроризм отвечает социальной необходимости (*opinio necessitatis*), а значит становится обязательным в силу существования требующей этого нормы (*opinio juris*)»¹⁶⁶.

77. Органам по урегулированию споров Всемирной торговой организации (ВТО) также приходится, хотя и не часто, иметь дело с установлением наличия норм международного обычного права¹⁶⁷. Как показывают эти случаи, при оп-

¹⁶¹ *Ibid.*, para. 38.

¹⁶² Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, para. 104.

¹⁶³ *Ibid.*, para. 102.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 85.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para. 87.

¹⁶⁶ *Ibid.*, para. 102.

¹⁶⁷ В настоящем контексте нет нужды обсуждать то, в какой степени органы по урегулированию споров ВТО могут применять международное обычное право; см., например, *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (Panel Report), WT/DS163/R, adopted on 19 June 2000, para 7.96 (где Группа заявила: «Иными словами, постольку поскольку нет коллизии или непоследовательности или какого-либо выражения в охватываемом соглашении ВТО, которое предполагало бы иное, мы считаем, что обычные нормы международного права применяются к договорам ВТО и процессу

ределении того, возникла ли определенная норма международного обычного права, традиционные элементы — практика государств и *opinio juris* — рассматриваются группами и Апелляционным органом как принципиально важные, хотя до настоящего времени они, в целом, старались не проводить самостоятельный анализ этих элементов.

- i) При рассмотрении дела *Соединенные Штаты — Стандарты на реформированный и обычный бензин* Апелляционный орган, заявляя, что «общая норма толкования», изложенная в Венской конвенции о праве международных договоров, «достигла статуса нормы обычного или общего международного права», сослался на решения Международного Суда, Европейского суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека, а также на литературу по международному публичному праву¹⁶⁸. В деле *Япония — Налоги на алкогольные напитки* Апелляционный орган просто заявил, что «нет сомнений в том, что статья 32 Венской конвенции, касающаяся роли дополнительных средств толкования, достигла такого же статуса [«нормы обычного или общего международного права»]», а в сноске ссылаясь главным образом на прецеденты Международного Суда¹⁶⁹.
- ii) В деле *Европейские сообщества — Меры в отношении мяса и мясных продуктов (Гормоны)* Апелляционный орган, касаясь вопроса о том, сложился ли предосторожный подход или принцип предосторожного подхода как «принцип общего международного или обычного права» (и в конечном счете решив не занимать позицию в этом вопросе), отметил, что «статус принципа предосторожности в международном праве по-прежнему является предметом обсуждения среди ученых, практиков, регулирующих органов и судей», и сослался в сноске на литературу, согласно которой имеется или не имеется достаточно практики государств, позволяющей говорить о достижении уровня международного обычного права. Он отметил далее, что Международный Суд не признал этот принцип в качестве нормы, которая должна приниматься во внимание¹⁷⁰.
- iii) В деле *Корея — Меры, затрагивающие государственные закупки* (доклад Группы, который не был обжалован) в отношении статьи 48

заклучения договоров в рамках ВТО»); см. также I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), 13-21; J. Pauwelyn, «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *American Journal of International Law*, 95 (2001), 535, 542-543; S. Mohd Zin and A.H. Sarah Kazi, «The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation (WTO) Disputes Settlement Mechanism», *International Journal of Public Law and Policy*, 2 (2012), 229, 245-48; A. Lindroos and M. Mehling, «Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO», *European Journal of International Law*, 16 (2006), 857, 869-873; D. Palmeter and P.C. Mavroidis, «The WTO Legal System: Sources of Law», *American Journal of International Law*, 92 (1998), 398-413; and J. Trachtman, «The Jurisdiction of the World Trade Organization» *American Society of International Law (ASIL) Proceedings*, 98 (2004), 139-142.

¹⁶⁸ WTO Appellate Body Report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted on 20 May 1996, p. 17.

¹⁶⁹ WTO Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, p. 11.

¹⁷⁰ WTO Appellate Body Report, *EC — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted on 16 January 1998, para. 123.

Венской конвенции о праве международных договоров Группа заявила, что первоначальная концепция ошибки «эволюционировала через прецеденты Постоянной палаты третейского суда и Международного Суда до статуса международного обычного права», а затем была кодифицирована в Конвенции. Она сделала вывод о том, что «поскольку эта статья была сформулирована главным образом на основе прецедентов соответствующих судебных органов — Постоянной палаты третейского суда и Международного Суда, практически нет сомнений в том, что она в настоящее время представляет собой международное обычное право»¹⁷¹. Далее в сноске Группа заявила, что статья 65 Венской конвенции, «по всей видимости, не относится к числу положений Венской конвенции, которые стали международным обычным правом», при этом она не привела мотивов, кроме ссылки на рассматривавшееся в Европейском суде дело, в котором содержится аналогичное краткое заявление¹⁷².

78. В других делах ВТО заявление относительно норм международного обычного права было сделано без сопроводительного анализа или ссылок, например, в деле *Европейские сообщества — режим импорта, продажи и распространения бананов (ЕС — бананы III)*, где Апелляционный орган отметил, что «...ничто ... в международном обычном праве или преобладающей практике международных арбитражей... не препятствует тому, чтобы член ВТО определял состав своей делегации для разбирательства в Апелляционном органе»¹⁷³.

79. В ходе дальнейшей разработки темы необходимо будет также изучить прецеденты межгосударственных арбитражей, например арбитража согласно приложению VII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, а также других специальных арбитражей, таких как Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии и арбитражи в области защиты инвестиций¹⁷⁴.

В. Региональные суды

80. Региональные суды также довольно часто определяют существование или несуществование норм международного обычного права, как правило конкретно в контексте толкования или применения своих собственных специфических договоров.

¹⁷¹ *Korea — Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adopted on 19 June 2000, paras 7.123, 7.126

¹⁷² *Ibid.*, para. 7.126, footnote 769 (referring to ECJ Case C-162/69, *Racke v. Hauptzollamt Mainz* — 1998 ECR, I-3655, para. 59).

¹⁷³ *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopted on 25 September 1997, para. 10 (referring to a previous ruling dated 15 July 1997).

¹⁷⁴ См. также, например, C. Congyan, “International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law”, *Chinese Journal of International Law*, 7(2008), 659-679; and E. Milano, “The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11 (2012), 499-524.

81. В своем консультативном заключении 2009 года в отношении толкования статьи 55 Американской конвенции о правах человека Межамериканскому суду по правам человека предстояло решить, в частности, имело ли процессуальное право назначать судей *ad hoc* Суда для рассмотрения споров, возникших в связи с заявлениями отдельных лиц, статус международного обычного права. Отметив сначала определение международного обычая в статье 38.1(b) Статута Международного Суда, Суд далее привел несколько дел Международного Суда и доктрину в области международного публичного права, заявив, что «в этой связи прецеденты Международного Суда, а также международная доктрина указывают, что данный источник права состоит из двух конститутивных элементов. Первый, объективный по своему характеру, заключается в существовании общей практики, которая наработана государствами и которая неизменно и единообразно соблюдается (*uses или diuturnitas*). Второй элемент, носящий субъективный характер, касается убежденности государств в том, что указанная практика является правовой нормой (*opinio juris sive necessitatis*)»¹⁷⁵.

82. Суд Европейского союза и Европейский суд по правам человека также имели возможность периодически применять международное обычное право¹⁷⁶. Например, в решении о допустимости по делу *Ван Анрат против Нидерландов* Европейский суд по правам человека, приведя большой отрывок из дел о континентальном шельфе Северного моря и Никарагуа¹⁷⁷, заявил, что «положение договора может стать международным обычным правом. Для этого необходимо, чтобы данное положение потенциально во всех случаях носило по сути нормообразующий характер, чтобы его можно было рассматривать как основание для общей нормы права; чтобы налицо была соответствующая установившаяся практика государств; и чтобы были свидетельства убежденности в том, что такая практика является обязательной в силу существования нормы права, которая этого требует (*opinio juris sive necessitatis*)»¹⁷⁸.

С. Национальные суды

83. Специальный докладчик продолжает поиск материалов в отношении подхода национальных судов к выявлению норм международного обычного права. Такая информация была бы полезна на любом этапе, особенно до подготовки им своего второго доклада в начале 2014 года. Ценную информацию можно обнаружить в обширной литературе по этой теме¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Advisory Opinion OC-20/09 (29 September 2009), pp. 54-55, para. 48.

¹⁷⁶ См. презентацию судьи Маленовски Суда Европейского союза и судьи Зиемеле Европейского суда по правам человека по теме “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (forthcoming).

¹⁷⁷ Application no. 65389/09, Decision on Admissibility, 6 July 2010, paras. 35-36, 87-92.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 88.

¹⁷⁹ См., например, B. Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d’État (France); A. Paulus, Judge, Federal Constitutional Court (Germany), both in “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (forthcoming); and in “Application of customary international law by national courts” (various authors), *Non-State Actors and International Law*, 4 (2004), 1-85; and D. Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press, 2011).

84. Можно многое узнать, исследуя подходы национальных судов, однако при этом следует иметь в виду, что каждый национальный суд функционирует в рамках его собственного внутреннего (конституционного) положения. То, в каком объеме и каким образом международное обычное право может применяться национальными судами, зависит от внутреннего права. Кроме того, национальные судьи вовсе не обязательно являются специалистами или вообще имеют подготовку в области международного публичного права, а национальные суды могут испытывать на себе влияние позиции своего собственного государства в отношении того, существует ли конкретная норма международного обычного права, и в любом случае скорее всего примут (и, наверное, должны принять) осторожный подход к развитию права¹⁸⁰.

85. Вероятно, на данном этапе было бы целесообразно привести ряд хорошо известных судебных решений национальных судов, которые относятся к данной теме. Они свидетельствуют о том, что в целом национальные суды¹⁸¹ стараются главным образом следовать подходу Международного Суда.

