



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
27 March 2015
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестьдесят седьмая сессия

Женева, 4 мая — 5 июня и 6 июля — 7 августа 2015 года

Третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом*

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Связь между двумя конститутивными элементами	5
III. Бездействие как практика и/или доказательство в качестве правовой нормы	10
IV. Роль договоров и резолюций	17
A. Договоры	19
B. Резолюции, принятые международными организациями и на международных конференциях	37
V. Судебные решения и труды юристов	49
A. Судебные решения	50
B. Труды специалистов	53
VI. Релевантность международных организаций	55
VII. Партикулярный обычай	66
VIII. Настойчиво возражающее государство	71
IX. Будущая программа работы	81
Приложения	
Новые предложенные проекты выводов	82

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



I. Введение

1. В 2012 году Комиссия международного права включила тему «Формирование и доказательство существования международного обычного права» в свою текущую программу работы и провела первоначальные прения на основе предварительной записки Специального докладчика¹.
2. В 2013 году Комиссия провела общие прения² на основе первого доклада Специального докладчика³, а также меморандума Секретариата⁴. Комиссия изменила название этой темы на название «Выявление международного обычного права»⁵.
3. Во втором докладе Специального докладчика⁶, подготовленном для шестьдесят шестой сессии Комиссии в 2014 году, рассматривался подход к выявлению норм международного обычного права и содержался подробный анализ характера и роли двух конститутивных элементов и порядка определения их существования. В нем содержались 11 проектов выводов, разделенных на четыре части. Как разъяснялось, представлялось целесообразным охватить в одном и том же докладе как практику, так и признание в качестве правовой нормы с учетом тесной взаимосвязи между этими двумя категориями⁷, причем отмечалось, что новые проекты выводов, касающиеся этих и других вопросов, будут предложены в третьем докладе.
4. Комиссия провела прения по второму докладу в период с 11 по 18 июля 2014 года⁸, в ходе которых члены Комиссии подтвердили общую поддержку «двухэлементного» подхода. По-прежнему имело место широко распространенное согласие относительно того, что основными материалами при разработке ориентиров в отношении этой темы являются решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, а также того, что итоги работы должны быть облечены в форму практического руководства для оказания помощи практическим специалистам в решении задачи по выявлению международного обычного права. Один из обсуждаемых вопросов заключался в необходимости установления правильного баланса между проектами выводов и комментариями, а также необходимости обеспечения ясности в отношении предлагаемых ориентиров и необходимостью сохранения гибкости, имманент-

¹ См. документ A/CN.4/653: *Записка о формировании и свидетельствах международного обычного права*.

² См. краткие отчеты A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185, 3186 (17, 18, 19, 23, 24, 25 июля 2013 года); документ A/68/10: *Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии (6 мая — 7 июня и 8 июля — 9 августа 2013 года)*, пункты 66–107.

³ Документ A/CN.4/663.

⁴ Документ A/CN.4/659: *Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме* (далее: «Меморандум Секретариата»).

⁵ Summary record A/CN.4/SR.3186 (25 July 2013), pp. 5–6.

⁶ Документ A/CN.4/672.

⁷ Там же, пункт 10.

⁸ Краткие отчеты A/CN.4/SR.3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227 (11, 15, 16, 17, 18 июля 2014 года); документ A/69/10: *Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии (5 мая — 6 июня и 7 июля — 8 августа 2014 года)*, пункты 137–185.

но присущей обычаю в качестве одного из источников международного права. Обращалось внимание на несколько вопросов, затронутых в докладе, таких как важное значение бездействия и релевантности международных организаций для выявления международного обычного права, как требующих дальнейшего анализа и обсуждения.

5. После прений 11 проектов выводов, предложенных во втором докладе, были переданы в Редакционный комитет, который в предварительном порядке принял 8 проектов выводов. (Комитету не удалось рассмотреть два проекта выводов из-за нехватки времени и один проект выводов был исключен). 7 августа 2014 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад на пленарном заседании, посвященный работе Комитета над этой темой в 2014 году⁹. Восемь проектов выводов, принятых в предварительном порядке Комитетом, были воспроизведены в приложении к промежуточному докладу. Как заявил Председатель Комитета, Комитет надеялся официально представить комплекс проектов выводов, включая выводы, содержащиеся в промежуточном докладе (пересмотренные, в случае необходимости, с учетом настоящего доклада и дальнейшего обсуждения на пленарном заседании и в Редакционном комитете), на предмет принятия Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии в 2015 году.

6. Восемь проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом в 2014 году, разделены на следующие три части: а) введение; б) основной подход; и с) общая практика. Было предложено, чтобы четвертая часть, содержащая проекты выводов из второго доклада, которые еще не были обсуждены, была озаглавлена «Признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*)». Две другие части, которые должны были носить названия «Особые формы практики и доказательства» и «Исключения из общего применения норм международного обычного права», предлагаются в настоящем докладе.

7. Во время прений в Шестом комитете в 2014 году по вопросу о подготовке практического руководства было в общем поддержано предложение о разработке комплекса выводов с комментариями для оказания помощи практическим работникам в деле выявления норм международного обычного права. Делегации в полной мере поддержали двухэлементный подход, при этом некоторые добавили, что мнение, согласно которому в некоторых областях лишь один составляющий элемент будет достаточен для установления нормы международного обычного права, не пользуется поддержкой в международной практике и в деятельности судебных органов. Некоторые высказались в пользу изучения вариаций соответствующего значения двух элементов в конкретных областях международного права. В то время как несколько делегаций признали, что в первую очередь практика государств должна учитываться при идентификации той или иной нормы международного обычного права, другие также подчеркнули важность практики международных организаций в деле формирования и

⁹ Краткий отчет A/CN.4/SR.3242; со стенографическим отчетом о докладе Председателя от 7 августа 2014 года можно ознакомиться по адресу: <http://legal.un.org/ilc/sessions/66/DC_ChairmanStatement%28IdentificationofCustom%29.pdf>.

идентификации обычных норм, особенно в случаях, когда государства-члены наделяют их соответствующей компетенцией¹⁰.

8. Настоящий доклад следует истолковывать вместе с двумя ранее представленными в 2013 и 2014 годах докладами и учитывать работу Редакционного комитета в 2014 году и прения в Комиссии и в Шестом комитете. В нем преследуется цель завершения разработки комплекса проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком. При этом в нем рассматриваются определенные вопросы, не охваченные во втором докладе, а также вопросы, к рассмотрению которых Комиссия согласилась вернуться в 2015 году. Каждый из разделов, на которые поделен доклад, охватывает конкретную область: в разделе II доклада рассматривается далее связь между конструктивными элементами; в разделе III приводятся данные более подробного анализа бездействия как практики и/или свидетельств признания в качестве правовой нормы; в разделе IV рассматривается роль договоров и резолюций, принятых международными организациями и на международных конференциях; в разделе V рассматриваются судебные решения и научные труды; в разделе VI вновь рассматривается вопрос о практике международных организаций; разделы VII и VIII посвящены двум следующим конкретным вопросам, а именно партикулярный обычай и настойчиво возражающая сторона, и в разделе IX предлагается будущая программа работы над этой темой. Для удобства в приложении излагаются проекты выводов, предлагаемые в этом докладе, которые следует толковать совместно с теми проектами выводов, которые были ранее предложены Специальным докладчиком и Редакционным комитетом.

9. На своей сессии 2014 года Комиссия

«вновь просила государства предоставить к 31 января 2015 года информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, пригодных для установления такого права в той или иной данной ситуации, как изложено:

- а) в официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и
- б) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов»¹¹.

Кроме того, Комиссия указала на то, что она «была бы рада получить информацию об обзорах и обследованиях по практике государств в области международного права»¹².

10. На дату представления настоящего доклада, помимо материалов, представленных в 2014 году¹³, были получены еще шесть дополнительных материалов¹⁴. Представление новых материалов приветствуется в любое время.

¹⁰ Документ A/CN.4/678: *Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят девятой сессии*, пункты 52–59.

¹¹ A/69/10, выше, сноска 8, пункт 29.

¹² Там же, пункт 30.

¹³ Королевство Бельгия; Республика Ботсвана; Куба; Чешская Республика; Республика Сальвадор; Федеративная Республика Германия; Ирландия; Российская Федерация;

11. Различные учреждения снова организовывали совещания, посвященные аспектам этой темы, которые как внушали оптимизм, так и оказывали стимулирующее воздействие. Афро-азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО) обсуждает вопрос о выявлении международного обычного права, и существует понимание о том, что ее неофициальная группа экспертов рассмотрела доклад своего Специального докладчика и приняла комплекс комментариев для рассмотрения на сессии Консультативной организации в апреле 2015 года¹⁵. Кроме того, в период после подготовки второго доклада принимались новые решения судов и трибуналов, а также выходили ученые труды, которые учитываются в этом докладе.

II. Связь между двумя конститутивными элементами

12. В 2014 году в Комиссии и Шестом комитете была подчеркнута необходимость дальнейшего рассмотрения вопроса о связи между двумя конститутивными элементами международного обычного права¹⁶. В число подчеркнутых в этой связи вопросов входили такие вопросы, как временной аспект двух элементов, а также применение двухэлементного подхода в различных областях международного права.

13. Являясь общей практикой, признанной в качестве правовой нормы, международное обычное право формируется и проявляет себя в случаях поведения, которое сочетается с *opinio juris*. Как неоднократно заявлял Международный Суд, «соответствующие деяния не только должны быть равнозначны установившейся практике, они также должны быть таковыми или осуществляться таким образом, с тем чтобы считаться доказательством уверенности в том, что эта практика является обязательной в силу нормы, требующей ее осуществления»¹⁷. Два конститутивных элемента международного обычного права характеризовались как «не два сопоставимых понятия, а, скорее, лишь как два аспекта одного и того же явления: определенное действие, которое субъективно реализуется или воспринимается определенным образом»¹⁸.

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии; и Соединенные Штаты Америки.

¹⁴ Австрия; Чешская Республика; Финляндия; Федеративная Республика Германия; Республика Корея; и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

¹⁵ Пятьдесят четвертая сессия ежегодная сессия Афро-азиатской консультативно-правовой организации (ААКПО) запланирована к проведению в Пекине, Китайская Народная Республика, с 13 по 17 апреля 2015 года по прошествии определенного времени после представления настоящего доклада.

¹⁶ A/69/10, выше, сноска 8, пункт 153; A/CN.4/678, выше, сноска 10, пункт 53.

¹⁷ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 109; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 122, para. 55.

¹⁸ B. Stern, "Custom at the Heart of International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), pp. 89, 92. См. также G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), at pp. 81–82 («хотя *opinio juris* признано в качестве отдельного элемента обычая — с фактической точки зрения оно может быть идентифицировано лишь через посредство явных проявлений государственного поведения. В рамках процесса формирования норм обычного права

14. В то время, как действительно, два элемента международного обычного права «реально неразделимы, один без другого не существуют»¹⁹. При установлении того, сформировалась ли норма международного обычного права, необходимо рассмотреть и проанализировать вопрос о наличии каждого элемента в отдельности²⁰. Как правило, для этого необходима оценка различных доказательств каждого элемента, поскольку, как объяснялось во втором докладе, сама практика, как принято считать, предписывается международным обычным правом обычно может не свидетельствовать сама по себе в качестве ее признания как правовой нормы²¹: «Сам факт того, что такие действия предпринимались, не означает, что они должны осуществляться»²².

правила поведения, формирующиеся в силу эволюционирующей государственной практики, признаются в качестве права через посредство деяний, которые также составляют часть практики в широком смысле. Более того, одни и те же акты и действия, формирующие соответствующую практику, могут отражать как отношение государств к содержанию формирующейся нормы поведения, так и признание этой нормы как юридически обязательной. Из этого следует, что элемент *opinio juris* не может быть полностью отделен от практики»; H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), at p. 62 («практика и *opinio juris* вместе обеспечивают необходимую информацию для установления наличия обычной нормы, но при этом роль каждого элемента — практика и *opinio* — отдельно не акцентируются; они дополняют друг друга»); W.T. Worster, “The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law”, *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), pp. 1, 8–9 («Объективные и субъективные элементы не разделяются ... мы не анализируем достаточность практики, и только после того как этот момент подтвержден, мы переходим к изучению вопроса о наличии у государств *opinio juris*. Вместо этого мы оцениваем или должны оценивать достаточность практики, когда это производится с учетом *opinio juris*, что означает, что мы анализируем критическую массу практики на фоне *opinio juris*»).

¹⁹ R. Müllerson, “On the Nature and Scope of Customary International Law”, *Austrian Review of International & European Law*, 2 (1997), pp. 341, 344–345, 346–347 (при этом он добавил, что «как орел и решка [два элемента] могут быть разделены для аналитических целей, однако [] не могут существовать независимо друг от друга... вопрос о том, существуют ли обычные нормы без какого-либо из этих двух элементов — практики и *opinio juris* — является искусственным (надуманным) вопросом. Всегда существует определенная «реальная» практика, в противном случае нельзя просто говорить о моделях поведения, которые могут (или не могут) быть юридически обязательными»).

²⁰ По словам г-на Хмуда, «хотя имеются основания утверждать, что два элемента переплетаются и что формирование и доказательства наличия двух элементов могут сочетаться во многих случаях, фактическое состояние дел по-прежнему заключается в том, что они являются двумя различными вопросами для целей выявления» (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)). См. также A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), pp. 731, 813 («разделение определения обычая на два различных элемента — «материальный» или «объективный», проявляющийся в практике, и «психологический», «интеллектуальный» или «субъективный», обычно именуемые *opinio juris* ... является чрезвычайно полезным инструментом «для выявления» обычных норм»); J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2013), at p. 23 («наличие обычая ... это вывод, сделанный кем-либо (юрисконсульт, судом, правительством, ученым) и касающийся двух смежных вопросов: а) существует ли общая практика; б) признается ли она в международном праве?»).

²¹ A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункты 72–74.

²² M.N. Shaw, *International Law*, 7th edition. (Cambridge University Press, 2014), at p. 53. См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 76 («действия или согласие действовать определенным образом сами по себе не

15. Поэтому при попытках выявления наличия той или иной нормы международного обычного права соответствующая практика, как правило, не должна служить в качестве доказательства также наличия *opinio juris*: такого «двойного учета» (неоднократных ссылок²³) следует избегать²⁴. Как отметил Терлуэй «вполне может существовать частичное дублирование между «проявлениями практики» и «формами доказательств о признании» такой практики в качестве правовой нормы; в общем, это не означает, что конкретные деяния могут относиться к обеим этим категориям, что означало бы возврат к теории единого элемента»²⁵.

свидетельствуют о чем-либо, носящем юридический характер») and para. 77 («даже если эти случаи, когда предпринимались действия, ... были гораздо более многочисленными, чем они в действительности являлись, они даже в совокупности не будут сами по себе достаточными, для того чтобы формировать *opinio juris* ... Частотность или даже обычный характер деяний сами по себе достаточными не являются»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 253–254, paras. 65–68; *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615, para. 90 («Тот факт, что, ... различные международные соглашения ... устанавливают специальные правовые режимы, регулирующие защиту инвестиций, или что положения в этой связи обычно включаются в контракты, заключенные непосредственно между государствами и иностранными инвесторами, недостаточен для демонстрации изменения обычных норм дипломатической защиты; в равной степени он может свидетельствовать об обратном»); *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, No. 10, p. 28; Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal, Case No. 002/19–09–2007-EEEC/OICJ (PTC38), *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 May 2010, para. 53 («массив государственной практики обычно не сопряжен с презумпцией о наличии *opinio juris*»).

²³ Summary record A/CN.4/SR.3223 (15 July 2014) (Mr. Murase).

²⁴ См. также A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 74; в этом пункте предполагается, что «применение этого правила к «нематериальной» практике может также служить гарантией того, что абстрактные заявления сами по себе не могут создавать право».

²⁵ H. Thirlway, «Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues», *Leiden Journal of International Law*, 28 (2015) (готовится к печати) (где он добавил, что «двухэлементная теория всегда подразумевает определенное наличие того, что может быть квалифицировано в качестве государственной практики и чего-либо, указывающего на то или из чего можно сделать вывод о том, что государства считают, что та или иная норма обычного права существует»). См. также M.H. Mendelson, «The Formation of Customary International Law», 272 *Recueil des cours* (1998), pp. 155, 206–207 («Однако необходимо избегать перечисления одного и того же деяния в качестве примера наличия как субъективного, так и объективного элемента. Если кто-либо придерживается «магистрального» мнения о том, что должны присутствовать оба элемента и, в частности, того, что субъективный элемент должен сопровождаться «реальной» практикой, то это должно всегда исключать констатацию того или иного заявления как одновременного деяния, так и выражения убеждения (или воли)»); M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), at pp. 136–141. В то же время «довольно часто оба элемента совпадают; даже в случаях, когда утверждалось о действительности теоретического различия между практикой и *opinio juris* [Международный] Суд их смешивал» (Pellet, выше, сноска 20, 827); однако см. A.G. Koroma, «The Application of International Law by the International Court of Justice», *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, Vol. 4 (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), at p. 101.

16. Зачастую международное обычное право характеризуется с точки зрения практики, закрепляющейся в праве с добавлением (сопутствующего) *opinio juris*. Вместе с тем все чаще признается, что, в то время как реальная практика, которую осуществляет государство, вполне может «представлять собой [] первоначальный фактор для учета»²⁶, не все нормы международного обычного права должны «вести свои корни от реального использования»²⁷. Иными словами, возможно, что признание того, что нечто может стать правом (нарождающееся *opinio juris*) может сначала сформироваться, а затем привести к практике, которая ее воплощает, в результате чего создается норма международного обычного права²⁸. Как подчеркнул представитель Южной Африки в Шестом комитете, при выявлении нормы международного обычного права «значение имеет наличие обоих элементов, а не их временной порядок»²⁹.

17. Двухэлементный подход, получивший широкую поддержку в Комиссии со стороны государств в контексте нынешней темы, а также в международной практике в более широком плане и в прецедентном праве, а также в литературе³⁰, применяется к формированию и выявлению всех норм международного обычного права. В то же время во втором докладе отмечалось, что «двухэлементный подход может по-разному применяться в разных областях [международного]

²⁶ Shaw, выше, сноска 22, at. p.54. См. также See also P. Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), pp. 195, 208 (со ссылкой на решение по делу о военной и полувоенной деятельности, в котором говорится, что «разумеется, что за этим анализом *opinio juris* стоит презумпция о наличии достаточной практики»).

²⁷ To borrow the words of H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (A.W. Sijthoff, 1972), at p. 68.

²⁸ Разумеется, что *opinio juris*, строго говоря, не может предшествовать практике, которую оно должно сопровождать: скорее может выражаться мнение о том, что такая норма должна существовать (или ошибочное мнение о ее существовании). Если впоследствии отмечается, что практика согласуется с этим мнением, то на нее будет легко ссылаться. В этом смысле *opinio* может, как это имело место, быть оформлено задним числом; однако когда оно было выражено, оно было лишь *opinio*, а не *opinio juris*. См. также K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), at p. 64–65; P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition (L.G.D.J., 2009), at p. 262 («Традиционно практика является источником *opinio juris*. Это повторение прецедентов по времени, которые формируют чувство наличия обязательства. При этом в определенных случаях это способствует изменению процесса: выражение «требование права»... ведет свое начало от практики, которая завершает процесс формирования нормы обычного права. «Цивилизованным обычаям» противопоставляется то, что называется обычаями «дикими»); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010), at pp. 80–85.

²⁹ Statement available online on the United Nations’ PaperSmart Portal <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>. Этот момент также подчеркивался во время прошлогодних обсуждений в Комиссии с участием г-на Парка, г-на Мураси и г-на Нолти (summary records A/CN.4/SR.3223 (15 July 2014), A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)). См. также A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Clarendon Press, 1986), at p. 180 («Разумеется, наличие двух элементов не требуется с самого начала»).

³⁰ A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункты 21–27. В ходе проходивших в Комиссии в 2014 году прений г-н Хуан объяснил, что «международное обычное право можно сравнить с человеческим существом, тело которого формирует общая практика, а душу *opinio juris*: иными словами, оба элемента имеют жизненно важное значение» (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)).

родного права] (или, точнее говоря, в отношении различных видов норм»)³¹. Это отражает имманентно гибкий характер международного обычного права и его роль в рамках международно-правовой системы. Соответственно, в некоторых случаях та или иная конкретная форма (или конкретные случаи) практики или конкретное свидетельство признания в качестве правовой нормы могут быть более релевантными, чем в других случаях; кроме того, оценка конститутивных элементов должна учитывать контекст, в котором возникла и будет функционировать предполагаемая норма³². В любом случае не следует иска-

³¹ A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 28. По словам г-на Штурмы «признание того, что в различных областях международного права влияние практики и *opinio juris* могут быть разными, по моему мнению, не подразумевает подмену единообразной теории международного обычая секторальными теориями обычая в таких областях, как стандарты в области прав человека, международное гуманитарное право, международное уголовное право и т.д.» (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)); см. также Mr. Park, Mr. Hassouna and Mr. Hmoud (summary records A/CN.4/SR.3223 (15 July 2014), A/CN.4/SR.3225 (17 July 2014), and A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)).

³² См. также L. Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), at pp. 147, 148 (указание на установление содержания международного обычного права, когда было отмечено, что «эти действия, состоящие из сбора доказательств для подтверждения социального воздействия рассматриваемых норм. Эти доказательства могут быть многочисленными, а их вес может быть также разным в различных ситуациях: иногда может требоваться продолжительный период времени, а в другое время доказательства могут функционировать синхронно. Во всех случаях они должны считаться достаточными, если они позволяют прийти к выводу о том, что соответствующая норма действительно оказывает социальное воздействие на международное сообщество. Короче говоря, искомая цель является единой и также существует единый метод для использования, однако пути достижения могут быть разными: более длительные и более сложные здесь, более быстрые там и порой, видимо, очень быстрые»); Thirlway, выше, сноска 25 («Разумеется, что возможно согласиться с тем, что как *opinio juris*, так и практика необходимы для установления обычной нормы в области прав человека, но при констатации того, что каждый элемент, особенно практика в этой специальной области может отличаться от практики, которая обычно требуется для установления обычая»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 230 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («Существуют некоторые области деятельности государств и международного права, в которых в силу самого их характера можно только с большими трудностями выработать нормы общего права, однако существуют другие, как старые, так и новые области, в которых это можно делать с большей легкостью»), а также at pp. 175, 176, 178 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Решение о том, существуют ли эти два фактора в процессе формирования нормы обычного права или нет — это деликатный и сложный вопрос... Каждый факт должен оцениваться относительно с учетом различных случаев и обстоятельств... Оценка факторов должна учитывать обстоятельства и, следовательно, быть гибкой; это требует применения теологического подхода... Короче говоря, процесс выработки нормы обычного права носит относительный характер с точки зрения порядка с учетом различных областей права, как я указывал выше. Временной фактор, а именно продолжительность существования обычая, является относительным; также обстоит дело с количественным фактором, а именно государственной практики. Каждый фактор для цели выработки нормы обычного права не должен оцениваться только с точки зрения случая и обстоятельств; однако формирование в целом должно рассматриваться как органический и динамический процесс. Мы не должны формализованно анализировать условия, необходимые для целей обычного права, и забывать о социальной необходимости, а именно о важности целей и задач, которые должны реализовываться с помощью рассматриваемых норм обычного права»); K. Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), pp. 1, 15 («Что касается этих путей и средств, установления

жать существенно важный характер международного обычного права в качестве общей практики, признанной в качестве правовой нормы³³.

18. Предлагается следующий проект пункта 2 проекта вывода 3[4]:

Проект вывода 3[4]

Оценка доказательств в отношении двух элементов

...

2. Наличие каждого элемента должно устанавливаться отдельно. Это, как правило, требует оценки конкретных доказательств в отношении каждого элемента.

III. Бездействие как практика и/или доказательство в качестве правовой нормы

19. Как указывалось во втором докладе, бездействие (также упоминаемое как пассивная практика, воздержание от совершения действия, молчание или упущение) «может иметь центральное значение для развития и установления норм международного обычного права»³⁴. С учетом обсуждений в 2014 году Специ-

уже существующего обычая, то невозможно составить полный перечень руководящих принципов»).

³³ См. также Thirlway, выше, сноска 27, at p.145 («Характер двух конститутивных элементов обычая может также развиваться при условии, что это развитие не искажает существенно важный характер обычая»); H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 *Recueil des cours* (1962), p. 49 («Существенно важная проблема в каждом случае... заключается в необходимости оценки последовательности, продолжительности и общности практики и их анализа с учетом других элементов, таких как политические, экономические и социальные соображения, которые мотивируют развитие практики. При этом судья или юрисконсульт правительства будут основываться на своих собственных знаниях, касающихся международных отношений, а также подходов и политики государств. Однако, в конечном счете, критерий должен быть всегда следующим: «практика, признанная в качестве правовой нормы?». Это особенно справедливо в международном сообществе, где те, кто участвуют в формировании обычая, — это суверенные государства, являющиеся теми структурами, которые принимают решения и вырабатывают нормы права в сообществе. Их признание практики в качестве правовой нормы самым непосредственным образом составляет существенно важную основу обычного права»). В этом контексте могут также быть актуальны высказывания Симмы и Паулюса: «До настоящего времени традиционные источники международного права демонстрировали достаточную гибкость для учета новых событий. Даже если они не согласуются с интеллектуальным стремлением к единству в международно-правовой системе, эти источники должны пройти проверку временем и получить широкое признание. Пока в обозримом будущем не появятся альтернативные правовые процессы, которые получат повсеместное признание, попросту должны действовать старые процессы. И все же, видение международного права, в большей степени отвечающего задаче реализации глобальных ценностей, по-прежнему согласуется с режимом традиционных источников... в той степени, в которой эти ценности получили „достаточное выражение в правовой форме“» (B. Simma, A.L. Paulus, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *American Journal of International Law*, 93 (1999), pp. 302, 316 (citation omitted)).

³⁴ A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 42. См. также проект вывода 6[7], пункт 1, принятого в предварительном порядке Редакционным комитетом в 2014 году (выше, сноска 9).

альный докладчик обещал продолжить разработку этого вопроса в настоящем докладе³⁵.

20. Бездействие также является одной из форм практики, которая (нося общий характер и в сочетании с признанием в качестве правовой нормы) может стать причиной возникновения нормы международного обычного права³⁶. В число хорошо известных примеров входит воздержание от осуществления защиты некоторых натурализованных лиц³⁷; воздержание от угрозы силы или ее применения против территориальной целостности или политической независимости любого государства³⁸; и воздержание от возбуждения уголовных разбирательств при определенных обстоятельствах³⁹. Даже в большей степени,

³⁵ A/69/10, выше, сноска 8, пункт 180.

³⁶ См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 99, para. 188 («Однако Суд должен убедиться в том, что в международном обычном праве существует *opinio juris*, в том что касается обязательного характера такого воздержания»); G.I. Tunkin, «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», *California Law Review*, 49 (1961), pp. 419, 421 («Без всякого сомнения, обычай воздерживаться от принятия мер при определенных обстоятельствах может привести к созданию нормы поведения, которая может быть облечена в форму юридической нормы. Очевидно, все вышесказанное относительно элементов повторения, времени и континуитета применяется в равной степени к практике в виде воздержания»); M. Akehurst, «Custom as a Source of International Law», *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), pp. 1, 10 («Государственная практика... может также включать бездействие и молчание со стороны государств»); G.M. Danilenko, «The Theory of International Customary Law», *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), pp. 9, 28 («обычное или привычное воздержание от принятия конкретных мер может представлять собой практику, ведущую к формированию нормы, устанавливающей обязанность воздерживаться от принятия таких мер в аналогичных ситуациях, т.е. практику, устанавливающую запретительную норму международного права»); J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I (Cambridge University Press, 2005), at pp. xlv-xlvi («Если практика в значительной степени состоит из воздержания в сочетании с молчанием, то возникнет необходимость установления некоторых указаний на то, что воздержание основывается на законной надежде в этом отношении со стороны международного сообщества»); M. Mendelson, «State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims», в *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally* (Pedone, 1991), at pp. 373–382; Koroma, выше, сноска 25, at p. 93; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, §102, comment b («Бездействие может отражать государственную практику»).

³⁷ *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22.

³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 99, para. 188.

³⁹ *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, No. 10, p. 28. См. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 253, para. 65 (Суд ссылается на сторонников запрета, пытающихся опираться «последовательную практику неприменения ядерного оружия государствами»); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 135, para. 77 («Почти полное отсутствие судебной практики об обратном также играет важную роль, как и отсутствие каких-либо заявлений со стороны государств»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 134 (Отдельное мнение судьи Петрена, в котором отмечается практика непризнания, когда указывается на то, что термин «подразумевает не позитивные действия, а воздержание от действий, свидетельствующих

чем другие формы практики, бездействие порой сложно выявить или квалифицировать; в любом случае, как и с другими формами практики, «одно доказательство ... предполагаемых упущений, составляющих государственную практику, не устраняет необходимость толкования таких ... упущений» для тестирования и проверки того, являются ли они на деле признанными в качестве правовой нормы⁴⁰. Когда такое признание невозможно четко установить, бездействие может терминологически обозначаться как «неопределенное упущение»⁴¹.

21. Бездействие может также служить доказательством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), когда оно имеет совпадения в определенной практике. А именно — для целей выявления наличия той или иной нормы международного обычного права — бездействие иного рода⁴²: по существу, здесь мы говорим о терпимом отношении того или иного государства по отношению к практике другого государства или других государств в обстоятельствах, которые свидетельствуют о том, что государство, решающее не действовать, считает, что такая практика согласуется с международным правом⁴³. Такое молчаливое признание, по словам камеры Международного Суда,

о признании»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 221 (Dissenting Opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 198, 199 (Отдельное мнение судьи Джессепа, где указывается на госдепартамент Соединенных Штатов, который отказался выступать от имени одной из американских компаний, и на Соединенные Штаты, не выдвинувшие определенный аргумент в качестве основы для противодействия претензии в межгосударственном споре).

⁴⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 423 (Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen). Во время прений в Шестом комитете в 2014 году Ирландия высказала идею о том, что «контекст является особенно важным при оценке бездействия в качестве формы практики и, по всей видимости, играет большую роль, чем при оценке других форм практики» (statement available online on the United Nations' PaperSmart Portal, <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>).

⁴¹ Thirlway, выше, сноска 18, at p. 61.

⁴² Эту мысль г-н Хмуд изложил следующим образом: «В то время как признано, что бездействие может рассматриваться в качестве негативного действия, должно существовать различие между бездействием как поведением, которое относится к объективному элементу (практике), и бездействием как свидетельством молчаливого согласия, что подпадает под вторую категорию субъективного элемента» (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)). См. также Mr. Forteau's intervention in the Commission's debate in 2014 (summary record A/CN.4/SR.3225, 17 July 2014); Danilenko, выше, сноска 36, at pp. 28–29 (Под категорией «пассивной» или «негативной» практики может пониматься практика [двух различных видов]).

⁴³ Как Специальный докладчик по статье 24 Положения о Комиссии международного права Мэнли О. Хадсон указал на «общее молчаливое признание в практике других государств» как на элемент, необходимый для возникновения нормы международного обычного права (Article 24 of the Statute of the International Law Commission – Working Paper by Manley O. Hudson, A/CN.4/16 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (1950), p. 26); в других работах он ссылается на необходимые элементы международного обычного права как «согласующиеся и повторяющиеся меры различных государств в сфере международных отношений, при том понимании, что в каждом случае такая мера предписывается законом, а другие государства не оспаривали это понимание в соответствующее время» (M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942* (Macmillan, 1943), at p. 609). См., например, Special Tribunal for Lebanon, Case No. CH/AC/2010/02, Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and

в деле о *Заливе Мэн* «эквивалентно молчаливому признанию, проявленному в форме одностороннего поведения, которое другая сторона может толковать как согласие»⁴⁴.

Standing (Appeals Chamber), para. 47 («Сочетание череды решений в этой области [имманентных полномочий судей судов и трибуналов] в сочетании с имплицитным признанием или молчаливым согласием всех соответствующих международных субъектов четко свидетельствует о наличии практики и *opinio juris*, необходимых для констатации возникновения обычной нормы международного права»); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (Argentinian Supreme Court), causa No 16.063/94, 2 November 1995, para. 90. См. также K. Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», *ZaōRV*, 31 (1971), pp. 810, 838 («Признание права одним государством или государствами, терпимое отношение или допущение со стороны других относительно того, что первое/первые имеют право на это, подчинение обязательству — это явления, которые свидетельствуют о том, что государства считают, что они перешли из сферы фактов в сферу права»); Shaw, выше, сноска 22, at p. 64 («когда государства рассматриваются как молчаливо соглашающиеся с поведением других государств, не протестуя против этого, и следует предполагать, что это поведение признается в качестве легитимного»); M. Akehurst, выше, сноска 36, at p. 39 («если с действиями некоторых государств (или притязаниями на то, что они имеют право действовать) другие государства молчаливо соглашаются, то возникает диспозитивная норма международного права; если они наталкиваются на протест, то легитимность оспариваемых действий, по меньшей мере, вызывает сомнение»); H. Meijers, «How is International Law Made? — The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules», *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), pp. 3, 4–5 («бездействие имеет место наряду с активным... отсутствием протеста — отсутствием явного возражения по отношению к развитию новой нормы, и этого достаточно для создания нормы обычного права (и обязательства соблюдать ее)»). МакГиббон отметил, что молчаливое согласие «... свидетельствует о позитивной степени контролируемой гибкости по отношению к процессу формирования норм международного обычного права» (I.C. MacGibbon, «Customary International Law and Acquiescence», *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), pp. 115, 145 (где, однако, он излагает особое мнение относительно взаимосвязи между *opinio juris* и молчаливым признанием)).