а) Английские суды во многих случаях пытались выявить нормы международного обычного права. Они стремились следовать подходу Международного Суда, в связи с чем в судебных решениях данный вопрос не всегда подвергался глубокому анализу¹⁸². В деле, которое недавно рассматривал Высокий суд, судья (как и правительство) согласился с тем, что запрещение пыток является нормой *jus cogens*, сославшись для этого на дело *Бельгия против Сенегала*, однако не мог найти обычных норм международного права, запрещающих установление в национальном праве нормы об исковой давности по гражданским делам¹⁸³. При этом судья Маккомб привел цитату из принятого им

¹⁸⁰ В своей речи в Палате лордов по делам *Джоунс и Митчелл* лорд Хоффман привел комментарии ученых, в которых говорится, что Верховный суд Италии в деле *Феррини* «отдал приоритет ценностям, воплощенным в запрете пыток, по сравнению с ценностями и политикой, воплощенными в нормах об иммунитете государств», и заявил далее, «если бы дело касалось внутреннего права, то некоторые, возможно, расценили бы это как «чрезмерную активность», которая, однако, вполне бы вписывалась в рамки судебной функции... Между тем аналогичный подход не может быть принят в международном праве, которое основано на общем согласии государств. Национальный суд не должен разрабатывать международное право путем принятия в одностороннем порядке какой-либо версии этого права, которая, как бы она ни была желательна, перспективна и основана на неких ценностях, просто не была принята другими государствами». (*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* [2006] UKHL 26, at para. 63). Другие же, с другой стороны, заявили, что национальные судьи должны играть важную роль в разработке международного обычного права (A. Roberts, «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 57-92).

¹⁸¹ L. Wildhaber and S. Breitenmoser, «The relationship between customary international law and municipal law in Western Europe», *ZaōRV*, 48 (1988), 163.

¹⁸² Например, в деле, касающемся норм международного обычного права о специальных миссиях, судебная коллегия Высокого суда сочла достаточным отметить, что «[стороны] договорились о том, что в соответствии с нормами международного обычного права г-н Кхурц Бат имел право на неприкосновенность личности и судебный иммунитет, если бы он находился в поездке со специальной миссией, направленной Монголией в Соединенное Королевство с предварительного согласия Соединенного Королевства»: [2011] EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR 147 (2012), para. 19.

¹⁸³ *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), paras. 154-9.

ранее решения по тому же делу, где он заявил, что «для установления нормы международного обычного права (например, такой, которую оспаривает заявитель) необходимо продемонстрировать, что соответствующая практика государств является «как обширной, так и практически единообразной» (*North Sea Continental Shelf Cases*, (1969) ICJ Reports p. 3, 44 paragraphs 74 and 77)»¹⁸⁴. В деле *Р. против Джоунз (Маргарет)* Палата лордов заявила, что к концу двадцатого века, преступление агрессии стало преступлением по международному обычному праву; делая этот вывод, лорд Бингхэм анализировал широкий круг материалов («основные вехи»), включая проекты договоров, резолюции международных организаций, работу Комиссии международного права, решение Международного Суда по делу *Никарагуа* 1986 года и труды Броунли¹⁸⁵.

б) Верховный суд Сингапура в деле *Юн Вуи Кун против Прокурора* (2010 год) постановил, что «отсутствует обширная и почти единообразная практика государств для подтверждения... заявления о том, что международное обычное право [в настоящее время] запрещает обязательную смертную казнь как негуманное наказание»¹⁸⁶. Ссылаясь на Статут Международного Суда и ряд решений Суда относительно подхода к выявлению нормы международного обычного права, Суд заявил, что «обширная и почти единообразная практика всех государств... наряду с *opinio juris* — вот, что необходимо для того, чтобы данная норма стала нормой международного обычного права»¹⁸⁷. Он пояснил далее, что судебные решения и заключения экспертов могут служить «субсидиарным средством для определения существования или несуществования норм международного обычного права»¹⁸⁸.

с) В деле *Виницьюш против Федеративной Республики Германия* (2010 год)¹⁸⁹ определение того, существует ли в международном обычном праве исключение из иммунитета государств в связи с деликтами, совершенными вооруженными силами на территории государства суда, Верховный суд Польши заявил, что содержание международного обычного права должно определяться в соответствии со статьей 38.1(b) Статута Международного Суда и что для этого требуется установить наличие двух условий: «1) широко распространенное повторение государствами сходных международных актов в течение длительного периода времени (практика государств) и 2) убежденность в юридической обязательности (*opinio juris*)». Он отметил далее, что «к числу соответствующих правовых материалов, которые могут быть использованы для вышеприведенного определения, относятся положения Европейской конвенции

¹⁸⁴ *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), para. 87.

¹⁸⁵ [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, paras. 13-19. See also *R (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55, para. 23 (Lord Bingham); *Binyam Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, at 164 (Lord Bingham).

¹⁸⁶ [2010] 3 S.L.R. 489, [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore – Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 95-98; подробно ссылаясь на «обширный обзор состояния смертной казни в мире», Суд пояснил, что «хотя большинство государств в международном сообществе не назначают смертную казнь за торговлю наркотиками, это не делает запрет смертной казни нормой международного обычного права. Соблюдение какой-либо нормы большинством государств не эквивалентно обширной и почти единообразной практике всех государств».

¹⁸⁷ *Ibid.*, paras. 96-98.

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 97.

¹⁸⁹ *Winicjusz N. v. Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie*, Supreme Court (Civil Chamber), case no. CSK 465/09, 29 October 2010; см. также *Polish Yearbook of International Law*, 30 (2010), 299-303.

об иммунитете государств («Базельская конвенция») и конвенций Организации Объединенных Наций, прецеденты международных судов, решения национальных судов, иностранное право и правовая литература». Исследовав большой объем информации, Суд пришел к выводу, что нормы международного обычного права, предусматривающие исключение из иммунитета государств в случаях серьезных нарушений прав человека (в том числе в ходе вооруженных конфликтов), еще не возникли, поскольку «эта практика никак не носит универсального характера»; он также заключил на основе определенной практики государств, что такое новое исключение вполне возможно находится в процессе формирования¹⁹⁰.

d) В Южной Африке Конституционный суд в деле *Каунда и другие против президента Южно-Африканской Республики и других* (2004 год) сослался на доклад Комиссии международного права, делая вывод о том, что «в настоящее время не сложилось общей практики государств», в соответствии с которой дипломатическая защита признается в качестве права человека, и поэтому нельзя сказать, что такая норма международного обычного права существует¹⁹¹. Судья Нгкобо заявил далее в отдельном мнении, что «одним из величайших парадоксов международного обычного права является то, что его признание зависит от практики государств, выявляющей такое право. Однако государства иногда отказываются признавать существование нормы международного обычного права, ссылаясь на то, что объем практики государств недостаточен для того, чтобы она превратилась в норму международного обычного права. При этом государства отрицают превращение практики в норму международного обычного права. Жертвой этого парадокса является практика возложения юридической обязанности по осуществлению дипломатической защиты в отношении пострадавшего гражданина или гражданина, который может пострадать от действий иностранного государства, по просьбе такого гражданина. Несмотря на то, что многие страны устанавливают эту правовую обязанность в своих конституциях, по-прежнему налицо нежелание признавать такую практику нормой международного обычного права. Она по-прежнему относится к области прогрессивного развития международного права»¹⁹².

e) Дело *Пакете Хабана* 1900 года по-прежнему является одним из основных дел Верховного суда Соединенных Штатов в вопросе о том, какие материалы актуальны для анализа вопроса о том, существует ли норма международного обычного права¹⁹³. Для того чтобы в этом деле прийти к заключению о том, что «в силу древнего обычая в отношениях между цивилизованными нациями, сложившегося много веков назад и постепенно превратившегося в норму международного права, суда прибрежного рыболовства, осуществляющие промысел и доставку свежей рыбы, их груз и экипажи в виде исключения не могут быть военным трофеем», Суд попытался «отследить историю формирования этой нормы, начиная с самых ранних доступных источников, через постепенное ее признание (хотя бывали и заминки) до того, что мы сегодня можем справедливо считать ее окончательным установлением¹⁹⁴. С этой целью он провел обзор актов правительств (таких как постановления, договоры и су-

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 28-29.

¹⁹¹ Case CCT 34/04 (4 August 2004), paras. 25-29.

¹⁹² *Ibid.*, paras. 148-149.

¹⁹³ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900).

¹⁹⁴ *Ibid.*, at 686.

дебные решения), а также «трудов юристов и комментаторов, которые за годы работы, исследований и опыта особенно хорошо изучили предметы, являющиеся объектами их внимания... являя заслуживающие доверия свидетельства того, что действительно является правом»¹⁹⁵, и вынес свое определение после этого «обзора прецедентов и авторитетных источников по данной теме»¹⁹⁶.

f) В Сальвадоре Верховный суд сослался на формирование международного обычного права в одном из конституционных дел 2007 года, которое касалось конституционности статьи Трудового кодекса страны (Código de Trabajo) в свете права на минимальную заработную плату. При обсуждении правового значения международной декларации в отличие от международного договора Суд отметил, что «международные декларации выполняют косвенную нормативную функцию в том смысле, что они предлагают вариант необязательного, а желательного поведения... Декларации предвосхищают *opinio juris* (убежденность в обязательности), которой государства должны придерживаться, с тем чтобы в краткосрочной или долгосрочной перспективе возник международный обычай... Международные декларации, даже необязательного характера, вносят значительный вклад в формирование обязательных источников международного права, предвосхищая обязательный характер отдельных видов практики государств или содействуя заключению договора на основе определенных рекомендаций [содержащихся в таких декларациях]»¹⁹⁷.

g) Специальный Верховный суд Греции в деле *Федеративная Республика Германия против Маргеллоса и других* (2002 год) заявил, что «при определении наличия таких норм [то есть общепризнанных норм международного права] необходимо установить наличие общей практики в международном сообществе, признающей, что такая норма сформулирована в качестве обязательной правовой нормы», сославшись в этом контексте на статью 38.1 Статута Международного Суда¹⁹⁸. Он отметил далее, что «при определении существования такой нормы можно обратиться к соответствующим свидетельствам, таким как международные конвенции, документы и переписка международных организаций, решения международных и национальных судов, законодательные тексты государств, дипломатическая переписка, письменные правовые заключения юрисконсультов международных организаций и государств, а также кодифицированные тексты международных организаций, международных комитетов и институтов международного права. Такие данные должны рассматриваться как в отдельности, так и в целом»¹⁹⁹. С учетом информации, представленной ему Греческим институтом международного и иностранного права, а также судебных решений Европейского суда по правам человека и Международного Суда, международных документов, включая тексты, подготовленные Комиссией, национальные прецеденты и законодательство и работы специалистов, Суд затем заявил, что состояние развития международного права в тот момент предоставляло Германии государственный иммунитет в разбирательстве, касающемся деликтной ответственности за действия германских вооружен-

¹⁹⁵ *Ibid.*, at 700.

¹⁹⁶ *Ibid.*, at 708.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Case No. 26-2006 (12 March 2007), p. 14-15 (Part VI.2.A).

¹⁹⁸ Judgment No. 6/2002, 17 September 2002 (2007) 129 *ILR* 525, 528, para. 9 (термин «международное сообщество» в подлинном тексте переведен неверно; правильный перевод должен быть «международный правопорядок»).

¹⁹⁹ *Ibid.*, para. 9.