⁴⁴ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 305, para. 130. В нынешнем контексте понятие бездействия как последовательность основывается на идеях молчаливого согласия и эстоппеля в международном праве, которые обычно применимы в двустороннем контексте; хотя, по всей видимости, такая аналогия может не быть точной, она, тем не менее, может быть полезной. См. также MacGibbon, «The Scope of Acquiescence in International Law», *British Yearbook of International Law*, 31 (1954), pp. 143, 145 («Функция молчаливого признания может приравниваться к функции согласия, которое было охарактеризовано профессором Смитом как «законодательный процесс в области международного права»; он представляет собой процедуру, позволяющую установить легальность норм, которые ранее находились в процессе развития, и прав, которые ранее находились в процессе консолидации ... ее ценность, главным образом, заключается в том, что она выполняет функцию как форму признания легальности и оправдания нелегальности, а также устанавливает критерий, являющийся как объективным, так и практическим»); N.S. Marques Antunes, «Acquiescence», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 («В международном праве термин «молчаливое признание» от латинского слова *quiescere* (неизменный) — обозначает согласие. Он касается согласия в молчаливой форме, выраженного государством в одностороннем порядке посредством молчания или бездействия в обстоятельствах, когда требовалась бы реакция в форме несогласия или возражения в связи с поведением другого государства. Таким образом, молчаливое согласие представляет собой согласие, выводимое из юридически релевантного молчания или бездействия»).

22. Поскольку могут существовать различные причины для отказа от действий или непринятия мер, включая отсутствие возможности сделать это или отсутствие прямой заинтересованности⁴⁵, не каждый случай бездействия будет равнозначен наличию согласованного мнения: только «квалифицированное молчание»⁴⁶, о котором подробно говорится в следующих пунктах, может толковаться как согласие в соответствующей практике⁴⁷. В общем, толкование понятия «бездействие» должно производиться «релятивно с учетом конкретной (последовательности) фактов и отношений между вовлеченными государствами»⁴⁸.

23. Во-первых, бездействие может быть релевантным лишь для установления согласия, когда необходима реакция на релевантную практику: как заявил Международный Суд в деле *Малайзия/Сингапур* «отсутствие реакции вполне может приравниваться к молчаливому признанию ... Т.е. молчание также может иметь значение, однако только в том случае, когда от другого государства

⁴⁵ Аналогичным образом, Киттичайсари утверждал, что «можно выдвигать много обоснованных разъяснений в отношении отказа протестовать, межгосударственные нарушения, иные, чем убеждения в легальности действия», и г-жа Якобсон подчеркнула, что «возможно, что бездействие может являться свидетельством признания в качестве правовой нормы, но при этом и обратное может быть справедливым, а именно, что бездействие не может толковаться как признание» (summary records A/CN.4/SR.3225 and A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014), respectively). См. также Crawford, выше, сноска 20, at p.25 («Молчание может означать либо молчаливое согласие, либо просто отсутствие интереса по отношению к тому или иному вопросу»); Shaw, сноска 22, at p. 57 («Непринятие мер является само по себе таким же свидетельством отношения государств, что и их действия. Аналогичным образом, они отражают то, как то или иное государство относится к своей окружающей среде ... Отказ от принятия мер может вытекать либо из юридического обязательства не принимать мер, либо из неспособности или нежелания действовать в каких-либо конкретных обстоятельствах»). *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («То, что порой нератификация может быть вызвана факторами, иными, чем активное неодобрение соответствующей конвенции, вряд ли может служить основанием, из которого можно имплицитно выводить позитивное признание заложенных в ней принципов: причины являются гипотетическими, однако факты остаются»).

⁴⁶ M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), at p. 39.

⁴⁷ См. также MacGibbon, выше сноска 44, at p. 183 («Для исключения ее применения к обстоятельствам, которые не требуют того, а также для обеспечения в случае необходимости, ее признания, доктрина [молчаливого признания] оговаривается некоторыми необходимыми гарантиями»).

⁴⁸ Marques Antunes, выше, сноска 44, at para. 19. См. также I. Brownlie, “Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom”, в *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Vol. I (2004), at pp. 313, 315 («Составляющее меньшинство ученых утверждали, что в случае Совета Безопасности неспособность осудить то или иное конкретное действие государства представляет собой одобрение соответствующего действия. Это чрезмерно упрощенческий подход. Все зависит от контекста и точного содержания материалов обсуждений. Отказ от явного выражения несогласия с поведением того или иного государства может иметь целый ряд процедурных и политических причин, не связанных с вопросом о легитимности»).

требуется реакция»⁴⁹. Это подразумевает, что соответствующая практика может быть практикой, которая затрагивает интересы или права государства, не принявшего меры или отказавшегося от их принятия⁵⁰, в то же время была вы-

⁴⁹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 12, at pp. 50–51, para. 121 («в контексте установления суверенитета). По словам г-жи Эскобар Эрнандес «бездействие должно оцениваться в свете смежных обстоятельств и с особым учетом того, можно ли было разумно полагать, что государство должно было действовать» (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)). См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 130, para. 31 (Separate Opinion of Judge Ammoun); M. Bos, «The Identification of Custom in International Law», *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), pp. 9, 37 («следует особо подчеркнуть, что молчание не всегда может означать молчаливое согласие: нельзя рассчитывать на то, что государства обязаны постоянно протестовать против действий, которые их не устраивают. Для наступления правовых последствий должны существовать обоснованные причины, требующие принятия определенных мер»); MacGibbon, выше, сноска 44, at p. 143 («Молчаливое признание, таким образом, принимает форму молчания или отсутствия протеста в обстоятельствах, которые обычно требуют целенаправленной реакции, означающей возражение»). Следует напомнить о том, что в проекте вывода 9(2) проекта выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2014 году, предусматривается, что «Молчание со стороны одной или нескольких сторон может представлять собой признание последующей практики, когда обстоятельства требуют определенной реакции» (доклад Комиссии, 2014 год, пункты 75 и 76).

⁵⁰ См. также текст выступления Греции в ходе прений в Шестом комитете в 2014 году о работе Комиссии, с которым можно ознакомиться по адресу: United Nations' PaperSmart Portal, <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>> («Это сознательное бездействие заинтересованного государства применительно к рассматриваемой практике, часто рассматриваемой в связи с тем или иным деянием, предложением или утверждением другого государства, требующим реакции, которое может быть релевантным, а не только представлять собой любую форму бездействия»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 229 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («...[государства, которые] молчаливо согласились на [практике], когда столкнулись с законодательными акциями других государств, затрагивающих их»); G.I. Tunkin (L.N. Shestakov, ed., W.E. Butler, ed., trans.), *Theory of International Law* (Wildy, Simmonds & Hill, 2003), at p. 139 («Несомненно, что не каждое молчание может рассматриваться в качестве согласия. Особенно в тех случаях, когда соответствующее формирование той или иной обычной нормы не затрагивает интересы того или иного государства в то или иное конкретное время, его молчание не может рассматриваться как молчаливое признание этой нормы. Однако в тех случаях, когда формирующаяся норма затрагивает интересы того или иного конкретного государства, отсутствие возражений по прошествии достаточного времени может, как правило, рассматриваться как молчаливое признание этой нормы»); Akehurst, выше, сноска 36, at p. 40 («Отказ от протеста в отношении того или иного утверждения *in abstracto* относительно содержания обычного права играет менее значимую роль, чем отказ от протеста против конкретных мер, принятых государством в том или ином конкретном случае, которые непосредственно влияют на интересы другого государства»); Danilenko, выше, сноска 18, at p. 108 («Согласно действующему международному праву отсутствие протестов подразумевает молчаливое согласие только в том случае, если практика затрагивает интересы и права бездействующего государства... Установление факта соблюдения... [этого] требования, как правило, сопряжено с оценкой конкретных характеристик практики, учитывающей, в частности, сферу охвата и предметы регулирования того или иного положения. Как правило, могут учитываться не только прямые, но и косвенные интересы»); Skubiszewski, выше, сноска 43, at p. 846 («Подход, заключающийся в простой терпимости, т.е. в отсутствии протеста в связи с отсутствием явно выраженного согласия или молчаливого согласия, достаточен, когда претензии, выдвигаемые участниками практики, не создают какие-либо обязанности для неучаствующих сторон... Однако, когда коррелятивная обязанность вытекает из права,

сказана идея о том, что «в областях отношений, затрагивающих общие интересы всего человечества, наличие общей заинтересованности всех государств может служить достаточным основанием для предположения о том, что отсутствие протестов подразумевает молчаливое согласие»⁵¹.

24. Во-вторых, государство, на бездействие которого пытаются положиться при определении того, сформировалась ли та или иная форма международного обычного права, должно реально быть осведомлено о рассматриваемой практике или же обстоятельства должны быть таковыми, чтобы соответствующее государство считалось государством, осведомленным о ней⁵².

25. В-третьих, в связи с требованием об осведомленности о рассматриваемой практике необходимо, чтобы бездействие имело место в течение достаточного периода времени⁵³.

основанного на практике, отношение неучаствующих сторон — в целях содействия созданию обычая — должно носить более явно выраженный характер. А именно это должно быть либо явно выраженное согласие, либо безоговорочное молчаливое признание»).

⁵¹ Danilenko, выше, сноска 18, at p. 108.

⁵² См. также *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at pp. 138–139; Shaw, выше, сноска 22, at p. 58 («молчаливое согласие должно быть основано на полной осведомленности о [предполагаемой] соответствующей норме. Если непринятие мер определенным образом связано с или вызвано, или сопровождается отсутствием знания всех соответствующих обязательств, то тогда это нельзя толковать как молчаливое согласие»); J.I. Charney, «Universal International Law», *American Journal of International Law*, 87 (1993), pp. 529, 536 («принятие может быть установлено в силу молчаливого признания. Зачастую молчаливое признание государств не приравнивается к осведомленности или добровольному согласию. Для того чтобы молчаливое признание обрело этот статус, государство должно быть осведомлено о предмете согласия и должно знать, что возражение будет воспринято в качестве признания. Таким образом, молчаливое согласие, если оно имеет обязательную силу, должно быть равнозначным реальному согласию, но согласию, выраженному посредством непринятия мер в отличие от их принятия»); Akehurst, выше, сноска 36, at p. 39 («действия или притязания одного государства, о которых можно предполагать, что другие государства не знали, имеет очень малую силу, и нельзя сделать какой-либо вывод на основании отсутствия протеста в отношении таких действий или притязаний»); Villiger, выше, сноска 46, at p. 39 («Разумеется, что пассивное поведение может приравниваться лишь к условному молчанию, если государство знает о практике других государств и о (формирующейся) обычной норме»). В деле о *Заливе Мэн* Канада утверждала, что «суть принципа молчаливого признания заключается в том, что правительство осведомлено (действительно или подразумеваемо) о поведении или притязаниях на права других соответствующих правительств, и его незаявление протеста о том, что это поведение или претензии на права... Знание в сочетании с молчанием воспринимается как молчаливое признание» (*I.C.J. Pleadings*, Vol. V, 81–82). Аранджо-Руис предположил, что «особенно в наше время любое действие или бездействие государства во всем мире становится мгновенно известным» (G. Arangio-Ruiz, «Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of ‘Spontaneous’ International Custom», в N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), at pp. 93, 100).

⁵³ См. также *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at pp. 310–311, para. 151 («период слишком краток, для того чтобы оказать юридическое воздействие»); *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138 («общая терпимость иностранных государств по отношению к норвежской практике является неоспоримым фактом. В течение более шестидесяти лет само правительство Соединенного Королевства не возражало против нее»); Meijers, выше, сноска 43, at pp. 23–24 («у всех государств, которые могут быть

26. Предлагается следующая возможная формулировка проекта вывода 11(3) во втором докладе (который еще не был рассмотрен Редакционным комитетом):

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

...

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

IV. Роль договоров и резолюций

27. Практическая важность для целей формирования и выявления международного обычного права договоров и разработки договоров (особенно многосторонних договоров), а также резолюций международных организаций и конференций, хорошо признана. С развитием международных организаций и кодификации международного права международное обычное право «во все большей степени характеризовалось наличием связи между ним и писаными текстами»⁵⁴. По мнению судьи Томки, «все чаще выражаемые юридические в

связаны обязательствами в силу их бездействия, должно быть время, необходимое для недопущения имплицитного признания посредством возражения против нормы»); A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), at p. 94 («сама терпимость не является тем же, что признание практики в качестве права... Существуют последствия в отношении доктрины молчаливого признания, и бремя доказывания является весьма значительным, предполагающим длительное последовательное бездействие в сочетании с осознанием юридических изменений»); I. Sinclair, "Estoppel and Acquiescence", in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), at pp. 104, 120 («Суд проявил мудрость и сдержанность, установив требование о том, что поведение, которое может, предположительно, приравниваться к молчаливому согласию, должно осуществляться на протяжении определенного периода времени»).

⁵⁴ T. Treves, "Customary International Law", в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 (который в пункте 25 также добавляет, что «интенсификация практики в рамках международных организаций и конференций, принятие многосторонних договоров и наличие и деятельность специализированных международных трибуналов способствовали ускорению формирования обычных норм в этих и других областях»). См. также *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 291 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Появление организаций, таких как Лига Наций и Организация Объединенных Наций, вместе с их учреждениями и смежными институтами, замещающими важную часть традиционного индивидуалистического метода международных переговоров методом «парламентской дипломатии» (*Judgment on the South West Africa cases, I.C.J. Reports 1962*, p. 346) обязательно оказывает влияние на порядок выработки норм международного обычного права); J. Charney, "Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law", in *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), p. 23 («В то время как обычное право по-прежнему формируется традиционным образом, этот процесс во все большей степени в недавние годы приобрел более структурированный характер... Зачастую развитие событий в области международного права ведет свое начало или получает существенную поддержку благодаря предложениям, докладом, резолюциям, договорам или протоколам, обсуждаемым на таких [многосторонних] форумах»);

четкой письменной форме мнения — в виде договоров, кодификационных материалов, резолюций и т.д. — значительно повлияли на порядок возможного установления норм международного обычного права»⁵⁵.

28. Такие письменные тексты могут отражать уже существующие нормы международного обычного права (кодификация *lex lata*); они могут быть направлены на разъяснение или развитие права (прогрессивное развитие); или же они могут излагать то, что станет новым правом. Поэтому зачастую необходимо «не разъяснять норму права, а определять, соответствует ли на деле ясно выраженная норма, изложенная в [письменном] документе, обычному праву»⁵⁶.

29. При изучении письменных текстов, таких как договоры и резолюции для целей выявления норм международного обычного права следует проявлять

J. Barboza, “The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly”, in C.A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda* (Kluwer Law International, 2000), at pp. 1, 14 («В настоящее время обычаи, как правило, формируются в результате включения в тексты сводов документов, отражающих действующую практику»); Danilenko, выше, сноска 18, at pp. 79–80, («Возникновение в рамках международных конференций и организаций новых форм государственной практики, состоящей исключительно из устных заявлений и деклараций, ведет к во все большей степени «формализации» процесса обычного нормообразования. Такая практика может устанавливать широкий консенсус, который определяет параметры предпочитаемого поведения государств до формирования реальной практики и, тем самым, сказывается на последующем развитии событий. Такой модифицированный обычный «переговорный» процесс делает более осязаемыми элементы сознательной воли, направленной на создание или модификацию обычно-правовых обязательств»); S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West, 2012), at p. 98 («Важной динамикой в рамках международного права является порядок, в котором формируются договоры и развивается международное обычное право»); Condorelli, выше, сноска 32, at p. 151 («в наше время все чаще и чаще международный обычай воспринимается в качестве “*consuetudo scripta*”: мы усматриваем в этом широкую взаимосвязь между общими нормами обычного права и нормами права, зафиксированными в крупных международных конвенциях (в основном) универсального характера»); O. Corten, *Méthologie du droit international public* (Editions de l’Université de Bruxelles, 2009), at pp. 161–178 (“Les sources documentaires pertinentes en vue de l’établissement d’une règle coutumière”).