ных сил (в данном случае действия, предположительно совершенные в одной из греческих деревень в 1944 году)²⁰⁰.

h) В ходе рассмотрения дела *об аргентинских облигациях* (2007 год) Федеральный конституционный суд Германии, решая вопрос о том, существует ли «общая норма международного права»²⁰¹, позволяющая государству временно отказываться оплачивать частно-правовые требования платежа частным лицам ввиду состояния необходимости, объявленного в силу неплатежеспособности, заявил сначала, что «вопрос о том, является ли какая-либо норма нормой международного обычного права, или же она представляет собой общий правовой принцип, вытекает из самого международного права, которое предусматривает критерии для источников международного права»²⁰². Затем он объявил, что «ссылка на состояние необходимости признается в международном обычном праве в тех правоотношениях, которые подчинены исключительно международному праву; в противоположность этому невозможно обнаружить практику государств, основанную на необходимом правовом убеждении (*opinio juris sive necessitatis*), позволяющую распространить юридическое обоснование ссылки на состояние необходимости на отношение частно-правового характера с участием частных кредиторов», причем обе посылки подтверждались национальными и международными правовыми материалами. К ним относится работа Комиссии по теме ответственности государств (в частности, статья 25 статей об ответственности государств, которая была названа как «согласно общему признанию в правовой литературе и заключениях международных судов и трибуналов..., составляющая применимое международное обычное право»), решения Международного Суда и других международных судебных учреждений, национальные прецеденты и научная литература²⁰³. Суд четко указал, что для установления того, что норма международного обычного права действительно существует, необходимо выявить достаточную (единообразную) практику государств²⁰⁴.

²⁰⁰ *Ibid.*, пара 12-15; в пункте постановляющей части решения говорится следующее: «На нынешнем этапе развития международного права по-прежнему существует общепризнанная норма международного права, в соответствии с которой разбирательство не может быть начато в отношении иностранного государства в судах другого государства с целью получения компенсации за предполагаемый деликт, совершенный в государстве суда, в котором предположительно участвовали вооруженные силы государства-ответчика [в оригинале добавлено «каким-либо образом»], будь то во время войны или во время мира» (р. 533).

²⁰¹ «Общие нормы международного права» — термин, употребленный в статье 25 Основного закона Федеративной Республики Германия и включающий международное обычное право и общие принципы права.

²⁰² Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 34; 128 *ILR* 1.

²⁰³ *Ibid.*, paras. 37-65. Делая заключение о том, что «анализ национальных прецедентов по вопросу о состоянии необходимости также оказался безрезультатным ввиду отсутствия согласия, предполагающего, что в обычном праве существует признание состояния необходимости, влияющее на частно-правовые отношения», Суд, не проводя собственного анализа, положился на доклад экспертов, в котором был дан анализ практики национальных судов по этому вопросу.

²⁰⁴ *Ibid.*, paras. 51, 65. Ссылку на главенствующее значение практики государств можно обнаружить также в особом мнении судьи Люббе-Вольф (см. 86: «Свидетельство практики государств, из которой вытекает действительность ссылки на состояние необходимости в обычном праве...»).

Х. Работа других органов

86. Как и Комиссия международного права, Институт международного права (Institut de droit international) и Ассоциация международного права (оба органа были основаны в 1887 году) в ходе своей работы по различным темам касались вопроса формирования международного обычного права. Однако как и сама Комиссия, они, с учетом их соответствующих функций, за известным исключением работы Ассоциации в период 1984–1986–2000 годов (см. пункты 89–91 ниже) нечасто напрямую сталкивались с проблемами, возникающими в связи с этой темой.

87. Цель Института, закрепленная в его уставе, заключается «в поощрении прогресса международного права»²⁰⁵. Одна из рассматривавшихся Институт в последнее время тем касается проблем, возникающих в связи с правопреемством кодификационных конвенций, включая «вопросы, связанные с соотношением между договором и обычаем». Заключение 2 (последствия кодификационных положений) гласит:

«Кодификационная конвенция может содержать положения (именуемые далее «кодификационные положения»), которые декларируют обычное право, или которые способствуют кристаллизации норм обычного права, или которые могут содействовать возникновению норм обычного права в соответствии с критериями, установленными Международным Судом»²⁰⁶.

88. Еще одна рассматривавшаяся Институт тем касалась разработки общих многосторонних конвенций и документов недоговорного характера²⁰⁷. Заключения представляют значительный интерес для настоящей темы в том, что касается «нормативной функции или цели» резолюций Генеральной Ассамблеи.

89. Работа Ассоциации международного права в период с 1984/85 по 2000 год завершилась принятием в 2000 году «Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию (общего) международного обычного права (с комментариями)»²⁰⁸. Работа Ассоциации, которая состоит из 33 принципов с

²⁰⁵ Статья 1 устава Института предусматривает, в частности, что цель Института заключается в «поощрении прогресса международного права [*favoriser le progrès du droit international*]»: а) посредством формулирования общих принципов темы таким образом, который соответствует правовому сознанию цивилизованного мира; б) посредством сотрудничества во всех серьезных усилиях в целях постепенной прогрессивной кодификации международного права; с) посредством обеспечения официального одобрения принципов, которые признаны как согласующиеся с потребностями современных обществ; ...» (перевод на английский с оригинала на французском языке).

²⁰⁶ *Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*, resolution adopted on 1 September 1995, Session of Lisbon – 1995; see also Conclusions 10, 12 and 13, and the reports of the First Commission, Rapporteur Sir Ian Sinclair.

²⁰⁷ *The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*, resolution adopted on 17 September 1987, Session of Cairo – 1987; see also the reports of the Thirteenth Commission, Rapporteur Krzysztof Skubiszewski.

²⁰⁸ *London Statement of Principles*; см. *Report of the Sixty-ninth Conference, 2000*, pp. 39, 712-777. For the plenary debate, см. 922-926.

комментариями, получила поддержку и вызвала критику, в том числе в момент ее принятия в 2000 году²⁰⁹.

90. В состав Комитета Ассоциации входили известные деятели. Его возглавляли, сменяя друг друга, профессор Цеманек (Австрия), а с 1993 года — профессор Мендельсон (Соединенное Королевство); последний ранее был докладчиком. В первом докладе докладчика (1986 год) содержался список тем, который сохраняет свою актуальность, предлагался подход к «способам формирования обычая» и содержалось приложение профессора Мендельсона о формировании международного права с позиций наблюдателя²¹⁰. Во втором докладе докладчика (1988 год) содержалось приложение по терминологии, которое включало обсуждение выражения «(общее) международное обычное право»²¹¹. Третий и четвертый доклады касались соответственно субъективных и объективных элементов международного обычного права²¹².

91. В начале заключительного доклада Комитета говорится о «неизбежных серьезных трудностях установления норм в этой области». Затем следуют 33 принципа (некоторые поделены на пункты) и комментарии к ним, образующие «Лондонское заявление о принципах». Это заявление было поделено на пять частей, озаглавленных соответственно: I. Определения; II. Объективный элемент (практика государств); III. Субъективный элемент; IV. Роль договоров в формировании международного обычного права; и V. Роль резолюций Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций и международных конференций в формировании международного обычного права. К числу вопросов, охватываемых этим заявлением, относятся употребление терминов; какие виды актов составляют практику государств; «государство» для цели определения практики государств; практика межправительственных организаций; обилие практики; субъективный элемент (*opinio juris*); роль договоров и роль резолюций Генеральной Ассамблеи и резолюций международных конференций. Соответствующие принципы и комментарии, включенные в Заявление о принципах, а также реакция на них будут отмечены Специальным докладчиком при необходимости в будущих докладах.

92. Проект Международного комитета Красного Креста (МККК) по международному обычному гуманитарному праву, который был начат в 1995 году, завершился опубликованием после проведения обширных исследований и различных консультаций почти десятилетие спустя исследования, озаглавленного «Международное обычное гуманитарное право»²¹³. Один из его авторов поясняет, что «принятый в исследовании подход для определения того, существует ли норма общего международного обычного права, носил классический характер, установленный Международным Судом, в частности в делах *о континен-*

²⁰⁹ См. the Working Session of the Committee on 28 July 2000: *ibid.*, 778-790.

²¹⁰ *International Law Association, Report of the Sixty-third Conference (1998)*, 936.

²¹¹ *Ibid.*, at. 950. См. также обсуждение на рабочем заседании Комитета 26 августа 1988 года, где многие выступали за или против включения слова «общее» в название данной темы (p. 960).

²¹² Third interim report of the Committee, *International Law Association, Report of the Sixty-seventh Conference, 1996*, 623-646; Fourth interim report of the Committee, *International Law Association, Report of the Sixty-eighth Conference, 1998*, 321-335. Пятый и шестой промежуточные доклады были включены в заключительный доклад.

²¹³ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I (Rules), Vol. II (Practice)* (Cambridge University Press, 2005).

тальном шельфе Северного моря», когда отбирается и обобщается соответствующая практика государств, а затем проводится ее анализ в свете требования *opinio juris*²¹⁴. Это исследование широко обсуждалось²¹⁵; его публикация вызвала бурную реакцию как со стороны отдельных лиц²¹⁶, так и правительств²¹⁷, причем некоторые критиковали его за то, что в нем фактически не был определен обычай в соответствии с установленной методологией²¹⁸. Авторы исследования решительно встали на его защиту²¹⁹. Комитет в партнерстве с британским Красным Крестом продолжает обновлять свою базу данных по соответствующей практике порядка 90 государств²²⁰.

93. В издании Американского института права “*Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States of 1987*”²²¹ проводится разграничение между «Источниками международного права» (раздел 102) и «Свидетельствами международного права» (раздел 103). В разделе 102(2) говорится следующее:

«Международное обычное право складывается на основе общей и последовательной практики государств, которой они следуют из убежденности в юридической обязательности».

В комментариях b, c, d и e к разделу 102, а также в примечаниях докладчиков 2-5 содержится краткий обзор соответствующих основных предложений.

²¹⁴ J.-M. Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, 87 (2005), 175, 178; см. также введение к исследованию, *ibid.*, at pp. xxxi-lvii.

²¹⁵ E. Wilmschurst, S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2007); L. Maybee, B. Chakka, (eds.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study*, New Delhi, (ICRC, 2006); P. Tavernier, J.-M. Henckaerts (eds.), *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis* (Bruylant, 2008).

²¹⁶ См., например, T. Meron, *supra* note 134, at 833-34; G. H. Aldrich, “Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 503-524; Y. Dinstein, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 36 (2006), 1-15; M. Bothe, “Customary international humanitarian law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 8 (2005), 143-178; M. MacLaren and F. Schwendimann, “An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law”, *German Law Journal*, 6 (2005), 1217-1242; R. Cryer, “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict and Security*, 11 (2006), 239-263; D. Fleck, “Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie”, *Humanitäres Völkerrecht* 22 (2009), 120-124.