⁵⁵ Tomka, выше, сноска 26, , at p. 196 (где он указывает на порядок, который применяет Международный Суд в отношении выявления содержания той или иной обычной нормы, и добавляет на стр. 215 текста на английском языке, что «ландшафт международного права значительно изменился после того, как международный обычай был сначала определен в качестве общей практики, признанной в качестве правовой нормы. Самое важное состоит в том, что содержание международного права во все большей степени определялось посредством принятия имеющих обязательную и необязательную силу документов, направленных на кодификацию норм международного права»). См. также G. Gaja, 364 *Recueil des cours* (2012), pp. 37, 38, 39 («Вместо скрупулезного анализа подходов государств [Международный] Суд часто полагается на текст, который является в определенной степени авторитетным... Во многих случаях рассматриваемый текст является кодификационной конвенцией, даже если он неприменим в качестве договора по отношению к рассматриваемому спору... Имеются несколько решений Суда, в которых воспринимается в качестве авторитетных — для целей установления наличия той или иной нормы обычного права — декларация Генеральной Ассамблеи или конференции государств»).

⁵⁶ Tomka, выше, сноска 26 (ссылка на кодификационные конвенции).

осторожность⁵⁷. Как будет указано ниже, необходимо рассмотреть и взвесить все смежные обстоятельства.

30. В нижеследующих подразделах будут рассматриваться две формы письменных текстов, принятых государствами, на которые часто ссылались при выявлении норм международного обычного права. Аналогичные соображения могут применяться по отношению к другим письменным текстам, таким как тексты, разработанные Комиссией международного права, особенно в том случае, когда они также являлись объектом действий государств.

А. Договоры

31. В проекте вывода 4[5], пункт 2, в предварительном порядке принятом Редакционным комитетом в 2014 году, положения о «деяниях в связи с договорами» включены в перечень форм, которые может принимать государственная практика⁵⁸. Проект вывода 11 во втором докладе (который еще не рассмотрен Редакционным комитетом) включает в себя «договорную практику» в число

⁵⁷ См. также *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. 97–98, para. 184 («Сам тот факт, что государства заявляют, что они признают некоторые нормы, не является достаточным для того, чтобы Суд рассматривал их как часть международного обычного права и применимые как таковые по отношению к этим государствам. В силу статьи 38 своего Статута Суд, в частности, применяет международный обычай «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», и Суд не может игнорировать существенно важную роль, которую играет общая практика... в области международного обычного права, и общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен сам убедиться в том, что существование нормы в форме *opinio juris* государств подтверждено практикой»); I. Sinclair, «The Impact of the Unratified Codification Convention», in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 211, 220 («сложные соображения... должны быть учтены при определении того, закреплена ли и, в случае положительного ответа, в какой степени, новая норма в кодификационной конвенции, которая может рассматриваться в качестве выражения существующей или формирующейся нормы обычного права. Любая такая норма должна быть проанализирована в ее контексте и в свете обстоятельств, связанных с ее принятием. Она также должна рассматриваться на фоне того, что может представлять собой стремительно развивающуюся государственную практику по смыслу новой нормы»); O. Schachter, «Entangled Treaty and Custom», in Y. Dinstein, M. Tabor (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), at pp. 717, 721, 730–731 («...необходимо проявлять осторожность в отношении договорных норм. Следует оценивать различные факторы при анализе доказательства наличия *opinio juris*. Во многих случаях отчеты об обсуждениях, мнения экспертов, а также скрупулезный анализ рассматриваемых норм позволяют выносить судебное решение относительно наличия общего убеждения о существовании норм в качестве части обычного права, имеющего обязательную силу для всех государств. Важной лакуной является то, что выводы относительно общего *opinio juris* не могут основываться только на мнениях численного большинства. Существенно важный элемент заключается в том, что сообщество государств выражает мнение тех государств, которые особо заинтересованы в рассматриваемом вопросе, и тех государств, которые могут и решили придать силу своему убеждению относительно рассматриваемого юридического обязательства»).

⁵⁸ *Interim report of the Chairman of the Drafting Committee*, 7 August 2014, annex; см. также A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 41(h).

форм доказательств признания общей практики в качестве правовой нормы⁵⁹. В ходе прений в Комиссии и в Шестом комитете в 2014 году было высказано предложение о необходимости дальнейшего рассмотрения в третьем докладе вопроса о роли договоров. В то время как в связи с взаимодействием между договорами и международным обычным правом возникает ряд важных вопросов, в нынешнем контексте нас интересует релевантность договоров и разработки договоров по отношению к формированию и выявлению международного обычного права.

32. Вопрос о релевантности договоров по отношению к выявлению международного обычного права время от времени рассматривался Комиссией, на что указывалось в подготовленном Секретариатом меморандуме⁶⁰. Действительно, еще в своем подготовленном в 1950 году докладе Генеральной Ассамблеи Комиссия заявила следующее:

«Принцип или норма международного обычного права могут быть закреплены в двустороннем или многостороннем соглашении, с тем чтобы в установленных пределах обеспечивать государствам-участникам конвенционную силу соглашения до тех пор, пока оно действует; вместе с тем оно или она будут по-прежнему иметь обязательную силу для других государств как принцип или норма международного обычного права. В действительности, нередки случаи, когда конвенционное формулирование практики некоторыми государствами также учитывается другими государствами в попытке установления существования той или иной нормы международного обычного права. Даже многосторонние конвенции, которые были подписаны, но не вступили в силу, часто рассматриваются как играющие определенную роль в качестве доказательства международного обычного права. Поэтому для нынешних целей Комиссия считает целесообразным учитывать наличие материалов конвенционного международного права в связи с ее рассмотрением вопроса о путях и средствах более удобного выявления доказательств наличия норм международного обычного права»⁶¹.

33. Сами по себе положения договоров не являются нормами международного обычного права⁶², однако они, будучи «ясным выражением воли госу-

⁵⁹ A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 76(f).

⁶⁰ Меморандум Секретариата, пункт 23 (сноска 55) и пункт 29 (сноска 84).

⁶¹ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, Vol. II, p. 268, para. 19.

⁶² См. также A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), at p. 236 («поддержка той или иной договорной нормы, сколь бы универсальной она ни являлась, сама по себе не может создавать «мгновенное» право. Такие [нормоустановительные] договоры будут создавать новое право только, если будет существовать поддержка в виде последовательной и репрезентативной государственной практики на протяжении определенного периода времени. Такая практика может в надлежащих случаях заключаться, главным образом, в молчаливом признании или отсутствии непоследовательной практики»); R. Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», 205 *Recueil des cours* (1987), pp. 265, 272 («Я считаю, что, по меньшей мере, можно с уверенностью сделать одно следующее заявление: если только существует договорная норма и если она не поддерживается каким-либо дополнительным доказательством, этого недостаточно для возникновения обычной нормы. Положения в том или ином договоре могут считаться как выражающие обычные нормы только в случае установления наличия дополнительных элементов государственной практики, поддерживаемой *opinio juris*»); Schachter, выше, сноска 57, at p. 723 («Разумеется, суды

дарств»⁶³, могут представлять собой ценное доказательство наличия (или отсутствия) и содержания таких норм⁶⁴. В частности, они могут содержать отно-

или ученые не поддерживают вывод о том, что договор становится частью обычного права исключительно в силу его заключения или вступления в силу»).

⁶³ I.F.I. Shihata, "The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument", *Revue égyptienne de droit international*, 22 (1966), pp. 51, 73.

⁶⁴ См. KAING Guek Eav alias Duch, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 94 («Следует признать, что договорное право и международное обычное право зачастую взаимно поддерживают и дополняют друг друга. Как таковое, договорное право может служить доказательством наличия международного обычного права либо в силу выражения *opinio juris* государств-участников, либо в силу изложения применимого международного обычного права, которое уже сложилось к моменту принятия договора»); Villiger, выше, сноска 46, at p. 132 («Тексты конвенции могут, хотя и не всегда, *являться доказательством наличия той или иной обычной нормы*. Подобно кодексам и резолюциям, такие тексты просто отражают или декларируют, но (с учетом независимого характера источника) в реальности не представляют основную обычную норму, существование которой зависит от других условий, связанных с государственной практикой и *opinio juris*, и не требует дополнительной договорной основы для установления ее обязательной силы»); Shihata, выше, сноска 63, at p. 89 («Фактически, каждый договор имеет свою определенную доказательную силу, помимо его контрактных ограничений. Эта сила отличается по своей степени между различными договорами, однако диапазон различия не является столь широким, с тем чтобы лишить тот или иной договор всей доказательственной силы или придать ему самому силу окончательного доказательства»); J.I. Charney, "International Agreements and the Development of Customary International Law", *Washington Law Review*, 61 (1986), pp. 971, 990 («Конференции, которые проводились для обсуждения международных соглашений, являются средством, с помощью которого государства излагают свои мнения для цели выработки норм права. Соглашения, достигнутые на таких форумах, действительно меняют мнения государств об их правах и обязанностях. Если бы этот процесс был irrelevantным по отношению к развитию обычного права, то некоторые правовые нормы могли бы быть заморожены во времени и не отражать движение в ходе международных переговоров. Разрыв, который может сформироваться между обычным и договорным правом, мог бы осложнить межгосударственные отношения»); I.L. Lukashuk, "Customary Norms in Contemporary International Law", в J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), at pp. 487, 499 («Содержание многосторонних и двусторонних договоров представляет собой наиболее яркое и авторитетное доказательство, конкретно касающееся юридической практики»); A.M. Weisburd, "Customary international Law: The Problem of Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), pp. 1, 5 («Договоры, подобно статутам, являются юридическими документами, в большей или меньшей степени точно сформулированными, с которыми можно довольно легко ознакомиться. Чем большее значение придается им в процессе определения наличия норм обычного права, тем легче проводить подобное определение»); R.R. Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-66), pp. 275, 278 («Договор, участником которого является значительное число государств, должен учитываться как чрезвычайно важное свидетельство наличия правовых норм. Разумеется, что, как и в случае любой нормы, выведенной из государственной практики нескольких государств, сила предполагаемой нормы увеличивается или уменьшается в зависимости от наличия или отсутствия коллидирующей практики со стороны других государств»); K. Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", в J. Klabbbers, R. Lefebvre (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays In Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pp. 31, 36 («Создание международных обычных норм является сложной задачей, в решении которой договоры играют весьма важную роль»; кроме того, «доказательственная роль договоров тесно связана с их ролью в процессе формирования обычая»).

сительно точные формулировки возможных обычных норм и отражать мнения государств относительно их характера (по меньшей мере на момент заключения соответствующего договора)⁶⁵. Таким образом, договоры могут позволять предварительно рассматривать вопрос о том, «была ли выявлена та или иная обычная норма, применимая к делу, до принятия вывода о необходимости анализа первичных доказательств наличия обычая *de novo*»⁶⁶; так, Международный Суд заявил, что он «может и должен принимать их во внимание при установлении содержания международного обычного права»⁶⁷.

34. Одни лишь договорные тексты не могут служить в качестве неопровержимого доказательства применительно к существованию или содержанию норм международного обычного права: независимо от той роли, которую тот или иной договор может играть по отношению к международному обычному праву (см. ниже), в целях установления наличия нормы международного обычного права, зафиксированной в письменном тексте, эта норма должна иметь поддержку в форме внешних проявлений практики в сочетании с признанием в

⁶⁵ См. также Baxter, выше, сноска 64, at pp. 278, 297 («Поскольку в договоре отражается одно, а не [много] мнений, он является гораздо более четким и непосредственным доказательством состояния права, чем противоречащие друг другу, неопределенные и многотемпоральные доказательства, которые могут быть собраны посредством анализа практики каждого отдельного [подписавшего договор] государства... структура договорного права является более убедительной и авторитетной, чем структура, сформированная на основе различных и беспорядочных материалов государственной практики»); Schachter, выше, сноска 57, at p. 721–722 («Доступность договора — его буква — это важный практический фактор»); J. Kirchner, «Thoughts About a Methodology of Customary International Law», *Austrian Journal of Public and International Law*, 43 (1992), pp. 215, 231 («В любом случае договоры могут содержать в себе массив формулировок той или иной возможной нормы. Они облегчают задачу [Международного] Суда, заключающуюся в формулировании проектов рассматриваемых обычных норм. Это необходимо для того, чтобы избежать трудоемкой задачи формирования общих норм на основе последовательности индивидуальных актов. Вместо того Суд может сопоставлять государственную практику с содержанием нормы, которая была разработана ранее»).

⁶⁶ Томка, выше, сноска 26, at p. 201 (где на стр. 206 текста на английском языке добавляется, что «при наличии кодификации Суд скорее занимается не выявлением сущности той или иной нормы на основе практики посредством простой индукции, а рассмотрением вопроса о том, поддерживают ли проявления практики изложенную в письменной форме норму»).

⁶⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports* 1986, p. 14, at p.97, para. 183 (сделав вывод о том, что между рассматриваемыми договорами и международным обычным правом имеется значительное частичное дублирование, Суд заявил о том, что «не должен выпускать из виду Устав Организации Объединенных Наций и Устав Организации американских государств, несмотря на действие многосторонней договорной оговорки ... Суд ... может и должен учитывать их при установлении содержания международного обычного права»). См. также *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1985, p. 13, at p. 30 («нельзя отрицать, что Конвенция 1982 года играет важнейшую роль, будучи принятой подавляющим большинством государств; поэтому совершенно ясно, что Суд обязан даже независимо от ссылок на Конвенцию Сторон рассмотреть вопрос о том, в какой степени любые из ее релевантных положений являются обязательными для сторон в качестве нормы международного обычного права»).

качестве правовой нормы⁶⁸. Согласно решению по делу *О континентальном шельфе (Мальта против Ливийской Арабской Джамахирии)* и, разумеется, «аксиоматично, что массив международного обычного права должен анализироваться в первую очередь в рамках реальной практики и *opinio juris* государств, даже если международные конвенции могут играть важную роль в фиксации и определении норм, вытекающих из обычая, или в реальном их развитии»⁶⁹.

35. Существуют по меньшей мере три способа, посредством которых какое-либо договорное положение может отражать или начинать отражать ту или иную норму международного обычного права⁷⁰ или, иными словами, может содействовать определению наличия и содержания нормы: положение может а) кодифицировать норму, которая существует на момент заключения договора; б) может привести к упрочению нормы, которая может находиться в процессе формирования; и с) привести к формированию общей практики, признанной в качестве правовой нормы, то есть означать, что новая норма международного обычного права возникает. Хотя целесообразно обратить внимание на эти три различных процесса, в том или ином конкретном случае они могут затенять друг друга.

⁶⁸ См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104 (Separate Opinion of Judge Ammoun) («Доказательства формирования обычая не следует выводить из заявлений, содержащихся в тексте той или иной конвенции; следует исследовать практику государств»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 435 (Dissenting Opinion of Judge Barwick) («Конвенционное право, ограниченное сторонами Конвенции, может при определенных обстоятельствах стать обычным правом. Вместе с тем может быть так, что даже широко признанный ... договор не создает международное обычное право или не является свидетельством его состояния ...»); Shihata, выше, сноска 63, at p. 90 («один лишь договор сам по себе и в силу его появления без поддержки какой-либо предыдущей практики не может сам по себе сформировать или доказывать наличие общей нормы, хотя он может означать первый шаг в направлении формирования такой нормы»); Charney, выше, сноска 64, at p. 996 («такие [проводимые в рамках международной конференции] переговоры [и международные соглашения] являются полезным доказательством наличия новых норм международного права ... [однако] их следует внимательно анализировать в контексте государственной практики и *opinio juris*»); Weisburd, выше, сноска 64, at p. 6 («договоры» попросту являются еще одной формой практики государств и [] нельзя ответить на вопросы относительно содержания международного обычного права, просто изучая формулировки договоров»).

⁶⁹ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at pp. 29-30, para. 27. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para. 184 («Когда два государства соглашаются включить ту или иную конкретную норму в договор, их согласия достаточно для того, чтобы сделать эту норму юридической и имеющей обязательную для них силу; однако в области международного обычного права общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен сам убедиться в том, что наличие нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»); Boyle and Chinkin, выше, сноска 62, at p. 234 («договор не «создает» обычное право, однако ... он может как кодифицировать действующее право, так и содействовать процессу, посредством которого создается и развивается новое обычное право»).

⁷⁰ Статус договорного положения в качестве кодифицирующего или развивающего норму международного обычного права, разумеется, может меняться в зависимости от момента времени, когда статус этого положения оценивается.