²¹⁷ См. раздел VII выше.

²¹⁸ См., например, сноски 98 и 99 выше.

²¹⁹ J.-M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law — A Rejoinder to Judge Aldrich”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 525-532; J.-M. Henckaerts, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study — A Rejoinder to Professor Dinstein”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 37 (2007), 259; J.-M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law – a response to US comments”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), 473-488.

²²⁰ См. <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home>.

²²¹ См. D.B. Massey, “How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law”, *Yale Journal of International Law*, 22 (1997), 419-445.

XI. Специальная литература

94. По поводу формирования и доказательств существования международного обычного права написано много работ²²², как монографии по теме в целом, так и по отдельным ее аспектам, и статей. Кроме того, эта тема всегда отражена, хотя и кратко, в общих учебниках по международному публичному праву. Цель настоящего раздела доклада заключается в том, чтобы лишь продемонстрировать разнообразие и богатство литературы в этой области, не отдавая при этом предпочтение той или иной из изложенных в них теорий.

95. Небезынтересно отметить, что в литературе еще со времен таких классиков, как Суарес и Гроций, предлагались самые разнообразные подходы в определении того, как образуются нормы международного обычного права и как их выявить. Иногда их называют «традиционный» подход и «современный» подход, и зачастую они резко противостоят друг другу.

96. «Традиционный» подход, отраженный в статье 38.1(b) Статута Международного Суда, понимается многими как требующий наличия двух компонентов для формирования нормы международного обычного права: а) общая практика государств и б) признание такой практики в качестве права. Первый компонент иногда называют «объективным» (материальным) элементом, который касается последовательности и единообразия практики в течение длительного периода времени; второй компонент (также называемый *opinio juris sive necessitatis*, «убежденность в юридической обязательности или необходимости») называют «субъективным» (психическим) элементом, который касается мотивов такого поведения государств²²³. При таком подходе, признанном «доминирующей по-

²²² Библиотека Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве подготовила библиографию по международному обычному праву, которая доступна по адресу <http://librarysources.unog.ch/legal/ILC>. Специальный докладчик также намерен подготовить избранную библиографию, сначала на основе библиографии, содержащейся в разделе А к докладу Комиссии 2011 года (A/66/10), которая затем будет расширяться и обновляться по мере работы над темой. К числу общих учебных материалов, в которых содержится обширная библиография, относятся следующие: P. Dailler, M. Forteau and A. Pellet, *supra* note 44, at, 353-379; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, C. Escobar Hernández (ed.), 18th edition (Tecnos, 2012), 136-149; A. Clapham, *supra* note 87, at 57-63; J. Crawford, *supra* note 48, at 23-30; M.N. Shaw, *supra* note 50, at 72-92; V.I. Kuznetsov and B.R. Tuzmukhamedov (W.E. Butler, ed.), *International Law – A Russian Introduction* (Eleven International, 2009), 70-79; A. Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2005), 153-169; G. von Glahn and J.L. Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10th edition (Pearson, 2012), 53-61; S. Sur, *supra* note 67, at 165-177; B. Conforti and A. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 31-51; S.D. Murphy, *supra* note 55, at 92-101; J. Verhoeven, *Droit international public* (Larcier, 2000), 318-346; D. Alland (ed.), *Droit international public* (Presses Universitaires de France, 2000), 268-297; P.-M. Dupuy and Y. Kerrat, *Droit international public*, 10th edition (Dalloz, 2010), 360-372; D. Carreau and F. Marrella, *Droit international*, 11th edition (Pedone, 2012), 301-324; J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 10th edition (Montchrestien, 2012), 54-75.

²²³ См., например, H. Thirlway, “The Sources of International Law”, in M.D. Evans (ed.), *International Law*, 3rd edition (Oxford University Press, 2010) 102 («Традиционная доктрина заключается в том, что одного лишь факта последовательной международной практики в определенном направлении самого по себе еще недостаточно для создания нормы права в направлении этой практики; необходим еще один элемент. Таким образом, классическое международное право рассматривает обычные нормы как результат сочетания двух элементов: установившаяся, широко распространенная и последовательная практика со

зицией в основном русле теории международного обычного права»²²⁴, каждый из двух элементов считается неотъемлемым; вместе с тем в рамках этой двухзвенной концепции, как представляется, приматом пользуется практика государств, в том смысле, что «обычай начинается с «актов», которые превращаются в «устоявшуюся практику»»; затем эта практика может породить убежден-

стороны государств; и психический элемент, который называется *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в юридической обязательности или необходимости), который обычно сокращенно называют *opinio juris*»); M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise* (The Macmillan Company, 1943), 609 («Необходимыми элементами является согласованное повторяющееся действие целого ряда государств в области международных отношений, при убежденности в каждом случае в том, что такое действие предписано правом, и неспособность других государств оспорить эту убежденность в данный момент»); A.T. Guzman, *How International Law Works* (Oxford University Press, 2008), 184 («Традиционное определение международного обычного права носит сугубо доктринальный характер, в том смысле, что конкретная норма называется нормой международного обычного права в случае, если она удовлетворяет двuasпектному доктринальному критерию. Наиболее часто цитируемый вариант этого определения закреплен в статье 38 Статута Международного Суда»); B. Conforti and A. Labella, *supra* note 222, at 31; S. Sur, *supra* note 67, at 174; G. von Glahn and J.L. Taulbee, *supra* note 222, at 54-55; S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), 55; J. Crawford, *supra* note 48, at 23; D. Bederman, «Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), 31, 44; B. Stern, «Custom at the Heart of International Law», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001), 89, 91; A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), 41.

²²⁴ E. Voyiakis, «Customary International Law and the Place of Normative Considerations», *American Journal of Jurisprudence*, 55 (2010), 163, 169; см. также, например, G.M. Danilenko, *supra* note 10, at 81 («хотя многие аспекты формирования обычаев в международном праве по-прежнему вызывают споры, существует практически единодушное согласие в том, что легитимный процесс формирования обычая требует наличия двух основных элементов: практика и признание этой практики в качестве права»); Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law* (Clarendon Press, 1998), 35 («В соответствии с доминирующей в международном праве точкой зрения японские суды утверждают, что, для того чтобы какая-либо норма стала международным обычным правом, налицо должны быть как общая практика государств, так и *opinio juris*»); R. Bernhardt, «Principles and Characteristics of Customary International Law», 205 *Recueil des cours* (1987), 247, 265 («Одни авторы считают, что значение имеет только практика, другие иногда заявляют о том, что «непосредственное право» может быть создано в отсутствии предшествующей практики. Однако преобладающее мнение заключается в том, что двумя основополагающими элементами обычного права являются практика и *opinio juris*»); C.A. Bradley and M. Gulati, *supra* note 50, at 209 («Стандартное определение международного обычного права заключается в том, что оно возникает из практики государств, которой следуют исходя из убежденности в правовой обязательности. В этом смысле международное обычное право состоит из двух элементов... Это — конвенционное определение»); B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 98 (где традиционный подход назван «устоявшейся концепцией»); T. Treves, *supra* note 73, at para. 8 (ссылка на традиционный подход как на «преобладающую точку зрения»); R. Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), 119, 123 («сторонники преобладающей точки зрения по-прежнему выстраивают обычай с помощью испытанных средств в виде двух элементов, при этом они согласны лишь на незначительную модификацию соотношения между ними и способа их функционирования»).

ность в том, что она приобрела обязательный характер»²²⁵. Иными словами, «мы должны смотреть на то, что государства фактически делают в своих отношениях друг с другом, и попытаться понять, почему они это делают, и особенно признают ли они обязанность действовать определенным образом»²²⁶. Такой подход действительно позволяет сохранить тесную связь с классическим пониманием формирования обычного права как эмпирическим, децентрализованным и восходящим процессом²²⁷; в международном плане международное обычное право должно выявляться посредством индуктивных рассуждений²²⁸,

²²⁵ O. Schachter, "New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice", in J. Makarczyk (ed.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), 531 (приводится «общепринятый взгляд на соотношение практики и *opinio juris*»). См. также, например, B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 88 («В соответствии с традиционным пониманием международного обычая упор явно делается на материальный, или объективный, из двух элементов, а именно практику государств... практика имеет приоритет по отношению к *opinio juris*»; значение имеют поступки, а не просто слова»); G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law", *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), 1, 68 («по общему мнению, разумный принцип заключается в том, что в долгосрочной перспективе только действия государств образуют практику, так же, как только практика («постоянная и единообразная», как заявил Суд) составляет обыкновение или обычай и в конечном итоге превращается в норму международного обычного права»); M.E. Villiger, *supra* note 46, at 16 («практика государств представляет собой сырой материал для обычного права»); R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 2008) 25 («формулировка в Статуте [Международного Суда] использована для того, чтобы подчеркнуть, что существо этого источника международного права заключается в практике государств»); A. D'Amato, *supra* note 122, at 102; K. Wolfke, *supra* note 124, at 53; M. Akehurst, *supra* note 153, at 53; G.I. Tunkin, *supra* note 84, at 421; A.E. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *American Journal of International Law*, 95 (2001), 757, 758; G.M. Danilenko, "The Theory of International Customary Law", *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), 9, 19-20; and N. Petersen, *supra* note 81, at 278. См., однако, J.L. Kunz, *supra* note 65, at 665 («Таким образом, международные обычаи представляют собой процедуру для создания норм общего международного права. Именно международное право устанавливает условия, при которых процедура обычая создает реальные нормы общего международного права. Таких условий два: постоянное применение и *opinio juris*; они являются равноценными. Это общепризнано авторами и доказано практикой государств и международных трибуналов и судов»).

²²⁶ A. Clapham, *supra* note 87, at 57.

²²⁷ См., например, L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd edition (Columbia University Press, 1979), 34 («процесс создания обычного права является неформальным, случайным, нецеленаправленным, отчасти даже ненамеренным и незапланированным... неструктурированным и медленным»); T. Stein discussing "Custom and Treaties", in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 12 (описывается классический процесс образования универсальных норм международного права как «неписанный... неосознанный... нарастающий, он сложился со временем в результате скопления разрозненных эпизодов... всегда посредством двусторонних обменов... через процессы, на которые не оказывали влияние процедуры какого бы то ни было постоянно действующего форума»); J. D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2011), 162 («согласно традиционным взглядам, нормы международного обычного права выявляются на основе восходящего процесса кристаллизации, для которого требуется совпадающее неизменное поведение значительного числа государств наряду с убежденностью (или намерением) в том, что такой процесс соответствует обязательным установкам международного права»).