36. Во-первых, договоры могут кодифицировать уже существующие нормы международного обычного права⁷¹. В этих обстоятельствах они с точки зрения своего «происхождения или возникновения»⁷² являются констатацией таких норм: «составители договора определяют нормы международного обычного права, существующие на момент начала разработки кодификационного договора и облекают эти нормы в форму *jus scriptum*»⁷³. Государства — Стороны Женевской конвенции об открытом море (1958 год), например, в преамбуле к Конвенции указывают на свое желание «кодифицировать постановления международного права, касающиеся открытого моря», и признали, что «нижеследующие постановления носят общий характер декларации установленных принципов международного права»; с другой стороны, составители Конвенции Орга-

⁷¹ Статьи 4, 38 и 43 Венской конвенции о праве международных договоров подтверждают возможность наличия параллельных договорных и обычных норм. См. также *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, para. 88 («Когда в договоре излагается обязательство, которое также существует в рамках международного обычного права, договорное обязательство и обязательство по обычному праву являются автономными и различными»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 392, at p. 424 («Тот факт, что ... [принципы обычного и общего международного права], признаваемые в качестве таковых, были кодифицированы или закреплены в многосторонних конвенциях, не означает, что они перестали существовать и применяться в качестве принципов обычного права даже в отношении стран, которые являются участниками таких конвенций»); *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; p. 207 (Separate Opinion of Judge Ni); и p. 302 (Dissenting Opinion of Judge Schwebel); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 24, para. 45, and pp. 30-31, para. 62; *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, *Judgment of August 27th, 1952*: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 220 (Dissenting Opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Bengal Rau); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment*, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 135 (Separate Opinion of Judge Shahabuddeen); Weisburd, выше, сноска 64, at pp. 19-20. Что касается ряда мнений относительно влияния кодифицирующих договоров, касающихся обычных норм, которые они призваны закреплять, то см. Villiger, выше, сноска 46, at pp. 151-154.

⁷² *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 45, para. 81; см. также at p. 242 (Dissenting Opinion of Judge Sørensen) («Существуют договорные положения, попросту формулирующие нормы международного права, которые уже являются общепризнанными как часть международного обычного права, и бесспорно, что нормы, закрепленные и сформулированные в таких положениях, применимы по отношению ко всем государствам, независимо от того, являются ли они участниками договора или нет»).

⁷³ Y. Dinstein, «The Interaction Between Customary International Law and Treaties», 322 *Recueil des cours* (2006), pp. 243, 357. Как объясняет Бакстер, «деклараторный договор чаще всего определяется как таковой посредством явно выраженного заявления в этой связи, как правило, в преамбуле документа, однако его характер может также устанавливаться на основании материалов подготовки договора и истории его разработки»: R.R. Baxter, «Treaties and Custom», 129 *Recueil des cours* (1970), pp. 27, 56. См. также Wolfke, выше, сноска 64, at p. 36 («если в договоре отражается явно выраженное или даже косвенное признание уже существующей обычной нормы, такое признание представляет собой дополнительное доказательство наличия рассматриваемой обычной нормы»). Вайсбурд справедливо разъясняет, что «даже когда такого рода заявление [а именно, что договор является деклараторным по отношению к обычаю] не является правильным описанием состояния права на дату заключения договора, это приравнивается к ясно выраженному признанию сторонами договора того, что они будут юридически связаны договорными нормами, даже если договор не существует»: Weisburd, выше, сноска 64, at p. 23.

низации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004 год), хотя и указали в преамбуле к Конвенции, в частности, на то, что «юрисдикционные иммунитеты государств их собственности общепризнаны как принцип международного обычного права», выразили свою убежденность в том, что международная конвенция «способствовала бы кодификации и [прогрессивному] развитию международного права и согласованию практики в этой области». В других случаях понятие кодификации может имплицитно присутствовать в тексте⁷⁴.

37. Договоры призваны кодифицировать нормы международного обычного права, однако «не являются самодостаточным критерием в этом вопросе»⁷⁵. «Кодификационные конвенции» могут содержать (и зачастую содержат) положения, которые развивают право⁷⁶ или излагают конкретные процедуры, согласованные участниками переговоров, и даже единственное положение может быть только, отчасти, декларативным по отношению к международному обычному праву⁷⁷. Кроме того, существует возможность того, что утверждение в

⁷⁴ Как и в случае с Конвенцией о геноциде, в которой Стороны «подтверждают», что геноцид является преступлением против международного права (см. также *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 23).

⁷⁵ J.K. Gamble, Jr., "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, 16 (1981), pp. 305, 310. See also *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. 97–98, para. 184 («Сам факт того, что государства заявляют о признании ими некоторых норм, не является достаточным для того, чтобы Суд счел, что они являются частью международного обычного права и применимы как таковые к этим государствам. Будучи обязанным в силу статьи 38 своего Статута применять, в частности, международный обычай «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», Суд не может игнорировать существенно важную роль, которую играет общая практика... в области международного обычного права разделяемое сторонами мнение относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен убедиться в том, что существование нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»); Murphy, выше, сноска 54, at p. 99 («в отсутствие доказательств об обратном имеется веский аргумент в пользу того, что новый договор не кодифицирует существующие нормы обычного права, поскольку, если бы это было таким образом, необходимость в принятии договора отсутствовала бы»); Danilenko, выше, сноска 18, at p. 154 («следует особо подчеркнуть, что кодифицирующие конвенции, даже те конвенции, в которых в явно выраженной форме говорится о том, что они отражают действующее обычное право, никогда не могут рассматриваться в качестве неопровержимого доказательства наличия норм обычного права»); A.T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), pp. 115, 162 («одна из главных функций договоров заключается в установлении новых обязательств в отношениях между государствами — обязательств, которые не существовали в силу международного обычного права. Когда сталкиваешься с практикой, основанной на договорных обязательствах, сложно понять, отражает ли она *opinio juris*»); L.B. Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", в A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 231, 237 («договор может представлять не принятое право, но отклонение от его применения в отношениях его сторон»).

⁷⁶ Например, в преамбуле к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года содержатся указания на кодификацию и прогрессивное развитие морского права, достигнутые в этой Конвенции.

⁷⁷ См. также F. Pocar, "To What Extent Is Protocol I Customary International Law?", в A.E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign* (Naval War College, 2002), at pp. 337, 339 («поскольку кодификационный процесс всегда требует проведения оценки соответствующей обычной нормы или принципа, а также их письменного определения,

договорном тексте относительно статуса международного обычного права не является верным или что международное обычное право эволюционировало в период после заключения договора⁷⁸. Поэтому в каждом случае необходимо проверять, преследовало ли реально рассматриваемое положение цель кодификации обычая и отражает ли оно действующее международное обычное право, а именно подтверждает ли оно, что «норма в *opinio juris* государств подкреплена практикой»⁷⁹. При этом необходимо проанализировать заявления и поведение государств: «доказательства практики сторон, консолидированные в договоре, должны анализироваться с учетом всех других [последовательных и непоследовательных] доказательств наличия международного обычного права, согласно обычной процедуре, используемой при доказывании международного обычного права», в частности «прошлой практики или заявлений соответствующих государств»⁸⁰. Подготовительные материалы, связанные с рассматриваемым положением, могут служить основанием для предположения о том, считают ли стороны договора и в какой степени, что положения являются декларативными и констатируют действующее международное право⁸¹; также релевантными могут быть заявления, прозвучавшие после принятия договора⁸². Особенно важным может быть анализ практики вне рамок договора, т.е. практики неучаствующих государств или практики государств по отношению к неучаствующим сторонам.

итоговый письменный текст может рассматриваться как затрагивающий их сферу охвата и содержание. Следовательно, любое уточнение или новый элемент, которые могут быть добавлены, как это обычно имеет место, в силу договорного положения к принципу обычного права, который оно кодифицирует, должно тщательно анализироваться в целях установления того, стали ли они признанными как общеприменимые. Однако добавление новых элементов посредством договорного положения в тот или иной обычный принцип должно отличаться от конкретных характеристик, вытекающих в силу необходимой презумпции из признанного общего обычного принципа»).

⁷⁸ См. также K. Wolfke, выше, сноска 64, at p. 35 («договор может в лучшем случае быть приблизительной репликой существующей практики подобно фотографии с изображением живого человека»).

⁷⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para. 184.

⁸⁰ Baxter, выше, сноска 73, at pp. 43, 44.

⁸¹ См., например, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 47, para. 94 («Нормы, изложенные в Венской конвенции о праве международных договоров и касающиеся прекращения договорного отношения из-за нарушения (против которых не было подано голосов против), могут во многих отношениях рассматриваться как кодификация действующего обычного права в этом вопросе»). Когда подготовительные материалы свидетельствуют о том, что соответствующее положение встретило серьезное сопротивление или требовало достижения существенных компромиссов, например, это может предполагать, что оно не отражает обычную норму. См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 38, para. 62; Villiger, выше, сноска 46, at pp. 131–132 («если в ходе подготовительных этапов выявляется непоследовательность в практике государств или государства отвергают или денонсируют (декларативную) конвенционную норму, то это может ослабить аргументацию в случае обычной нормы»).

⁸² См. Akehurst, выше, сноска 36, at pp. 49–52.

38. Во-вторых, договоры (или, если сказать более правильно, заключение договоров) могут облекать в определенную форму нормы международного обычного права, которые могут находиться в процессе формирования. Это происходит, когда право эволюционирует «через посредство практики государств на основе обсуждений и практически достигнутых соглашений на конференции ... на основе общего консенсуса, выявившегося» на такой конференции⁸³.

⁸³ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 23, para. 52 («... после этой конференции сформировалось право через посредство практики государств на основе обсуждений и почти достигнутых соглашений на этой конференции. На основе общего консенсуса, достигнутого на этой конференции, в недавние годы две концепции трансформировались в обычное право»). См. также *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 38, para. 24; и at p. 170, para. 23 (Dissenting Opinion of Judge Oda) («Однако возможно, что до того, как проект того или иного многостороннего договора начнет действовать и приобретать обязательную силу по отношению к государствам-участникам в соответствии с его заключительной клаузулой, некоторые из его положений должны стать международным обычным правом в силу повторяющейся практики соответствующих государств»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 305 (Separate Opinion of Judge Ammoun) («Конвенции, которые не предусматривают кодификацию существующих норм, могут, тем не менее, приравниваться к элементам нарождающегося международного обычая»); Sohn, выше, сноска 75, at pp. 245–246 («Поэтому Суд желает уделять внимание не только тексту, который кодифицировал уже ранее существовавшую норму обычного права, но и тексту, в котором была оформлена «формирующаяся норма международного права». Для этой цели достаточно иметь рассматриваемую норму, принятую международной конференцией путем консенсуса или ... без возражений ... Новая норма создается в силу ее общего признания всеми соответствующими государствами ... Если большинство государств, включая почти все государства, которые заинтересованы в применении этой нормы, действуют в соответствии с ней, то существует четкая презумпция того, что норма, согласованная на этой конференции посредством соглашения, еще не ратифицированного, стала признанной нормой международного обычного права»); Cassese, выше, сноска 29, at p. 183 («Интересный аспект нынешнего этапа развития международного сообщества состоит в том, что международное обычное право развивается на полях, как это имело место ранее, дипломатических конференций, созданных для кодификации и прогрессивного развития международного права»); E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law”, 159 *Recueil des Cours* (1978), pp. 16–18; *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 (hereinafter: “*ILA London Statement of Principles*”), p. 49 («если государственная практика развивается параллельно с разработкой договора... последний может оказать влияние на первую и наоборот), с тем чтобы формирующееся обычное право действительно было консолидировано и получило дальнейшее определение. Аналогичным образом, это применимо по отношению к заключительному этапу, т.е. принятию конвенции. Действительно, чем больше времени занимает процесс разработки проекта и переговоров, тем выше вероятность формирования на этой основе государственной практики»); 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), pp. 175, 183 («На практике разработка договорных норм способствует акцентированию мирового юридического мнения и, несомненно, влияет на последующее поведение и юридическое убеждение государств»).

По словам судьи Соренсена, «[д]оговор, призванный создать новое право, может основываться на определенном массиве государственной практики и доктринальном мнении, которое еще не кристаллизировалось и не применяло форму обычного права. Оно может начинаться — не с *tabula rasa*, — а с обычной нормы *in statu nascendi*»⁸⁴, а затем отражать норму международного обычного права, которая была «лишь *in statu nascendi* в начале процесса кодификации... эмбриональный обычай приобретет определенную форму «не только благодаря самой разработке договора», но и благодаря реакции правительств на переговоры и консультации во время продолжающейся работы»⁸⁵. Важным примером является развитие концепции исключительной экономической зоны во время третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву (1973–1982 годы), а также ее признание государствами в качестве международного обычного права еще до принятия Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву в 1982 году и ее вступления в силу в 1994 году⁸⁶.

39. В-третьих, хотя «один из принципов международного права заключается в том, что стороны многостороннего договора, независимо от их количества или важности, не могут ущемлять юридические права государств»⁸⁷, договоры

⁸⁴ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 243 (Dissenting Opinion of Judge Sørensen) (который добавляет (at p. 244), что «конвенция, принятая в рамках комбинированного процесса кодификации и прогрессивного развития международного права, вполне может представлять собой решающее доказательство общепринятых новых норм международного права. Тот факт, что она не призвана быть просто деклараторной в плане действующего обычного права, не играет роли в этом контексте. Конвенция может играть роль авторитетного руководства для практики государств, сталкивающихся с релевантными новыми правовыми проблемами, и ее положения, таким образом, становятся ядром, вокруг которого может сформироваться новый комплекс общепризнанных правовых норм»).

⁸⁵ Dinstein, выше, сноска 73, at p. 358 (где разъясняется, что «сценарий заключается в том, что до начала процесса заключения договора, обычай «давал почки», но еще не расцвел. Ведущиеся переговоры и консультации способствуют ускорению развития практики государств, если в прошлом она носила несистематический характер, а в настоящее время развивается, а также закреплению *opinion juris* международного сообщества. Тогда договор оформляет обычай в форме позитивного права... Ключевым фактором для успешного оформления является то, что во время формулирования договора становится ясным, что новое обычное *Lex lata* сформировалось»).

⁸⁶ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985*, p. 13 at p. 33, para. 34 («По мнению Суда, неоспоримым является то, что ... установление исключительной экономической зоны с ее нормой о праве в силу расстояния говорит о том, что практика государств стала частью обычного права»). Что касается развития концепции исключительной экономической зоны, то см., например, Y. Tanaka, *the International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2012), at pp. 124–5.

⁸⁷ *International status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 128, at p. 165 (Separate Opinion of Judge Read). См. также *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (Separate Opinion of Judge De Castro) («Наличие пользующейся поддержкой большинства тенденции и даже ее признание в международной конвенции не означает, что конвенция стала основанием для кристаллизации или канонизации нормы в качестве нормы обычного права»); *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Article 34.

могут также служить основой для развития новых норм международного обычного права⁸⁸. Как отметил Международный Суд, процесс, посредством которого та или иная норма конвенционного происхождения может перейти в общее международное право «абсолютно возможен и время от времени происходит: действительно он является одним из признанных методов, посредством которых могут формироваться новые нормы международного обычного права»⁸⁹. Этот «механизм распространения действия»⁹⁰, посредством которого

⁸⁸ Статья 38 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года озаглавлена «Нормы, содержащиеся в договоре, которые становятся обязательными для третьих государств в результате возникновения международного обычая» (и она гласит следующее: «В статьях 34–37 [где идет речь о договорах и третьих государствах] ничто никоим образом не препятствует какой-либо норме, содержащейся в договоре, стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковая»). Статья 38 Венской конвенции 1986 года изложена аналогичным образом: «Статьи 34–37 никоим образом не препятствуют какой-либо норме, содержащейся в договоре, стать обязательной для третьего государства или третьей организации в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковая». Что касается статьи 38 Венской конвенции, то см. G. Gaja, «Article 38» в O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011), at pp. 949–960.

⁸⁹ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 41, para. 71; см. также at p. 96 (Separate Opinion of Judge Padilla Nervo) («Договор не создает права или обязательства для третьего государства без его согласия, однако изложенные в договоре нормы могут стать обязательными для не участвующих государств в качестве обычных норм международного права»); at p. 225 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («Общепризнано, что положения международных документов могут обретать статус общих норм международного права. Даже нератифицированные договоры могут становиться отправной точкой для формирования юридической практики. Договоры, обязывающие многие государства, *a fortiori*, могут оказывать такое воздействие и это явление не является редким в международных отношениях»); и at p. 241 (Dissenting Opinion of Judge Sørensen («Общепризнано, что нормы, изложенные в договоре или конвенции, могут стать обязательными для недоговаривающегося государства в качестве обычных норм международного права или норм, которые в ином случае были общепризнаны в качестве имеющих юридическую силу международных норм»). См. также Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL–11–01/I, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging* (Appeals Chamber), 16 February 2011, paras. 107–109; *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, paras. 301–306 (где отмечается, что «такое развитие [договорного положения, становящегося частью международного обычного права] свидетельствует об эволюционирующем характере международного обычного права, в чем заключается его сильная сторона»; *Prosecutor v. Kallon* (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), Cases Nos. SCSL–2004–15–AR72(E) and SCSL–2004–16–AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, para. 82; *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94–1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 98 («... взаимодействие между этими двумя комплексами норм является таковым, что некоторые договорные нормы постепенно становятся частью обычного права»); *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion*, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 10, para. 135 («Камера отмечает, что осторожный подход был закреплён во все большем числе международных договоров и других документах, многие из которых отражают формулировку принципа 15 Рио-де-Жанейрской декларации. По мнению Камеры, это стало поводом для формирования тенденции в направлении того, чтобы этот подход стал частью международного обычного права»); *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95–17/1–T, Judgment (Trial Chamber of the

применение норм, изложенных в договорных положениях, может распространяться на неучаствующие государства «не следует легкомысленно рассматривать как реализованный»⁹¹. Во-первых, он требует, «чтобы соответствующее

International Tribunal for the Former Yugoslavia), 10 December 1998, paras. 138, 168 («О том, что эти договорные положения [запрещающие пытки] стали обычными нормами, свидетельствуют различные факторы. Во-первых, эти договоры ... были ратифицированы практически всеми государствами в мире ... практически повсеместное участие в этих договорах говорит о том, что все государства согласны, среди прочего, с запретом пыток ... Во-вторых, ни одно государство никогда не утверждало о том, что оно санкционировало практику пыток в период вооруженного конфликта, и ни одно государство не демонстрировало или не проявляло отрицательную реакцию в отношении осуществления договорных положений о запрете пыток ... В-третьих, Международный Суд авторитетно, хотя без ясно выраженной ссылки на пытки, подтвердил этот процесс формирования обычая»); *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), para. 104 («Нормы договора могут считаться как формирующие новые принципы или нормы обычного права. Кроме того, возможно, чтобы новая норма международного обычного права формировалась даже в течение короткого периода времени на основании того, что первоначально являлось конвенционной нормой, при условии наличия элементов для формирования обычая»); *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005), para. 144 («в международном праве отсутствуют препятствия в отношении выражения воли государств посредством договоров, которые в то же время являются проявлением практики и *opinio juris*, необходимыми для возникновения обычной нормы при соблюдении соответствующих условий»); *van Anraat v. The Netherlands*, Application No. 65389/09, Decision on Admissibility (European Court of Human Rights), 6 July 2010, para. 88 («Как разъясняет Международный Суд ... возможно, что договорное положение становится обычным международным правом. Для этого необходимо, чтобы соответствующее положение в любом случае потенциально было одной из основополагающих норм, определяющих характер нормы, которая может рассматриваться как формирующая основу той или иной общей нормы права; что должна существовать соответствующая установившаяся государственная практика; и что существует доказательство убеждения относительно того, что эта практика стала обязательной в силу наличия нормы права, требующей ее (*opinio iuris sive necessitatis*)»). Однако см. Barboza, выше, сноска 54, at p. 12 («Согласно нашему мнению, однако, было бы практически невозможным, чтобы обычай мог первоначально непосредственно выводиться из какого-либо текста. Какой бы новой определенной областью права ни была, ей должна предшествовать определенная деятельность, и эта деятельность, несомненно, должна порождать практику, закрепляющуюся в силу необходимости и принципов, применяемых по аналогии. Из-за отсутствия какой-либо деятельности трудно представить, что тот или иной договор касается того или иного предмета ...»).

⁹⁰ Barboza, выше, сноска 54, at p. 4 (который указывает на то, что «прогрессивное [юридическое] сообщество» тех государств, которое при разработке той или иной конвенции играет «новаторскую роль в «законодательном» процессе» и «вес которого в международных отношениях [в силу участия, как правило, нескольких мировых держав и большинства государств конкретно влияет на соответствующую тему конвенции] придает значительный авторитет приглашению [этого] сообщества присоединиться к этому процессу»).

⁹¹ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 41, para. 71. См. также *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 111 («Зачастую в международной практике сложно установить момент, когда обязательства, зафиксированные в многосторонних или двусторонних договорах, определяют содержание нормы международного обычного права, имеющей обязательную силу для государств, не являющихся участниками этих договоров»); S.M. Schwebel, «The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law», *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98 (2004), pp. 27, 29 («Процесс, с

положение ... носило основополагающий нормоустановительный характер, с тем чтобы рассматриваться как формирующее основу для общей нормы права»⁹². Например, такие положения вряд ли включают в себя положения, предусматривающие роль конкретных структур, учрежденных договором⁹³.

помощью которого положения договоров, имеющих обязательную силу лишь для участников этих договоров, могут просочиться в общее международное право и, таким образом, стать обязательным для международного сообщества в целом, является изощренным и трудноустановимым»); P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, 77 (1983), pp. 413, 433–438.

⁹² *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 41–42, para. 72.

См. также P.-H. Verdier, E. Voeten, "Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory", *American Journal of International Law*, 108 (2014), pp. 389, 426 (где утверждается, что критерий «нормоустановительного характера» «как представляется, требует того, чтобы норма была изложена в общем виде, с тем чтобы потенциально быть повсеместно обязательной»); Thirlway, выше, сноска 27, at p. 84 («она должна быть таковой по своему характеру, с тем чтобы она могла функционировать в качестве общей нормы»); C. Brölmann, 'Law-Making Treaties: Form and Function in International Law', *Nordic Journal of International Law*, 74 (2005), 383, 384; B.B. Jia, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), pp. 81, 92 (где предполагается, что «формулирование основополагающей по своему характеру нормы» является «амбициозной задачей, которую можно решить лишь с помощью многосторонних договоров»; Villiger, выше, сноска 46, at pp. 177, 179 («Общие нормы могут определяться как призванные осуществлять регулирование *pro futuro* в отношении потенциально неограниченного числа общих, а не отдельных тем ... еще одним из критериев ... является критерий, согласно которому «нормоустановительные» конвенционные нормы также носят абстрактный характер, то есть потенциально действуют в абстрактном числе ситуаций и не привязаны к какой-либо конкретной ситуации»). Однако см. R. Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), pp. 119, 147–148 («Были приведены различные толкования этого предложения, например, то, что Суд говорил о нормах, которые могут обязывать государства в общем плане, или о факте, когда то или иное положение не содержит слишком много изъятий, ослабляющих его нормативное содержание. В любом случае «основополагающий нормоустановительный» критерий не представляется весьма убедительным. Он основан на определенной форме логической инверсии. Это не вызвано тем, что та или иная норма является основополагающей правообразующей нормой, могущей стать обычной; это вызвано тем, что она станет обычной посредством практики государств, которая может быть сформулирована, если это желательно, как основополагающая и правообразующая. Однако в таком случае этот критерий становится излишним. Он может лишь означать, что при толковании того или иного положения в целях установления его обычного характера может быть разумным предположить, что чрезвычайно узкая или специфическая норма не всегда может быть квалифицирована как общее международное право. Однако это все. Даже очень специфическая норма (например, устанавливающая конкретные временные сроки) может стать обычной, если государства применяют ее в своей практике. Так, реальное значение имеет эффективная практика государств и, в конечном счете, их *opinio juris*, а не какое-либо внутреннее качество рассматриваемой нормы. Более того, можно добавить, что любая норма в силу своего самого характера в определенной степени является «нормоустановительной», то есть нормативной или способной подвергаться обобщению. Вопрос заключается в степени и, следовательно, подлежит контекстуальной интерпретации»); *ILA London Statement of Principles*, pp. 52–53; Baxter, выше, сноска 73, at p. 62.

⁹³ В деле *Никарагуа против Колумбии* Международный Суд признал, что пункт 1 статьи 76 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (внешние границы континентального шельфа) отражает международное обычное право, но не рассматривается в последующих пунктах ... *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 624 at p. 666, para. 118 («Суд считает, что определение континентального шельфа, изложенное в статье 76, пункт 1, Конвенции

Это далее требует, чтобы «государственная практика, включая практику государств, интересы которых конкретно затронуты, была как обширной, так и практически единообразной применительно к приведенному положению; — и более того, она должна [реализовываться] таким образом, чтобы свидетельствовать о наличии общего признания того, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве⁹⁴».

40. Можно привести много примеров, когда положения договоров, особенно так называемых «нормоустановительных» договоров, отражают или начинают отражать нормы международного обычного права. Морское право является особенно богатым массивом в этой связи, начиная от влияния Конвенции 1958 года о континентальном шельфе на признание этой концепции в международном обычном праве и заканчивая появлением концепции исключительной

Организации Объединенных Наций по морскому праву, составляет часть международного обычного права. На этом этапе ... ему нет необходимости принимать решение о том, являются ли другие положения статьи 76 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву частью международного обычного права»).

⁹⁴ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74. См. также B. Cheng, "Custom: The Future of General State Practice In a Divided World", в R. St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), at pp. 513, 533. («В каждом случае вопрос о том, произошла ли такая трансформация [договорного положения в норму общемеждународного права] или нет — это вопрос факта, который необходимо определять на основании конкретных доказательств, как и в случаях попыток установления наличия какой-либо нормы общего международного права»); G.L. Scott, C. L. Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), pp. 71, 82 («сами по себе многосторонние договоры не могут в общем создавать «мгновенное» международное обычное право для всех государств в международной системе, а скорее должны дожидаться их последующей реакции. Кроме того, Международный Суд заявил, что если «весьма широкораспространенное и репрезентативное участие в конвенции ... при условии того, что в число участников входят государства, интересы которых конкретно затронуты», зарегистрировано, то это может быть достаточно само по себе для трансформации конвенционной нормы в норму международного обычного права (at para. 73). Иными словами, при определенных обстоятельствах тот или иной международный договор может в силу «своего собственного воздействия» (para. 71) создавать норму международного обычного права. Однако, как недавно указывалось, «Суд проявил осторожность при вынесении окончательного вывода относительно самой возможности наличия этого метода ... В любом случае, широкораспространенное участие в кодификационной конвенции никогда в практике Суда не было достаточным само по себе для подтверждения обычной нормы» (Tomka, выше, сноска 26, at p. 207). См. также *ILA London Statement of Principles*, at 52, 54 («следует отметить, что Суд не привел примеров, ни надлежащим образом не развил этот аспект. Поэтому, по всей видимости, не следует делать слишком большой акцент на нескольких произнесенных словах. И разумеется, что доказательство более того, что представляет собой просто договорное намерение, обычно не будет зафиксировано в конвенции ... Из вышеизложенного анализа следует, что один многосторонний или двусторонний договор не могут мгновенно создавать общее международное право «со своим собственным воздействием», и представляется маловероятным, что даже несколько таких договоров будут оказывать такое воздействие, за исключением (как максимум) наиболее редких обстоятельств»); Schachter, выше, сноска 57, at pp. 724–726; Thirlway, выше, сноска 27, at pp. 86–91. Однако см. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at pp. 52–53 (Dissenting Opinion of Judge Alvarez); *Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL–2004–14–AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, paras. 18–20, 50.

экономической зоны⁹⁵. Подобным образом, многие положения Венской конвенции о праве международных договоров уже отражают международное обычное право или с того времени они стали рассматриваться в качестве таковых⁹⁶. В число наиболее важных норм в Венской конвенции входят нормы, касающиеся толкования договоров, которые неоднократно приводились международными и внутригосударственными судами и трибуналами как отражающие международное обычное право и как таковые даже применялись к давно принятым договорам⁹⁷. Государственный иммунитет является еще одной областью, где многосторонние конвенции стали играть центральную роль для выявления норм международного обычного права⁹⁸, хотя разные суды порой делали различные выводы⁹⁹.

⁹⁵ T. Treves, "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer", 223 *Recueil des cours* (1990), pp. 9-302; J.A. Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean Development and International Law*, 45 (2014), pp. 239-259.

⁹⁶ См. раздел, посвященный «обычному статусу» в отношении каждой статьи Венской конвенции в O. Corten, P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011). См. также I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester University Press, 1984), at pp. 5-28.

⁹⁷ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I C.J. Reports* 1999, p. 1045, at p. 1059, para. 18 (решение, в котором применялись нормы Венской конвенции относительно толкования договора 1890 года). Прецедентное право хорошо резюмировано в решении Арбитражного трибунала по делу *Iron Rhine (IJzeren Rijn) (Belgium/Netherlands)* case, Award of 24 May 2005, para. 45 (Permanent Court of Arbitration, Award Series (T.M.C. Asser Press, 2007)). См. также проект вывода 1, пункт 1, проекта вывода о последующих соглашениях и последующей практики в связи с толкованием договоров (и пункты (4)-(6) комментария), принятого в предварительном порядке Комиссией в 2013 году: доклад Комиссии 2013 года (A/68/10), пункт 39.

⁹⁸ См. также R. O'Keefe, C.J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary* (Oxford University Press, 2013), at p. xli («Существует мало сомнений относительно того, что процесс разработки конвенции благодаря активному взаимодействию государств выявил, а в тех случаях, когда не просто выявил, то определил содержание современного международного обычного права в области государственного иммунитета. Это не говорит о том, что каждое материально-правовое положение всегда должно полностью согласовываться с обычаем ... как международные, так и национальные суды уже рассматривали Конвенцию в качестве убедительного доказательства наличия современных обычных норм ...»). См., в частности, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 99, *passim* and especially at p. 123, para. 55 («Особо значимая государственная практика может присутствовать в заявлениях, сделанных государствами, сначала в ходе активного изучения предмета Комиссией международного права, а затем в контексте принятия конвенции Организации Объединенных Наций»).

⁹⁹ В своем решении от 5 февраля 2015 года по делу *Benkhroube and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33, Апелляционный суд Англии и Уэльса рассмотрел вопрос о том, отражает ли статья 11 («Трудовые договоры») принятой в 2004 году Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности обычное международное право: при этом Суд заявил (at para. 36) «о необходимости ... тщательного изучения каждого из ее положений в целях определения того, отвечает ли она строгим требованиям, которые необходимо рассматривать в качестве международного обычного права»; после рассмотрения решений и законодательства других стран Суд (at para. 46) «заявил о невозможности формулирования вывода о наличии какой-либо нормы международного права, которая требует предоставления иммунитета в отношении трудовых претензий сотрудников обслуживающего персонала той или иной миссии в отсутствие определенного

41. Практика участников того или иного договора (в отношениях между собой), по всей видимости, главным образом мотивирована конвенционным обязательством и, следовательно, в общем менее полезна при установлении наличия или развития той или иной нормы международного обычного права¹⁰⁰. Такая практика обычно заключается попросту в том, что порой она выступает в качестве средства толкования договора согласно нормам, изложенным в статье 31(3)(b) или статье 32 Венской конвенции о праве международных договоров (вопрос, рассматриваемый Комиссией в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»). Как указывал Бакстер, в связи с этим могут возникать особые трудности при установлении того, возникла ли та или иная норма международного обычного права, когда круг участников договора является квазиуниверсальным¹⁰¹. Такая

специального обстоятельства ...». При рассмотрении сферы охвата изъятия «территориальный деликт» согласно статье 12 («Ущерб личности и ущерб собственности») Конвенции 2004 года Международный Суд был вынужден спорить с различающимися мнениями национальных судов (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 129–135, paras. 62–79).

¹⁰⁰ См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 76 («более половины соответствующих государств, действуя либо в одностороннем порядке, либо совместно, стали или вскоре стали сторонами Женевской конвенции и поэтому предположительно, в том что касается их, действовали реально или потенциально и применяли Конвенцию. Из их действий нельзя вывести правомерный вывод относительно наличия той или иной нормы международного обычного права в пользу принципа равного отстояния»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952*: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 199; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 531 («имеются явные трудности относительно выявления даже крупницы «соответствующей практики» в этих вопросах из поведения тех нескольких государств, которые не являются участниками Устава); и поведение всех остальных, а также *opinio juris*, доказательством которого оно может в иных случаях служить, несомненно, объясняется тем, что они связаны положениями самого Устава»); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 479, para. 37 (Separate Opinion of Judge Abraham). Cf. *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. 96–97, para. 181 («... Устав излагает в этой области принципы, уже присутствующие в международном обычном праве, и отражает тот факт, что право в последующие четыре десятилетия разрабатывалось под воздействием Устава в том смысле, что несколько норм, закрепленных в Уставе, приобрели независимый от него статус»).

¹⁰¹ Baxter, выше, сноска 73, at p. 64 («доказывание наличия последовательной модели поведения неучаствующих сторон становится более сложным по мере того, как увеличивается число сторон документа. Количество участников в процессе создания обычного права может быть столь незначительным, что доказательства их практики будут минимальными или вообще отсутствовать. Поэтому парадокс заключается в том, что по мере того, как количество сторон договора увеличивается, становится все более сложным доказывать, что представляет собой содержание международного обычного права вне рамок договора»). См. также *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 302 («Доказательство наличия такого обычного права — государственной практики и *opinio juris* — может в некоторых ситуациях быть чрезвычайно трудным для установления, особенно когда существует более ранний многосторонний договор, который был принят подавляющим большинством государств. Доказывание наличия государственной практики вне договора, подтверждающей существование отдельных обычных норм или трансформацию конвенционных норм в обычно-правовую сферу, становится во все

проблема не возникает в отношении поведения неучаствующих сторон и сторон по отношению к неучаствующим сторонам, что определенно может представлять практику для целей выявления нормы, изложенной в договоре, как имеющей также обычно-правовую силу¹⁰². В любом случае, как недавно заявил Кроуфорд, «государственная практика требует, чтобы парадокс Бакстера сохранялся, т.е. признавалось, что участие в договоре не является достаточным. Обычай — это больше, чем договор, даже общепризнанный договор ... [вместе с тем] существование обычая и договора предполагает, что парадокс Бакстера не является реальным парадоксом»¹⁰³.