²²⁸ См., например, L. Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and

в центре которых находится государство²²⁹ и в которых нет места независимым нормативным соображениям. Принято считать, что наделение юридической силой только тех фактических действий и ожиданий, которые пользуются высокой степенью признания в международном сообществе, обеспечивает стабильность, надежность и легитимность международного обычного права²³⁰.

97. Однако одни критики оспаривают «традиционный» подход, заявляя, что он доктринально непоследователен и полон «внутренних тайнств»²³¹, которые затрудняют или даже делают невозможным его применение на практике²³².

Tomorrow of General International Law”, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), 147, 148 («эти мудрые, хотя и приблизительные и ориентировочные формулы предназначены по сути для объяснения того, что означает «индукция»: это операция, заключающаяся в сборе свидетельств, доказывающих социальное воздействие соответствующих норм»).

²²⁹ См., например, H. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972) 58 («Суть требования в отношении практики заключается в том, что государства сделали или не сделали определенные вещи на международном уровне»); P.E. Benson, “François Génys’ Doctrine of Customary Law”, *Canadian Yearbook of International Law*, 20 (1982), 267, 268 («Обычай в настоящее время понимается через процесс его создания, а этот процесс поясняется с сугубо внутренней и абсолютно независимой точки зрения государств, которые сами порождают и признают в качестве обязательных авторитетные обычные нормы»); M.E. Villiger, *supra* note 46, at 16-17 («эти эпизоды из практики должны присваиваться государствам, и по этой причине практика международных организаций или отдельных лиц исключена»); R.B. Baker, *Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element* (15 September 2012), available at Social Science Research Network (SSRN): <http://ssrn.com/abstract=2147036>, p. 5 («Говорят, что международное обычное право зависит от согласия государств и поэтому, по крайней мере в поясняемом здесь традиционном понимании, в значительной степени сфокусировано на государстве»); и A.M. Weisburd, “Customary International Law: The Problem of Treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), 1, 5.

²³⁰ См., например, C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (P.E. Corbett, trans.) (Princeton University Press, 1957), 155 («Особую ценность и превосходство над конвенционными институтами международному обычаю придает то обстоятельство, что, будучи разработанным в результате спонтанной практики, оно отражает глубокое осознание правовой общности. Поэтому его нормы носят столь сплоченный и стабильный характер»); B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 88-89 («В этой связи нормы международного права, твердо установившиеся с помощью индуктивных рассуждений на основе поступков, а не слов... имели и продолжают иметь ряд бесспорных преимуществ. Они прочны и тверды; они были тщательно выкованы на наковальне реально ощущимого взаимодействия государств; и они позволяют разумно и надежно предсказывать будущее поведение государств»); H. Thirlway, *supra* note 229, at 76 («Обычай... формируется медленно (хотя и не всегда столь медленно, как раньше), однако он формируется из фактической практики государств и поэтому обычно четко отражает баланс их коллидирующих интересов и представляет их обдуманные намерения»); и D.J. Bederman, *Custom As a Source of Law* (Cambridge University Press, 2010), 162.

²³¹ R.Y. Jennings, *supra* note 67, at 4-6.

²³² См., например, L. Henkin, *International Law: Politics and Values* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 29 («Такое определение легко сформулировать, однако нелегко толковать и применять, и оно по-прежнему вызывает сложные вопросы, некоторые «оперативного», некоторые концептуально процессуального характера»); J.L. Goldsmith and E.A. Posner, “Notes Toward a Theory of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), 53 («стандартное определение международного обычного права... вызывает вечные и во многом безответные вопросы»); M. Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), 130-131 («Одна проблема с традиционной двухаспектной концепцией международного обычного права заключается в том, что она включает в себе

Другие подчеркивают, что международное обычное право такой конструкции формируется слишком медленно, не успевая за изменяющимися международными отношениями между государствами, которые оно пытается регулировать»²³³ и делает это в превосходной степени неэффективно²³⁴. Они заявляют

явный хронологический парадокс, поскольку государства, создающие новые обычные нормы, обязаны верить в то, что эти нормы уже существуют и что поэтому их практика соответствует праву»; A.T. Guzman and T.L. Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R.A. Miller and R.M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 199 («Традиционные критики международного обычного права указывают на то, что определение международного обычного права носит тавтологический характер, что нормы международного обычного права нечетки и поэтому их тяжело применять и что у нас нет стандартов, с помощью которых мы можем давать оценку тому, соблюдены ли оба требования в отношении нормы международного обычного права»); R. Kolb, *supra* note 224, at 137-141; and A. D'Amato, *supra* note 48, at 7-10, 73-74.

²³³ C.G. Fenwick, "The Sources of International Law", *Michigan Law Review*, 16 (1918), 393, 397. См. также, например, G.J.H. van Hoof, *supra* note 49, at 115 («Просто-напросто международное обычное право формируется слишком медленно, не обеспечивая оперативное регулирование, необходимое в новых областях, которые должно охватывать международное право»); C. De Visscher, "Reflections on the Present Prospects of International Adjudication", *American Journal of International Law*, 50 (1956), 467, 472 («Невозможно отрицать то, что традиционное развитие обычая мало подходит для современных темпов развития международных отношений»); R. Kolb, *supra* note 224, at 124-125 (ссылаясь на традиционный подход, отмечает, что «обычное право слишком часто является обременительным или просто отсутствует в подходящий момент [когда] возникает безотлагательная необходимость в создании общих норм международного права»); and W. Friedmann (ed.), *The Changing Structure of International Law* (Steven & Sons, 1964) 121-124.

²³⁴ См., например, W.M. Reisman, "The Cult of Custom in the Late 20th Century", *California Western International Law Journal*, 17 (1987), 133, 134, 142-3 (заявляет, что обычай представляет собой «анахронизм и атавизм», задавая вопрос, «если целевое законодательство является столь важным инструментом для уточнения и реализации политики в такой индустриальной и научно развитой цивилизации, как наша, тогда как мы можем обходиться без него в намного более сложной и многообразной глобальной цивилизации?»), и заключает, что «обычные процессы нормотворчества не в состоянии решать огромные проблемы, стоящие перед миром»); J.O. McGinnis, "The Comparative Disadvantage of Customary International Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30 (2006), 7, 11-12 (заявляет, что международное обычное право «не слишком хорошо сконструировано, чтобы максимизировать благополучие людей», поскольку оно создается государствами, а не людьми, и что оно «вряд ли может создавать эффективные нормы даже для государств» ввиду неоднородности государств, составляющих международное сообщество); S. Estreicher, "Rethinking the Binding Effect of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), 5, 9, 11, 14 (заявляет, что «с чисто функциональной точки зрения аргументы в пользу международного обычного права в мире, основанном на Вестфальской системе, сложно отстаивать» и что в отсутствие значительных постепенно возрастающих выгод издержки международного обычного права перевешивают его преимущества»); C.G. Fenwick, *supra* note 233, at 398 («Еще один недостаток обычая как источника международного права заключается в его неспособности реорганизовать систему, которая является порочной в целом, или даже изменить отдельные ее части в прогрессивном направлении в интересах будущего»); E. Kontorovich, "Inefficient Customs in International Law", *William and Mary Law Review*, 48 (2006), 859, 921 («международный обычай формируется в контексте, в котором отсутствуют свойства, позволяющие ориентировать развитие групповых норм в русло эффективности»); V. Fon and F. Parisi, "International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis", *International Law and Management Review*, 2 (2006), 201, 202 (поясняет, что «результаты использования традиционных обычных норм могут систематически оказываться недостаточными по сравнению с тем, что можно бы было получить, если использовать

далее, что «традиционная» доктрина отражает огромный дефицит демократии²³⁵, что ее постпозитивистский характер не позволяет в процессе идентификации международного обычного права должным образом учитывать ценности международного сообщества и, более того, что она может сделать международное обычное право несоизмеримым с основными правами человека²³⁶. И наконец, некоторые авторы заходят так далеко, что называют «традиционную» теорию просто фикцией²³⁷.

разработанные нормы»); and G. Palmer, "New Ways to Make International Environmental Law", *American Journal of International Law*, 86 (1992), 259, 266.

²³⁵ Такие аргументы могут касаться различных аспектов демократического процесса в различных контекстах (например, международный в сравнении с национальным); см., например, S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Hart Publishing, 2010), 150 («Обычай создает особые проблемы в плане демократической легитимности, поскольку нет такого требования, чтобы конкретное государство давало согласие на появление новой обычной нормы, или чтобы большинство государств участвовало в ее формировании, или чтобы в нем участвовали только демократические государства, или чтобы практика государств согласовывалась с волей их соответствующих народов... Кроме того, поскольку обычные нормы в силу самой своей природы не являются авторитетно прописанными, задача выявления и толкования, а, следовательно, и «применения» обычных обязательств часто ложится на негосударственные субъекты, судей, ученых и т.д., при этом не существует требования учитывать позицию государства, к которому эти нормы применяются»); O. Schachter, *supra* note 225, at 536 («Исторически огромный массив международного обычного права составлялся поразительно небольшим числом государств»); O. Yasuaki, *supra* note 123, at 20; J.O. McGinnis, *supra* note 234, at 8 («Явная проблема международного обычного права... заключается в том, что в самом его определении заложен недостаток демократии»); и W.S. Dodge, "Customary International Law and the Question of Legitimacy", *Harvard Law Review Forum*, 120 (2007), 19, 26 (рассуждение о правовой системе Соединенных Штатов, которое, вероятно, актуально и для других систем, при обсуждении вопроса о том, что «по сути эта критически важная легитимность состоит из двух взаимосвязанных моментов: что полномочие применять международное обычное право оставляет слишком многое на усмотрение федеральным судьям — усмотрение привносит в американское право то, что «они считают в качестве норм международного права», а также то, что международное обычное право формируется не через демократически подотчетную политическую систему»).

²³⁶ См., например, J. Klabbers, "The Curious Condition of Custom", *International Legal Theory*, 8 (2002), 29, 34 («в отношении предписаний морального свойства (в особенности прав человека) традиционная концепция обычая утратила правдоподобность»); A. Pellet, "Droits-de-l'Hommeisme' et Droit International", *Droits Fondamentaux*, 1 (2001), 167, 171-2; J. Wouters and C. Ryngaert, "Impact on the Process of the Formation of Customary International Law", in M.T. Kamminga and M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press, 2009), 111, 129, 130 («Классический позитивистский подход может... создавать серьезные трудности для правовой защиты и поощрения прав человека»); Н. Charlesworth, *supra* note 46, at 192 («международный обычай в его традиционной форме отдает приоритет согласию государств в качестве источника права по отношению к нормативным концепциям»); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), 72 (ссылаясь на традиционный подход к международному обычному праву, заявляет следующее: «Хотя этот метод создания является архаичным, однако он имеет последствия, поскольку обычное право ограничено по сфере применения и не может использоваться в качестве юридико-политического инструмента. Кроме того, поскольку основой обычного права является обыкновение, существуют пределы в отношении вида норм, которые могут быть созданы»); и M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 1989), 41.