42. Как отмечалось во втором докладе¹⁰⁴, хотя повторение схожих или идентичных положений в большом количестве двусторонних договоров может влечь за собой возникновение нормы международного обычного права или быть доказательством ее признания¹⁰⁵, это не всегда так. Здесь также положения (и договоры, в которых они закреплены) должны подвергаться анализу в их контексте и в свете обстоятельств, связанных с их принятием. Это особенно важно, поскольку «многочисленность ... договоров ... — это обоюдоострое оружие»¹⁰⁶: согласованность даже значительного количества договоров *per se* не является ни достаточным доказательством, ни достаточной презумпцией того, что международное сообщество в целом считает, что такие договоры свидетельствуют о наличии общего обычного права. Напротив, существуют довольно мало случаев, когда такие договоры, как представляется, являются свидетельством наличия изъятий из общих постановлений»¹⁰⁷.

большой степени сложным, поскольку, как представляется, лишь практика не участвующих в договоре сторон может рассматриваться в качестве релевантной»).

¹⁰² См. также Henckaerts and Doswald-Beck, выше, сноска 36, at p. 1 («В этом исследовании применяется осторожный подход, согласно которому широкораспространенная ратификация является лишь указанием и должна оцениваться в связи с другими элементами практики, особенно практики государств, не являющихся сторонами рассматриваемого договора. Последовательная практика государств, не являющихся участниками, рассматривалась как важное позитивное доказательство. Однако противоположная практика государств, не являющихся участниками, рассматривалась в качестве важного негативного доказательства. Практика государств — участников договора по отношению к не являющимся участниками государствам также имеет особо релевантное значение»).

¹⁰³ J. Crawford, 365 *Recueil des cours* (2013), 107, 110. См. также Kolb, выше, сноска 92, at pp. 145-146 (который высказывает идею о том, что парадокс является действительным только, когда о нем заявляется абстрактно, поскольку «в конкретных случаях контекстуальные особенности развеивают» его); Villiger, выше, сноска 46, at p. 155.

¹⁰⁴ A/CN.4/672, пункт 76(f).

¹⁰⁵ См. также Thirlway, выше, сноска 27, at p. 59 («серия двусторонних договоров, заключенных в течение определенного периода времени различными государствами, во всех из которых излагается одно и то же решение одной и той же проблемы в отношениях между ними, может служить основанием для возникновения новой нормы международного обычного права»); *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 125 («...современное международное право, содержание которого формируется в силу заключения более двух тысяч двусторонних инвестиционных договоров и многих договоров о дружбе и торговле»).

¹⁰⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 306 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

¹⁰⁷ K. Wolfke, выше, сноска 64, at p. 35. См. также *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615 («Факт, упомянутый Гвинеей, согласно которому различные

43. Как также предлагалось во втором докладе¹⁰⁸, тот факт, подписали ли и/или ратифицировали ли государства договор¹⁰⁹ в действительности, и воз-

международные соглашения, такие как соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонская конвенция, установили специальные юридические режимы, регулирующие вопрос о защите инвестиций, или что положения в этой связи, как правило, включаются в контракты, заключаемые непосредственно государствами и иностранными инвесторами, не является достаточным для демонстрации наличия изменения обычных норм дипломатической защиты; он в равной степени может свидетельствовать об обратном»). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 317-318 («Зачем заключать эти [многочисленные] договоры, если их существо уже отражено в международном праве ...?»); Schachter, выше, сноска 57, at p. 732 («Как правило, государства не считают, что такие стандартизированные договоры являются доказательством обычного права, поскольку во многих случаях двусторонние соглашения заключаются в ходе переговоров в качестве договоренностей *quid pro quo*»); Danilenko, выше, сноска 18, at p. 143; L. Kopelmanas, «Custom as a Means of the Creation of International Law», *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), pp. 127, 137; *ILA London Statement of Principles*, pp. 47-48 («Отсутствует презумпция, согласно которой последовательно принимаемые аналогичные договорные положения ведут к формированию новой обычной нормы аналогичного содержания»); W.W. Bishop, 147 *Recueil des cours* (1965), pp. 147, 229-230.

¹⁰⁸ A/CN.4/672, пункт 76(f).

¹⁰⁹ См. также *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 38 («[Суд] не может игнорировать какое-либо положение проекта конвенции, если он пришел к выводу о том, что содержание такого положения является обязательным для всех членов международного сообщества в силу того, что оно воплощает в себе или формирует уже существующую или возникающую норму обычного права»); *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277 («Ограниченное число государств, которые ратифицировали настоящую Конвенцию, свидетельствует о слабости этого аргумента [согласно которому рассматриваемая Конвенция просто кодифицирует принципы, которые уже признаны в силу обычая] ...»); 'Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available', Report of the International Law Commission on its Second Session (A/CN.4/34), *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, Vol. II, 368 («Даже многосторонние конвенции, которые были подписаны, но не вступили в силу, зачастую рассматриваются как имеющие значение в качестве доказательства международного обычного права»); Sinclair, выше, сноска 57, at p. 227 («справедливо заметить, что даже спорадически ратифицированные кодификационные конвенции могут вполне в общем квалифицироваться как определенное свидетельство наличия *opinio juris* в отношении соответствующего предмета. Качество доказательства будет зависеть от происхождения конкретного положения, которое может быть спорным. Если подготовительные материалы к той или иной конкретной кодификационной конвенции свидетельствуют о том, что конкретное положение было принято на кодификационной конференции и голоса сильно разделились и что таким образом вызванный спор может стать основанием для того, чтобы несколько государств приняли решение об отказе от участия в конвенции, существуют веские основания для игнорирования ценности этого положения в контексте дальнейших кодификационных усилий»); Villiger, выше, сноска 46, at p. 165 («нератифицированные документы не всегда негативно сказываются [на основополагающей норме международного обычного права], также как конвенция не может создавать мгновенное обычное право»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 226 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («Задержка с ратификацией и присоединением к многосторонним договорам — это хорошо известное явление в современной договорной практике ... количество ратификаций и присоединений не может само по себе рассматриваться как убедительное доказательство в отношении общего признания того или иного инструмента»); G.E. Do Nascimento E Silva, «Treaties as Evidence of Customary International Law», в *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago* (Dott. A. Giuffrè Editore, 1987), at pp. 387, 397 («Нератифицированная

возможность участников делать оговорки к статьям договора¹¹⁰ также могут иметь отношение к оценке существования *opinio juris* в отношении соответствующих положений. И снова особые обстоятельства, связанные с принятием договорного текста, должны тщательно анализироваться наряду с практикой, соответствующей его содержанию.

44. Предлагается следующий проект вывода (который будет включен в новую **Часть пятую** под названием «**Особые формы практики и доказательств**»):

Проект вывода 12

Договоры

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

- а) во время заключения договора кодифицирует существующую норму международного обычного права;**
- б) привело к формированию новой возникающей нормы международного обычного права; или**
- с) привело к выработке новой нормы международного обычного права, породив общую практику, признанную в качестве правовой нормы.**

В. Резолюции, принятые международными организациями и на международных конференциях

45. Широко признано, что резолюции, принятые государствами в рамках международных организаций и на международных конференциях, могут при определенных обстоятельствах играть роль в формировании и выявлении международного обычного права. Действительно, в числе письменных текстов, на

конвенция станет авторитетной с точки зрения общего международного права, если она была одобрена значительным большинством и ратифицирована большим и представительным кругом государств. *Contrariu sunsu*, такая конвенция потеряет силу, если пройдет значительный период времени и очень незначительное число государств ратифицирует ее или присоединится к ней. Важность нератифицированных конвенций также будет усиливаться, если впоследствии они будут дополняться международной практикой, особенно если Международный Суд будет учитывать практику, основанную на их положениях»); Thirlway, выше, сноска 27, at p. 87 («следует учитывать, что любая оценка значимости ратификации кодификационного договора должна быть осторожной, как и любая оценка относительно воздержания от ратификации»).

¹¹⁰ Руководящее положение 3.1.5.3 принятого Комиссией Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам (2011 год) гласит следующее: «Тот факт, что положение договора отражает нормы международного обычного права, сам по себе не служит препятствием для формулирования оговорки к этому положению». Как разъясняет Комиссия в комментарии к этому руководящему положению, Международный Суд в решении по делу *о Северном море* был довольно осторожен при рассмотрении тех выводов, которые напрашиваются в результате включения определенных оговорок (комментарий 4). Комиссия заявила, что неверно то, что Международный Суд подтвердил недопустимость оговорок в отношении договорных положений, отражающих обычное право.

которые ссылаются в практике для целей выявления норм международного обычного права, таким резолюциям придается важное значение.

46. В этом контексте суды и ученые уделяли особое внимание резолюциям Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, форуму с почти универсальным составом участников, и большая часть настоящего раздела будет конкретно посвящена им. Такие резолюции могут быть особенно релевантными в качестве доказательства наличия международного обычного права или импульса для его развития¹¹¹. Однако другие совещания и конференции государств также могут иметь важное значение¹¹². Органы международных организаций¹¹³ и международные конференции с несколько более ограниченным составом могут выполнять аналогичные функции, однако, как правило, будут играть меньшую роль в установлении доказательств наличия нарушения международного обычного права; однако они могут играть центральную роль в формировании и выявлении определенного обычая (в этой связи см. раздел VII ниже).

47. В то время как такие резолюции не могут сами по себе создавать международное обычное право, они «порой могут иметь нормативную ценность» с точки зрения демонстрации доказательств существующей или формирующейся

¹¹¹ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001). В этой работе содержится большой массив материалов, посвященных резолюциям международных организаций и всем аспектам роли международных организаций в отношении международного обычного права. См. также Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (Columbia University Press, 1970); J. Castañeda, 'Valeur juridique des résolutions des Nations Unies', 129 *Recueil des cours* (1970), p. 205; M. Forteau, "Organisations internationales et sources du droit", в E. Lagrange, J.-M. Sorel (eds.) *Traité de droit des organisations internationales* (L.G.D.J., 2013), at p. 257; Cassese, выше, сноска 29, at p. 193 («Обоснованно полагать, что уникальная возможность, открывающаяся благодаря Организации Объединенных Наций для практически всех членов мирового сообщества собраться и обменяться своими мнениями, не может не оказывать сильного воздействия на возникновение или трансформацию обычных норм»).

¹¹² Например, Международный Суд сослался на Хельсинкский заключительный акт 1975 года в решении по делу о военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против нее (*Никарагуа против Соединенных Штатов Америки*) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 107, para. 204 («можно сделать вывод о том, что текст свидетельствует о наличии ... обычного принципа [невмешательства], имеющего универсальное применение»).

¹¹³ Например, Совет Безопасности Организации Объединенных Наций: см. O. Corten, "La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières", *Revue belge de droit international* (2004), pp. 552–567; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2010, p. 403, at pp. 437–438, para. 81; *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 133 («Значительную релевантность по отношению к формированию *opinio juris* в том плане, что нарушение общего международного гуманитарного права, действующего в период внутренних вооруженных конфликтов, сопряжено с уголовной ответственностью тех, кто совершает такие нарушения или отдает приказы об их совершении, имеют некоторые резолюции, единогласно принятые Советом Безопасности»). В пункте 13 резолюции 2125 (2013) Совета Безопасности по Сомали Совет Безопасности подчеркнул, что «настоящая резолюция не должна рассматриваться как устанавливающая нормы международного обычного права»; см. также в этом же контексте пункт 8 резолюции 1838 (2008) Совета Безопасности.

нормы права¹¹⁴. Однако следует проявлять осторожность при определении того, действительно ли та или иная конкретная резолюция оказывает такое воз-

¹¹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 254-255, para 70 («Суд отмечает, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не имеют обязательной силы, иногда могут иметь нормативную ценность. В определенных обстоятельствах они могут содержать доказательства, имеющие важное значение для установления наличия той или иной нормы или формирования *opinio juris*»). В резолюции 3232 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 12 ноября 1974 года, которая была принята консенсусом, содержится следующее положение: «признавая, что развитие международного права может, в частности, отражаться в декларациях и резолюциях Генеральной Ассамблеи, которые Международный Суд в известной степени может принимать во внимание». См. также *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 31, и *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at pp. 31–33 (ссылка на Декларацию о предоставлении независимости колониальным странам и народам (резолюция 1514 (XV) Генеральной Ассамблеи) в качестве «нового важного этапа» в развитии международного права, касающегося самоуправляющихся территорий); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 103, para. 195 («это описание, содержащееся в ... определении агрессии в приложении к резолюции 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи может толковаться как отражающее международное обычное право»); *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, 62 *International Law Reports* (1982), 141, 189 («... указанные резолюции, если не являются по единодушному признанию источником права, то представляют собой доказательство наличия недавней доминирующей тенденции в формировании мнения международного сообщества ...»); Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, available at <http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 1 («Хотя Устав Организации Объединенных Наций не наделяет Генеральную Ассамблею правом принимать нормы, имеющие обязательную силу для государств в их отношениях *inter se*, Ассамблея может выносить рекомендации, способствующие прогрессивному развитию международного права, его консолидации и кодификации. Это может достигаться посредством различных резолюций»); G. Abi-Saab, «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago* (Giuffrè, 1987), at pp. 1, 53, 56 («В настоящее время подавляющее большинство ученых придерживается мнения о том, что нормативные резолюции Генеральной Ассамблеи могут устанавливать сами способы взаимодействия с обычаем, который Суд выявил в силу наличия связи с кодификационными договорами, т.е. теми, которые могут потенциально иметь такое же воздействие, что и документы, в которых излагаются, выкристаллизовываются или формируются обычные нормы»); J. A. Barberis, «Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», в *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt* (Springer, 1995), at pp. 21, 22-23 («Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций в общем не имеет права формулировать резолюции, имеющие юридически обязательную силу для государств-членов согласно Уставу, и ... она не может воспользоваться этим правом через посредство обычая. Тем не менее, несомненно, что резолюции Генеральной Ассамблеи представляют собой важный фактор в плане формирования обычая»); S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), at p. 111 («Резолюции, принятые органами международных организаций, сегодня должны включаться в общий массив международных материалов, которые ... должны учитывать правоведы»); Thirlway, выше сноска 27, at p. 44 («Не может быть каких-либо сомнений в том, что такие [декларативные] резолюции [Генеральной Ассамблеи] действительно вносят важный вклад в развитие международного права ... однако это не означает того, что они носят законодательный характер»); C. Tomuschat, «The Concluding Documents of World Order Conferences», в J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof*

действие: «в каждом случае существует процесс констатации, анализа и оценки»¹¹⁵. Важно «как и в случае любой декларации государства, всегда необходимо рассматривать вопрос о том, что государства реально подразумевали, когда они голосовали «за» или «против» некоторых резолюций на международных форумах»¹¹⁶. Как часто подчеркивают сами государства, Генеральная Ассамблея является политическим органом, в котором не всегда ясно то, что их акты имеют юридическое значение¹¹⁷. Поэтому установление того, имеет ли та

Skubiszewski (Kluwer Law International, 1996), at pp. 563, 568 («Международные конференции не являются органами, формирующими право»). Когда правительства составляют текст, резюмирующий итоги той или иной конференции, они, как правило, не действуют с намерением создать имеющее обязательную силу право. Скорее, их цель заключается в указании политического курса действий, которого следует придерживаться в будущем ... даже если в заключительном документе достигнуто согласие, имеющие обязательную юридическую силу, последствия наступают только по желанию соответствующих сторон. Так, если правительства намеревались принять юридическое обязательство, они всегда имеют возможность сделать выбор в пользу не допускающего каких-либо толкований договорного документа ... Тем не менее, было бы недальновидным игнорировать итоги всех таких встреч из-за того, что они не материализовались в форме имеющих обязательную юридическую силу документов в традиционном смысле в качестве просто политической риторики, которая не способна приводить к наступлению юридических последствий» (что касается «защитительных и иных оговорок», то см. также pp. 568–580); *Weil*, выше, сноска 91, at p. 417 («Резолюции как социологическое и политическое проявление тенденций, намерений, пожеланий, вполне могут являться важным *этапом* в процессе разработки международных норм; однако сами по себе они не являются формальным источником новых норм»).

¹¹⁵ Crawford, выше, сноска 103, at pp. 90, 112. См. также Boyle and Chinkin, сноска 62, выше, at p. 225 («Резолюции международных организаций и многосторонние декларации государств также могут оказывать воздействие на международное обычное право. Оказывают ли они такое воздействие, зависит от различных факторов, которые должны анализироваться в каждом случае»); Treves, выше, сноска 54, at paras. 44–46.