²³⁷ См., например, N.C.H. Dunbar, "The Myth of Customary International Law", *Australian Yearbook of International Law*, 8 (1978/80), 1, 8, 18 (считать, что универсальная практика

98. На этом фоне в рамках других подходов к международному обычному праву, которые иногда называют «современными», предпринимаются попытки дать новое толкование конститутивным элементам международного обычного права и, следовательно, переосмыслить его как источник международного права. Такие отклонения от «традиционной» доктрины для одних авторов превратились в интеллектуальную попытку «сформулировать недостающую теорию обычая»²³⁸, а для других стали сознательным усилием «увязать нашу концепцию обычного нормотворчества с безотлагательностью основных проблем, которые международное право должно решать»²³⁹; в обоих случаях были сделаны предложения заменить кумулятивную (двухэлементную) модель формирования обычая одноэлементной теорией, главным образом посредством ослабления значения одного из двух стандартных требований или устранения их вообще. Одни авторы предлагают понизить роль *opinio juris*, заявляя, что в большинстве случаев широко распространенной и последовательной практики государств достаточно для создания международного обычного права²⁴⁰. Дру-

государств *ipso facto* создает право есть миф. Право может быть создано лишь посредством законодательства, или решением суда, или — в случае международного права — договором»; S. Estreicher, *supra* note 234, at 8 (говорит, что традиционный подход «есть, безусловно, правовая фикция. Согласие, выведенное из молчания, не есть однозначная форма согласия»); and J.P. Kelly, *supra* note 122, at 460, 469, 472 («Посылка международного обычного права заключается в том, что государства, несмотря на отсутствие консенсуса в отношении ценностей, тем не менее могут договариваться и тем самым создавать обязательные правовые нормы, минуя формальный процесс для определения принятия. Эта посылка сомнительна... Ни одна методология не позволяет с точностью определить отношение государств к норме. Используемые в настоящее время средства низводят *opinio juris* до простой фикции... Кроме того, сама попытка использования практики государств для конструирования норм вызывает подозрения»).

²³⁸ Цитата из работы D'Amato in "Trashing Customary International Law", *supra* note 122, at 101. По мнению некоторых, именно «либеральное» применение традиционного определения привело к «новому современному определению, которое [возникает] в литературе»: H.E. Chodosh, "Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law", *Texas International Law Journal*, 26 (1991), 87, 88; см. также R.B. Baker, *supra* note 292.

²³⁹ E. Voyiakis, *A Theory of Customary International Law* (25 January 2008), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895462>, page 6; см. также F. Orrego Vicuña, *supra* note 48, at 38 («Вскоре было обнаружено, что если бы можно было считать, что обычное право имеет какое-то иное, помимо традиционного, значение, то достичь желаемых целей было бы гораздо проще»); и A.E. Roberts, *supra* note 225, at 766 («Современный обычай свидетельствует о стремлении создавать общие международные нормы, которые могут быть обязательными для всех государств по важным моральным вопросам»).

²⁴⁰ См., например, A. D'Amato, "Customary International Law: A Reformulation", *International Legal Theory*, 4 (1998), 1 («Другие ученые сочли мою работу радикальной; со временем я неохотно пришел к заключению, что она была недостаточно радикальной. Вместо того чтобы пытаться работать в рамках понятия *opinio juris*, я должен был бы отказаться от него вообще»); L. Kopelmanas, "Custom as a Means of the Creation of International Law", *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), 127, 129-130 («Первые эти [два] условия [касающиеся материального и психического факторов формирования обычая] действительно отражают существо вопроса, который мы задали [в чем заключается особый процесс формирования, который производит обычай]... в то же время мы пытаемся изучить вопрос о том, возникает ли международный обычай только из деятельности, которая осуществляется из осознания того, что она требуется законом. Налицо ряд весьма веских причин, чтобы сомневаться в этом»); H. Kelsen, "Théorie du Droit International Coutumier", *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1 (1939), 253, 263 (излагает позицию, от которой он позднее отказался: «эта теория, согласно которой акты, составляющие обычай, должны осуществляться с намерением выполнить юридическое

гие, отходя еще дальше от принятого понятия обычного права, требуют прямо противоположное — ослабить требование в отношении практики до минимума и сконцентрировать внимание на элементе *opinio juris*²⁴¹, проявляющемся главным образом в заявлениях, которые делаются на международных форумах²⁴². Этот последний подход, который лежит в самой основе «современного обычая» в нынешнем понимании этого термина, в конечном итоге превращает выявление «нового международного обычного права» в нормативное, а не сугубо эмпирическое мероприятие. При этом подходе используется дедуктивная методология²⁴³ для того, чтобы сделать международное обычное право более опера-

обязательство или осуществить право... определенно ошибочна»; и P. Guggenheim, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in C. Rousseau (ed.), *La Technique et les Principes du Droit Public: Etudes en l'Honneur de Georges Scelle* (L.G.D.J., 1950), 275, 280 («... невозможно доказать существование этого [субъективного] элемента. В этой связи необходимо отказаться от субъективного элемента»); M.H. Mendelson, *supra* note 41, at 250, 289.

²⁴¹ См., например, B. Cheng, "Epilogue", in B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982) 223 («Поэтому главное заключается в том, чтобы признать, что обыкновение (*consuetudo*) представляет собой лишь доказательственный, а не конститутивный элемент того, что принято называть «международное обычное право», как бы его ни называли»); A.T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), 115, 153 («Международное обычное право на самом деле связано с требованием в отношении *opinio juris*, а не с требованием в отношении практики... Тогда подход в отношении рационального выбора не оставляет иного места для требования в отношении практики государств, кроме как функция доказательственного критерия для обнаружения *opinio juris*. Практика может пролить свет на то, считается ли конкретная норма обязательной, однако сама по себе она ее не создает»); R. Bernhardt, *supra* note 224, at 266 («Я бы даже согласился с тем, что в исключительных обстоятельствах в практике нет необходимости, если определенная норма, согласно которой определенное поведение является либо необходимым, либо запрещенным, была универсально одобрена. Пока же я соглашусь с возможностью «непосредственного права»); и B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010).

²⁴² См., например, B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), 23, 37 («нет причин для того, почему *opinio juris communis* не могло бы развиваться за весьма короткий период времени в отношениях между всеми или просто некоторыми членами Организации Объединенных Наций, в результате чего в отношениях между ними сложилась бы новая норма международного обычного права. И также нет причин для того, чтобы они не могли использовать какую-то резолюцию Ассамблеи, для того чтобы «позитивировать» их новое общее *opinio juris*»); и L. Sohn, "«Generally Accepted» International Rules", *Washington Law Review*, 61 (1986), 1073, 1074.

²⁴³ См. также I.I. Lukashuk, "Customary Norms in Contemporary International Law", in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), 488, 493 («общее у этих норм с традиционными обычными нормами состоит в неписаной форме и *opinio juris*. Отличает же их то, что они неукрепляют уже существующую практику, а призваны положить начало таковой. В сравнении с нормами первого вида в них придается больше веса тому, что должно быть, а не тому, что уже есть»); A.E. Roberts, *supra* note 225, at 763 («Современный обычай извлекает нормы главным образом из абстрактных заявлений *opinio juris* — идя от теории к практике»); R. Kolb, *supra* note 224, at 126 («Таким образом, дедуктивный обычай есть нечто вроде «контрфактуального» обычая, который представляет собой понятие, действительно весьма далекое от классической концепции обычного права»); и B. Simma и P. Alston, *supra* note 81, at 89 («Таким образом, процесс обычного нормотворчества превращается в самодостаточные упражнения в риторике. Используемый в настоящее время подход является дедуктивным»).

тивным и гибким источником международного права, способным восполнить «утопический потенциал» и «компенсировать негибкость договорного права»²⁴⁴, особенно в области прав человека и гуманитарного и экологического права²⁴⁵. Действительно, «упор на *opinio juris* привлекает тех, кто хочет расширить свод норм, считающихся международным обычным правом. Если бы можно было игнорировать или понизить значение требования в отношении практики, то вполне можно ратовать за включение любого числа моральных прав в список норм международного обычного права»²⁴⁶. Такая «концептуаль-

²⁴⁴ Words of H. Charlesworth, “The Unbearable Lightness of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), 44. См. также, например, M.P. Scharf, “Seizing the ‘Grotian Moment’: Accelerated Formation of Customary International Law in times of Fundamental Change”, *Cornell International Law Journal*, 43 (2010), 439, 450, 467-468 («Периоды коренных перемен, будь то технологические сдвиги, совершение новых форм преступлений против человечности или разработка новых средств ведения войны или терроризм, быстро развивающееся международное обычное право, которое кристаллизуется в резолюциях Генеральной Ассамблеи, может оказаться необходимым для того, чтобы международное право успевало за другими событиями... «момент Гроция» сводит к минимуму объем и продолжительность практики государств, которые необходимы в эпоху таких трансформаций, при условии, что имеется особо четкое и широко распространенное выражение *opinio juris*»; and O. Schachter, *supra* note 225, at 533 («новое международное обычное право» описывается как реакция на спрос «в современном международном сообществе» «правительств, которые почувствовали потребность в новом праве, которая по тем или иным причинам не может быть в полной мере удовлетворена через многосторонние договоры»).

²⁴⁵ См., например, J. Kammerhofer, “Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship”, in M. Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), 138, 147 («Ввиду ощущаемой несоизмеримости традиционных или ортодоксальных методов международного обычного нормотворчества с гуманистическими целями, поддерживаемыми учеными, в течение последнего десятилетия влиятельная часть специалистов в области прав человека и гуманитарного права разработали для этих областей международного права новый подход к международному обычному праву»); J. Wouters and C. Ryngaert, *supra* note 236 («Часто говорят, особенно юристы, специализирующиеся на правах человека, что метод формирования обычного права в области прав человека и международного гуманитарного права структурно отличается от традиционного метода формирования обычного права в международном публичном праве... Классические методы формирования права на основе согласия государств и обширной и единообразной практики государств могут быть несколько ослаблены, когда «ставки высоки»... Иными словами, практика государств используется избирательно для обоснования какой-либо обычной нормы, которая не является нейтральной с моральной точки зрения»); D. Hunter, J. Salzman and D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 2nd edition (Foundation Press, 2002), 312-313 («Поскольку с течением времени число международных договоров, деклараций и резолюций, провозглашающих принципы экологической защиты, возросло, ученые начали дебатировать вопрос о том, возникают ли обычные нормы международного экологического права или они уже возникли... Эти и будущие обычные нормы сталкиваются с особыми трудностями, когда к ним применяют стандартные критерии для обычных норм (т.е. последовательная практика государств и наличие *opinio juris*)... Тем не менее эти принципы все шире признаются в судебных заключениях и других документах в качестве обычного права, что, по всей вероятности, отражает изменяющееся понятие того, как возникает обычное право»); H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (1994), 335; D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2010) 191-204; and R. Jennings, “Customary Law and General Principles of Law as Sources of Space Law”, in K.-H. Böckstiegel (ed.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection* (Carl Heymanns Verlag, 1990), 149, 151.

²⁴⁶ A.T. Guzman, *supra* note 223, at 186. См. также B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 83

ная растязжка»²⁴⁷, с пафосом названная «новой жизненной силой обычая»²⁴⁸, также стимулировала призывы к тому, чтобы открыть процесс создания обычного права для участия негосударственных субъектов, а именно международных организаций и их учреждений²⁴⁹, а также отдельных лиц²⁵⁰.

(«Здесь налицо большой соблазн обратиться к обычному праву как к формальному источнику, который дает желаемые ответы относительно прямолинейно. В частности, если обычное право можно толковать или рассматривать как содержащее относительно полный пакет норм, которые применимы ко всем государствам, тогда дебаты в отношении источников международного права прав человека могут быть закончены без особого дальнейшего шума. С учетом основополагающей важности компонента прав человека в справедливом мировом порядке соблазн адаптировать или истолковать заново понятие обычного права таким образом, чтобы обеспечить получение из него «правильных» ответов, весьма велик, а для некоторых даже непреодолим»); and T. Meron, “International Law in the Age of Human Rights”, 301 *Recueil des Cours* (2004), 377.

²⁴⁷ R.V. Baker, *supra* note 229, at 31 (употребляет термин, «придуманный социологом Джованни Сартори для описания искажений, возникающих в результате привнесения устоявшихся концепций в новые случаи без необходимой соответствующей адаптации»); см. также R. Kolb, *supra* note 224, at 123 (referring to “increasing conceptual softness”); L. Henkin, *supra* note 232, at 37 («Целевое создание обычая представляет собой радикальное новшество и по сути отражает радикальную концепцию. Поскольку право создавалось с помощью договора, однако развивалось с помощью обычая, в настоящее время наблюдается определенная тенденция относиться к обычаю как к средству, являющемуся альтернативой разработке договоров, для целевого законодательства. Использование концепции обычая для этой цели влечет за собой традиционное определение, однако в настоящее время практика иногда означает деятельность, направленную на создание нормы, а не на ее отражение»); and A. Seibert-Fohr, “Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order”, in A. Zimmerman and R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law* (Duncker & Humblot, 2006), 257, 273 («Актуальность международного обычного права в конечном счете зависит от того, насколько строго применяются стандарты для допущения международного обычного права»).

²⁴⁸ Этот термин упоминается в работе A. Cassese, *supra* note 121, at 165; см. также R. Müllerson, *supra* note 123, at 359.

²⁴⁹ См., например, I. Gunning, “Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights”, *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), 211, 212-213 («В частности, в этой статье, где ставится под вопрос всеобъемлющий характер традиционных формулировок национального суверенитета, будет изучена перспектива предоставления транснациональным и неправительственным группам права голоса в правовом смысле при создании обычая»); H. Meijers, “On International Customary Law in the Netherlands”, in I.F. Dekker and H.H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), 77, 80, 125 («Как и норма договорного права, норма международного обычного права формируется в два этапа. На первом этапе субъекты международного права, в частности государства (и иногда международные организации) разрабатывают норму. На втором этапе эта норма трансформируется в норму права... [эти] два этапа... нередко частично совпадают»); and N. Arajärvi, *From State-Centricism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors* (3 May 2010), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599679>, 23 («Негосударственные субъекты участвуют в международном нормотворчестве, не только косвенно посредством оказания влияния на государства, но и посредством прямого воздействия на разработку обычных норм через свои собственные действия и заявления»).

²⁵⁰ См., например, L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 342, 346; C. Ochoa, *supra* note 90, at 164; and D.J. Bederman, *supra* note 230, at 1623.

99. Попытки «пересмотреть или «обновить» обычай»²⁵¹ натолкнулись на резкую критику представителей тех же кругов, главным образом в отношении заявления о том, что «современный обычай» по сути вообще не является международным обычным правом²⁵². Сторонники «традиционного» подхода подчер-

²⁵¹ Заимствовано из работ В. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 83.

²⁵² См., например, Р. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77 (1983), 413, 435 («Происходит не просто ускорение процесса формирования обычая, а подлинная революция в теории обычая»); К. Wolfke, *supra* note 41, at 2 («С самого начала... В частности, следует подчеркнуть, что в основе международного обычая, как и любого обычая, лежит регулярность поведения. Международное обычное право, не основанное на «обычае» (*consuetudo*) в традиционном и буквальном значении этого слова, было бы просто неверно употребленным названием»); Р. Jennings, “What is International Law and How Do We Tell It When We See It”, *The Cambridge Tilburg Lectures* (Kluwer, 1983), 11 («Возможно, настало время прямо посмотреть на то обстоятельство, что общепринятые критерии обычая — практика и *opinio juris* — часто являются не только неадекватными, но даже неактуальными для выявления большей части нового права сегодня. И за причиной далеко ходить не надо: большая часть этого нового права вообще не является обычаем и даже не похожа на обычай. Оно возникло недавно, носит новаторский характер, охватывает тематические директивные решения и часто является предметом разногласий. Было бы трудно вообразить себе что-то менее похожее на обычай в традиционном значении этого термина»); G.J.H. van Hoof, *supra* note 49, at 86 («обычное право и непосредственность суть две непримиримые концепции. Кроме того, для эффективного функционирования международного права как инструмента упорядочения и регулирования было бы вредно размыывать значение его источников практически до точки исчезновения»); G. Abi-Saab discussing “Custom and Treaties”, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 10 («Мы называем разные вещи обычаем, мы сохраняем название, однако расширяем явление... По сути мы получили новое вино, однако стараемся залить его в старую бутылку обычая. В какой-то момент это качественное изменение придется принять во внимание и нам придется признать, что мы уже говорим не о том же источнике, а являемся свидетелями появления весьма нового вида нормотворчества»); J.P. Kelly, *supra* note 122, at 492 («При переоценке практики государств и *opinio juris* теоретики «нового международного обычного права» пытаются создать новый процесс нормотворчества, не используя методологию обычного права»); R. Kolb, *supra* note 224, at 123 («название “обычай”, возможно, стало слишком узким и слишком запутанным в применении к ряду явлений современного нормотворческого процесса в международном обществе, которые втиснуты в эту рубрику только из-за отсутствия иной, новой, признанной основы для нормотворчества за пределами договорного права»); J. Kammerhofer, *supra* note 245, at 152, 157 («специалисты слегка искажают право ради достижения целей, которые не выражены в качестве международного позитивного права... наука международного права в современном климате обычно “уступает” внешнему давлению, в результате чего фальсифицируется наш взгляд на позитивное международное право посредством привнесения внешних элементов»); N. Petersen, *supra* note 81, at 282, 284 («В силу своего понятия обычай требует *consuetudo*, наличия практики государств... Обычное право без обычая вообразить трудно»); M. Koskenniemi, “Introduction”, in M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law* (Ashgate Dartmouth, 2000), xxi («На практике “обычай” превратился в общую категорию, охватывающую практически все обязательные недоговорные стандарты... “Обычай” представляется как более легитимным по своему происхождению, так и более осязаемым по своему применению, даже при том, что различные стандарты, классифицированные в качестве “обычая”, не так легко вписать в стандартную теорию происхождения и выявления обычного права»); A.M. Weisburd, *supra* note 229, at 46 («Заявления о том, что практика государств является юридически незначимой, по сути есть заявления о том, что существует некий более легкий способ создания международного права, чем способ выработки подлинного консенсуса между государствами. Более легкого пути нет, и из уважения к истине мы должны признать это обстоятельство»); J.I. Charney, *supra* note 122, at 543, 546 (ссылается на недавний «более

кивают далее, что поощрение «новых разновидностей» международного обычного права подрывает авторитет и убедительность обычая как источника международного права²⁵³, а также международного права во всей его совокупности²⁵⁴. Некоторые также заявляют, что «нетрадиционные» подходы сами по себе аналитически нестабильны²⁵⁵ и что они поощряют «сомнительное функционирование»²⁵⁶, которое, можно сказать, также страдает в результате значительного демократического дефицита²⁵⁷.

структурированный метод» создания обычного права, заявляя, что этот процесс «отличается значительно от традиционного понимания процесса создания обычного права, требующего наличия общей практики в течение определенного периода времени. Поэтому было бы правильнее называть его *общее* международное право»); and B. Cheng, "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World", in R.S.J. Macdonald and D.M. Johnson (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 513, 548.

²⁵³ См. например, S. Estreicher, *supra* note 234, at 15 («поскольку мы движемся к эпохе нисходящего, вдохновляемого публицистами, заряженного политикой и практически непосредственно международного обычного права, легитимность такой автоматической абсорбции [в национальное право] становится особенно проблематичной»); A. D'Amato, *supra* note 122, at 101-105; and R.Y. Jennings, *supra* note 67, at 6.

²⁵⁴ См. например, H.E. Chodosh, *supra* note 238, at 99; G.J.H. van Hoof, *supra* note 49, at 107; J.P. Kelly, *supra* note 122, at 540; P. Weil, *supra* note 252, at 441 («такая релятивизация нормативности... может в конечном итоге лишит международное право возможности выполнять то, что всегда являлось непосредственно его функциями»).

²⁵⁵ См., например, G.J. Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 279, 281-282.

²⁵⁶ B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 107; see also I.D. de Lupis, *The Concept of International Law* (Norstedts, 1987), 13, 116 («В этой работе... понятие "обычное право" устранено как туманная фикция... Остается лишь удивляться тому, как столь многие авторы до сих пор признают нечеткие контуры и аморфное содержание понятия "обычное" право. Поскольку в современном международном публичном праве за пределами территориальных требований в силу давности у него нет ни основы, ни обоснования. Оно стало тем ковром, под который заметают любое неопознанное действие или норму, часто с последующей убежденностью в том, что, поскольку теперь ковер их покрывает, они должны быть действующим "правом"»).

²⁵⁷ См., например, D.J. Bederman, *supra* note 230, at 145 («Главный недостаток современного обычая заключается в том, что, превознося идеальные стандарты поведения государств, он совершенно отделился от реальной практики государств. Если легитимность и транспарентность что-то значат как характеристики международного обычного права ... тогда традиционный взгляд на международное обычное право, пусть даже не идеально отраженный в формулировке статьи 38 (1)(b), должен быть сохранен»); F. Orrego Vicuña, *supra* note 48, at 37 (заявляет, что «современное» международное обычное право есть «новый авторитарный подход посредством неверховенства права»); J.L. Goldsmith and E.A. Posner, "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), 639, 667 (заявляет, что современное международное обычное право «не имеет надлежащей родословной в области согласия государств. Содержание нового международного обычного права туманно. Кроме того, новое международное обычное право используется и употребляется оппортунистически»); H.E. Chodosh, *supra* note 238, at 104-105 (говорит о недемократическом процессе, поскольку меньшинство создает правила для большинства); S. Estreicher, *supra* note 234, at 7 (описывает «современное» международное обычное право как попытку «высококвалифицированных публицистов из различных государств» ... и других юристов-международников расширить сферу применения обычного права, с тем чтобы способствовать продвижению конкретных политических, идеологических или гуманитарных целей авторов»); и J.P. Kelly, *supra* note 122, at 520 (заявляет, что новая

100. Одни авторы изображают «традиционные» и «нетрадиционные» подходы к международному обычному праву как «свод спаренных противоположностей»²⁵⁸, другие пытаются синтезировать и примирить их, с тем чтобы получить общую концепцию или общую теорию обычая²⁵⁹. Сколь бы ни были убедительны результаты этих попыток, продолжающиеся доктринальные споры и неизбежные трудности, связанные с международным обычным правом, заставили ряд юристов-международников объявить его «проблемной концепцией»²⁶⁰, «оспариваемой по существу» концепцией, испытывающей в настоящее время «кризис идентичности»²⁶¹. К тому же отсутствие общепринятого понятия международного обычного права стимулирует критику в его адрес как права неопределенного²⁶². Некоторые авторы даже заявляют, что «традиционное» или «современное» международное обычное право по-прежнему является крайне проблематичным или даже нелегитимным источником международного права, от которого, вероятно, вообще надо отказаться²⁶³.

методология международного обычного права «не устраняет дефицит демократии». Государства еще могут дать согласие на общие, абстрактные резолюции, содержащие лишь рекомендации, но они не дадут согласия на обязательные нормы и не будут играть роль в определении того, какие нормы в резолюции (если таковые найдутся) должны быть преобразованы в обязательные обычно правовые обязательства... Демократическая легитимность требует либо полного участия, либо фактического согласия [а ни того, ни другого здесь нет]»).

²⁵⁸ T. Stein, *supra* note 227; см. также, например, M. Koskenniemi, *supra* note 236, at 388; J.A. Beckett, *The End of Customary International Law?: A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy* (PhD thesis, University of Glasgow, 2008), 238-258; and R.B. Baker, *supra* note 229, at 10.

²⁵⁹ См., например, A.E. Roberts, *supra* note 225, at 767; I.I. Lukashuk, *supra* note 243; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008) 100; A. Seibert-Fohr, *supra* note 247, at 272-277; L. Condorelli, *supra* note 228, at 148; J. Tasioulas, "Customary International Law and the Quest for Global Justice", in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 307, 320; J.L. Goldsmith and E.A. Posner, *supra* note 257, at 672; E. Voyiakis, *supra* note 239, at 15, 16; J. D'Aspremont, *supra* note 227, at 145; R. Kolb, *supra* note 224, at 122; and W.T. Worster, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches* (6 January 2013), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2197104>.

²⁶⁰ G.J. Postema, *supra* note 255, at 279.

²⁶¹ B. Simma and P. Alston, *supra* note 81, at 88. См. также K. Wolfke, *supra* note 41, at 2; and J. Kammerhofer, *supra* note 85, at 551.

²⁶² Аргументы в отношении неопределенности в целом касаются либо трудности в определении того, возникла ли норма международного обычного права, или же трудности в точном определении ее конкретного содержания (или и того, и другого). См., например, J. Kammerhofer, *supra* note 85, at 536 («мы толком не можем узнать ни правила формирования обычая, ни то, как эти правила возникают»); L.-C. Chen, *supra* note 250, at 351; A.T. Guzman, *supra* note 241, at 128; J.L. Goldsmith and E.A. Posner, *supra* note 232; K. Wolfke, *supra* note 124, at xiii; C.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North-Holland Publishing Company, 1976), 63; and G. Mettraux, *supra* note 136, at 14.

²⁶³ См., например, J.L. Goldsmith and E.A. Posner, *supra* note 257, at 640-641, 672 («Ошибочная посылка заключается в том, что международное обычное право, будь то традиционное или новое, оказывает воздействие на национальное поведение. Мы полагаем, что новое международное обычное право является не менее последовательным и легитимным, чем старое... Мы не согласны с тем, что современное международное обычное право отличается от старого международного обычного права каким-то существенным образом. Принципиальное различие заключается в содержании: старое международное обычное

101. И все же международное обычное право широко признано в литературе как «главный строительный материал для общего международного права»²⁶⁴ и неизменно отстаивается как отрасль, играющая заметную и бесспорную роль в регулировании международных отношений²⁶⁵. Ряд авторов подчеркивает, что именно его гибкость делает его ценным источником международного права²⁶⁶, и утверждают, что трудности, связанные с уяснением права, свойственны не

право больше касается торговых или военных отношений между государствами; современное международное обычное право больше касается прав человека... Современное международное обычное право является по большей части амбициозным, таким же, каким было и старое международное обычное право»); A. Boyle and C. Chinkin, *supra* note 223, at 21 («Несмотря на утверждения относительно «непосредственного» обычного права, этот способ неформального и неписанного нормотворчества является неизбежно консервативным и регрессивным, поскольку он полагается на существующую практику государств. Неопределенность относительно существования и содержания норм обычного права позволяет делать оппортунистические заявления, у которых нет содержания в практике государств или *opinio juris*. Международное обычное право позволяет государствам отклонять договорное регулирование, претендуя при этом на выгоды от тех частей нератифицированного договора, которые они считают желательным»); J.O. McGinnis, «The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO», *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), 229-284 (называет международное обычное право правовым массивом, который потенциально может подрывать отложенные компромиссы, закрепленные в многосторонних договорах); and J.P. Kelly, *supra* note 122, at 456, 500 («материальные нормы как традиционного, так и «нового международного обычного права» представляют собой неэмпирические формы международного обычного права, выведенные из субъективных принципов», и как таковые «они не подкреплены авторитетом международного сообщества... Разногласия неизбежны, поскольку элементы правовой теории международного обычного права представляют собой пустые сосуды, в которые можно заливать свою собственную нормативную теорию международного права»).

²⁶⁴ V.I. Kuznetsov and B. R. Tuzmukhamedov, *supra* note 222, at 77.

²⁶⁵ D.F. Vagts, «International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence», *European Journal of International Law*, 15 (2004), 1031-1040; S. Sur, *supra* note 67, at 167; G. Norman and J.P. Trachtman, «The Customary International Law Game», *American Journal of International Law*, 99 (2005), 541; E.T. Swaine, *supra* note 151, at 562; H. Bokor-Szegö, remarks on the «Contemporary Role of Customary International Law», in *Proceedings of the ASIL/NVIR Third Joint Conference* (1995), 18; J. Dugard SC, *International Law: A South African Perspective*, 4th edition (Juta & Co., 2011), 26; B. Chiagara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique* (Ashgate Dartmouth, 2001) 48; W.W. Bishop, «Sources of international law», in *General course of public international law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1965) 115, 220, 230; J.L. Kunz, *supra* note 65, at 665; T. Treves, *supra* note 73, at para. 91; A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy, «The Character of Customary Law: An Introduction», in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 8; A.T. Guzman and T.L. Meyer, *supra* note 232, at 197; A.T. Guzman, *supra* note 241, at 116, 119-121, 175; R. Bernhardt, *supra* note 224, at 265; A. Seibert-Fohr, *supra* note 247, at 271; M.H. Mendelson, *supra* note 41, at 169; G. Schwarzenberger, «International *Jus Cogens*?», *Texas Law Review*, 43 (1965), 455, 476; and F. Orrego Vicuña, *supra* note 48, at 38.

²⁶⁶ См., например, J. Pearce, «Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth», 2003 *Australian International Law Journal* (2003), 125; D. Bederman, *supra* note 223, at 41, 42-43. Такая позиция была также изложена на шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-ном Мурассе, который заявил, что «нечеткость является существенной чертой, а может быть, и *raison d'être* международного обычного права, которое является полезным, поскольку оно нечетко» (A/CN.4/SR.3148, стр. 7 английского текста).

только международному обычному праву²⁶⁷. Ученые продолжают спорить по поводу международного обычного права. Такие споры, безусловно, будут продолжаться²⁶⁸.

Часть пятая. Будущая работа

ХII. Будущая программа работы

102. В своем втором докладе в 2014 году Специальный докладчик предлагает начать обсуждение двух элементов международного обычного права — практики государств и *opinio juris*, и связи между ними. При этом необходимо будет рассмотреть такие вопросы, как воздействие договоров на международное обычное право и роль международных организаций. В третьем докладе в 2015 году это обсуждение будет продолжено в свете прогресса, достигнутого в рассмотрении данной темы, а также будут более подробно рассмотрены отдельные аспекты, такие как норма о «последовательно возражающей стороне» и «специальное» или «региональное» международное обычное право. Во втором и третьем докладах будет предложен ряд проектов заключений для рассмотрения Комиссией. Специальный докладчик намерен подготовить в 2016 году заключительный доклад, содержащий пересмотренные проекты заключений и комментарии с учетом результатов дискуссий в Комиссии, обсуждений в Шестом комитете и других реакций на проводимую работу.

²⁶⁷ См. например, I. Brownlie, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 68 («Я полагаю, что на данный момент главная проблема — это старая проблема, заключающаяся в том, что уяснить право всегда трудно. Даже когда у вас в руках есть договор, необходимо выяснить, что означает та или иная его формулировка; вы можете иметь договор, который существует 20 лет, однако если он не подвергался многократному толкованию судами, то право предстоит еще уяснить. Любопытно то, что люди привыкли думать, будто стоит нам найти подходящую формулу, подходящее правило, и процесс выяснения права тогда вдруг станет для нас более легким. Я считаю это нереалистичным»).

²⁶⁸ См. например, J. Klabbers, *supra* note 236, at 37; D.P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), 198, 199; and R. Kolb, *supra* note 224, at 119.