¹¹⁶ G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar, 2012), 88. См. также Shaw, выше, сноска 22, at p. 63.

¹¹⁷ См. также M.D. Öberg, «The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ», *European Journal of International Law*, 16 (2006), pp. 879, 902 («Привлекательная черта Генеральной Ассамблеи заключается в том, что в ней широко представлены существующие государства, а также то, что она является централизованным, очень удобным форумом для одновременного выявления точек зрения всех соответствующих государств-членов в отношении той или иной конкретной темы. Однако Генеральная Ассамблея также является политическим органом, что не делает ее идеальным форумом для установления права. Действительно, государства при голосовании могут руководствоваться иными причинами, чем юридические, с учетом моральных, политических или прагматических соображений (например, в рамках того или иного компромисса). Более того, государство может голосовать против той или иной резолюции из-за того, что она идет слишком далеко или недостаточно далеко. Кроме того, вряд ли было бы справедливым обязывать государства голосовать «за», когда государства «действуют в рамках определенных норм и механизмов, которые обычно затрагивают юридическое значение результатов их голосования, и когда резолюции присваиваются не отдельным членам, а принявшему органу и организации. Наконец, представители государств, которые голосуют в Ассамблее, обычно не имеют права создавать юридические обязательства для своих государств» (цитаты опущены)); M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), at pp. 434–435 («Действительно, имеем ли мы право предполагать, что голос «за» отражает мнение государства относительно правовых норм? Это довольно неопределенно. Например, голос может быть подан в качестве политического жеста, подтверждения союзнических отношений и быть абсолютно не связанным с тем, что государство рассматривает в качестве

или иная конкретная резолюция такую нормативную силу, должно производиться «со всей должной осторожностью»¹¹⁸. Как разъяснил Международный Суд «необходимо проанализировать ее содержание и обстоятельства ее принятия; кроме того, необходимо рассмотреть вопрос о том, существует ли *opinio juris* на предмет его нормативного характера. Или же серия резолюций может свидетельствовать о необходимости постепенной эволюции *opinio juris* для создания новой нормы»¹¹⁹.

обычая. Голосование может быть вызвано давлением, оказываемым мощным государством, или желанием поставить в неловкое положение какого-либо соперника. Ни в одном из этих случаев голос не может «отражать какое-либо *opinio juris* в соответствующем государстве. Более того ... возможно (и это часто имеет место) толковать процесс принятия решений в Организации Объединенных Наций в свете предположения «при отсутствии доказательств наличия у представителей государств всеобъемлющих полномочий» — что он не имеет обязательной силы»); Kirchner, выше, сноска 65, at p. 235 («Мы должны учитывать, что резолюции в силу своего характера, как правило, не порождают юридических обязательств. Государства, которые не используют форму договора, предположительно, не хотят быть связанными обязательствами вообще»).

¹¹⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Mopinierits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188.

¹¹⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 255, para 70. См. также R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), at p. 28 («Как и в случае с большинством норм международного права, нелегко ответить на следующий вопрос: какова роль резолюций международных организаций в процессе создания норм в международной системе. С тем чтобы ответить на этот вопрос, нам необходимо рассмотреть предмет рассматриваемых резолюций для установления того, имеют ли они обязательную или рекомендательную силу, поддержало ли большинство ее принятие, повторяющуюся практику, связанную с ними, доказательство *opinio juris*. Когда мы вращаем калейдоскоп и складывается определенная мозаика, они, несомненно, играют важную роль в создании норм»); B. Sloan, «General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)», *British Yearbook of International Law*, 58 (1987), pp. 39, 138 («Многие или все из вышеизложенных факторов в комбинации, присущей каждой резолюции, могут учитываться при рассмотрении различных последствий или воздействия, которое должно быть придано той или иной конкретной резолюции. Факторы могут не иметь равной релевантности или важности, применительно к различным последствиям, таких как эффективность, общая приемлемость в плане толкования, деклараторного воздействия или обязательной силы. Их значимость может варьироваться в отдельных резолюциях»); I. Brownlie, «Presentation», в A. Cassese and J. H. N. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), at p. 69 («Некоторые резолюции Генеральной Ассамблеи, не резолюции Генеральной Ассамблеи в общем, однако некоторые резолюции Генеральной Ассамблеи, являются важным доказательством состояния общего международного права. Текст резолюции и ход прений, ведущих к ее принятию, разъяснение мотивов голосования делегациями — все это является доказательством, но не более того, состояния международного права. Когда я говорю «доказательства», я не всегда говорю о том, что они являются благоприятными или позитивными. Таким образом, доказательства вскрывают такие разногласия во мнениях относительно различных аспектов резолюции, которые, рассматриваемые с точки зрения критериев международного обычного права, предполагают, что по-прежнему существует определенная дистанция по отношению к обычному международно-правовому формированию применительно к тому или иному предмету»); C. Economidès, «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», *Annuaire Français de Droit International*, 34 (1988), 131, 143–144 («если вышеуказанные условия объединяются (нормативное содержание, подавляющее большинство и т.д.), то положения этих резолюций могут трансформироваться в обычные нормы, и всегда одно из условий заключается в том, что государства их реально применяют, предпринимая действия, что всегда существенно важно для создания того или иного обычая»); Thirlway, выше, сноска 27, at p. 65

48. При такой оценке конкретная формулировка, использованная в той или иной конкретной резолюции, имеет чрезвычайно важное значение ... «как и с практикой государств содержание конкретного решения или степень, в которой были рассмотрены юридические вопросы, должны анализироваться, прежде чем придавать юридический вес»¹²⁰. Резолюции, сформулированные «в нормативных формулировках»¹²¹, — это резолюции, которые могут быть релевантными, и выбор (или отказ от выбора) конкретных терминов может быть значимым. Утверждалось, что характер использованной в резолюции формулировки «свидетельствуют о намерении государств-членов относительно юридической ее значимости»¹²².

49. Кроме того, важное значение в этой связи имеют обстоятельства, касающиеся принятия соответствующей резолюции. В их число, в частности, входят метод, использованный для принятия резолюции; результаты голосования (в соответствующих случаях); а также причины, которые государства указали для отражения своей позиции (например, во время переговоров по резолюции или разъяснения позиции, разъяснения мотивов голосования, а также заявления иного рода). Ясно, что «степень поддержки играет значимую роль. Резолюция, принятая консенсусом или единогласно, всегда будет иметь большее значение, чем резолюция, поддержанная лишь большинством государств в две трети. Резолюции, против которых выступило даже небольшое количество государств,

(«Существенно важно рассматривать каждый вид резолюции, если не каждую резолюцию по ее существу, поскольку относительная сила резолюции сама по себе и позиция государств-членов будут варьироваться в зависимости от формы и предмета рассматриваемой резолюции»).

¹²⁰ Crawford, *выше*, сноска 20, at pp. 194–195. См. например, *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. 102–103, para. 193; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 255, para 72. См. также Barberis, *выше*, сноска 114, at p. 34 («не имея нормоустановительной силы, резолюции, которые содержат рекомендации, стимулируют определенное мнение, поощряют к определенному поведению, содействуют сотрудничеству, предлагают принимать определенные меры или демонстрировать подобные проявления. Резолюции, которые используются в этом контексте, не создают никаких прав и не налагают никаких обязательств в юридическом плане; они содержат лишь рекомендацию или предложение, которое не подпадает под нормативную сферу»).

¹²¹ Tomka, *выше*, сноска 26, at p. 198. См. также Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, available at <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 10 («Формулировка и содержание резолюции способствуют определению ее нормативного содержания. Ссылки на международное право или эквивалентные выражения или их умышленное упущение являются релевантными, но сами по себе не носят определяющего характера»); Boyle and Chinkin, *выше*, сноска 62, at p. 225 («Нормообразующая резолюция или декларация не всегда должна провозглашать права или принципы в качестве правовой нормы, однако, как и в случае с договорами, формулировка должна носить «основополагающий нормоустановительный характер и могла бы рассматриваться как формирующая основу общей нормы права» (citing to the *North Sea Continental Shelf Cases*)).

¹²² M. Prost, P.K. Clark, «Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?», *Chinese Journal of International Law*, 5 (2006), pp. 341, 362.

могут оказывать незначительное воздействие, если в число этих государств входили государства, которые сразу подвергаются воздействию»¹²³.

50. В любом случае, как заявила дейм Розалин Хиггинс «необходимо проявлять осторожность и не использовать резолюции Генеральной Ассамблеи в качестве кратчайшего пути при установлении международной практики в полном ее объеме по этому вопросу — практика на более широкой мировой арене по-прежнему является релевантным контекстом, хотя в нем отчасти фигурируют резолюции Организации Объединенных Наций. Резолюции не могут служить субституту для целей установления обычая: эта задача по-прежнему будет требовать анализа других доказательств государственной практики наряду с коллективными деяниями, доказательства которых содержатся в резолюциях Генеральной Ассамблеи»¹²⁴.

51. В том случае, когда та или иная резолюция преследует цель декларирования права (а не цель создания новой нормы, хотя на практике такое различие не всегда легко провести¹²⁵), такие резолюции (даже, если они именуются «декларациями»¹²⁶) не являются окончательным доказательством и должны под-

¹²³ Boyle and Chinkin, *выше*, сноска 62, at p. 226 (которые добавляют, что «даже принятие путем консенсуса не будет достаточным, как это может казаться на первый взгляд, если они сопровождаются заявлениями с серьезными оговорками относительно того, что было согласовано, или если это лишь документы относительно соглашения не соглашаться без постановки вопросов на голосование»). См. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 71 («несколько резолюций, рассматриваемых в настоящем деле, были приняты при существенном количестве голосов против и воздержавшихся; поэтому, хотя эти резолюции четко свидетельствуют о наличии глубокой озабоченности по поводу проблемы ядерного оружия, они по-прежнему не могут служить основанием для установления наличия *opinio juris* относительно неправомерности применения такого оружия»); Öberg, *выше*, сноска 117, at pp. 900–901 («Поэтому значительное большинство имеет решающее значение... [Кроме того] обосновано, что те государства, которые реально занимаются определенной деятельностью, имеют веское право решать вопрос о том, как регулируется деятельность... [также релевантным является] метод принятия резолюций»); Akehurst, *выше*, сноска 36, at pp. 6–7.

¹²⁴ Higgins, *выше*, сноска 119.

¹²⁵ См. также Öberg, *выше*, сноска 117, at p. 896 («Допустим, что в практике сложно провести линию между тем, что, с одной стороны, является просто интерпретационным или деклараторным и с тем, что, с другой стороны, является подлинно созидательным»).

¹²⁶ См. также *memorandum of The Office of Legal Affairs of the Secretary General of the United Nations*, E/CN.4/L.610, 2 April 1962 («Декларация или рекомендация принимается посредством резолюции органа Организации Объединенных Наций. Как таковая она не может иметь обязательной силы по отношению к государствам-членам в том смысле, что договор или конвенция имеют обязательную силу для сторон исключительно в силу использования термина «декларация», а не термина «рекомендация»... Однако с учетом большей торжественности и значимости «декларации», она может читаться как подразумевающая от имени органа, принявшего ее, наличие сильной надежды на то, что государства международного сообщества будут ее соблюдать. Поэтому, поскольку эта надежда постепенно оправдывается государственной практикой, декларация может в силу обычая признаваться как излагающая нормы, имеющие обязательную силу для государств»); E. Suy, «Innovation in International Law-Making Processes», в R. St. John Macdonald et al. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), at pp. 187, 190 («Полномочия Генеральной Ассамблеи ограничиваются принятием резолюций. Они являются простыми рекомендациями, не имеющими юридически обязательной силы для государств-членов. Торжественные декларации, принимаемые либо единогласно, либо путем консенсуса, не имеют различного статуса,

вергаться скрупулезному анализу: во-первых, только в обстоятельствах, как это указывалось выше, согласие государств по отношению к тексту может «толковаться как признание действительности нормы или свода норм, зафиксированных в резолюции»¹²⁷. Во-вторых, соответствующая норма должна также соблюдаться в практике государств¹²⁸.

хотя их моральное и политическое воздействие будет одним из важных факторов при ориентации проводимой на национальном уровне политики. В декларациях часто содержатся ссылки на существующие нормы международного права. Они не создают их, а просто констатируют и одобряют их. Другие принципы, содержащиеся в таких декларациях, могут представляться как новое изложение правовых норм. Однако сам факт, что они приняты, не наделяет их какой-либо особой и автоматической силой... Таким образом, Генеральная Ассамблея может посредством своих торжественных деклараций придавать важный импульс возникновению новых норм, несмотря на тот факт, что принятие декларации само по себе не наделяет их качеством имеющих обязательную силу норм»); *KAING Guek Eav alias Duch*, Case No. 001/18–07–2007–ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 194 («Декларация 1975 года по вопросу о пытках является не имеющей обязательной силы резолюцией Генеральной Ассамблеи, и поэтому необходим больший массив доказательств для определения того, что дефиниция пыток, зафиксированная в ней, отражает международное обычное право в тот или иной релевантный момент времени»).

¹²⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 100, para. 188 («Влияние согласия на текст таких резолюций не может толковаться как просто согласие, связанное с «повторением или освещением» договорного обязательства, зафиксированного в Уставе. Напротив, оно может толковаться как согласие относительно действительности нормы или комплекса норм, зафиксированных ими самими в резолюции». См. также at p. 184 (Separate Opinion of Judge Ago) («Существуют... сомнения, которые, по моему мнению, должны быть выражены и касаться идеи... о том, что признание некоторых резолюций или деклараций, разработанных в рамках Организации Объединенных Наций или Организации американских государств, а также в другом контексте, может рассматриваться как неоспоримое доказательство существования в отношениях между соответствующими государствами совпадающего *opinio juris*, имеющего силу нормы международного обычного права»); I. Detter, «The Effect of Resolutions of International Organizations», in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), pp. 381, 387 («Подавляющее большинство голосов в Генеральной Ассамблее может служить указанием на то, что правовая норма существует, но не является неопровержимым доказательством ее наличия: все ситуации должны анализироваться по их существу. Если рекомендации в таких случаях отражают уже существующее право, то, разумеется, что это не рекомендации, которые имеют обязательную силу в таких случаях сами по себе: они являются обязательными в силу основного источника обязательства, зафиксированного в договорах или в обычном праве»); Schachter, выше, сноска 57, at p.730 («Поддержка в отношении декларирующих право резолюций в Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций должна была бы оцениваться в свете условий, касающихся такого действия. Далеко не ясно, что голосование по декларирующей право резолюции само по себе является неопровержимым доказательством убеждения в том, что резолюция отражает ту или иную юридическую норму. Могут присутствовать и другие факторы»); GaJa, выше, сноска 55, at p. 40 («резолюция, декларирующая наличие определенного принципа или нормы международного права, может восприниматься как выражение *opinio juris* почти всех государств: тех, которые голосовали в пользу резолюции или признали резолюцию путем консенсуса. Однако одна причина для неготовности придавать силу такой резолюции в качестве проявления *opinio juris* заключается в том, что резолюция часто принимается лишь в качестве «заявления о политическом намерении, а не формулировке права», как заявила администрация Соединенных Штатов, когда она разъясняла мотивы своего голосования в пользу резолюции о невмешательстве»);

52. Резолюции могут также «оказывать сильное влияние на развитие международного обычного права»¹²⁹. Это случай, когда резолюция придает импульс наращиванию общей практики, принятой в качестве правовой нормы, в соответствии с ее текстом; иными словами, «резолюция может содержать текст, свидетельствующий о возможной консолидации позиций государств, и в данном случае назидательное воздействие может быть релевантным с точки зрения влияния на поведение государств»¹³⁰. Аналогичным образом, та или иная

Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987), § 103, comment c («Как правило, международные организации не имеют полномочий формировать нормы права, и обычно их заключения по вопросам права не играют какой-либо особой роли, однако их деклараторные заявления являются определенным свидетельством того, что голосующие за них государства рассматривают в качестве того, что должно составлять право. Доказательственная сила таких резолюций варьируется. Резолюциям универсальных международных организаций, если они не являются противоречивыми и принимаются консенсусом или практически единогласно, придается существенно важное значение»).

¹²⁸ См. также Bernhardt, выше, сноска 62, at pp. 247, 267 («следует признать, что устные заявления не могут создавать обычные нормы, если реальная практика является иной»); S.M. Schwebel, «United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law», in A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 203, 210 («Для того чтобы носить деклараторный характер, должны отражаться восприятие и практика международного сообщества в целом; если зеркало разбито, его отражение не может быть неразбитым. Необходимо не только практически полное единогласие или же по меньшей мере целенаправленная поддержка со стороны всех групп; согласованность с практикой государств также требуется, если то, что декларируется в качестве действующего права, является правильным изложением того, что реально существует. Генеральная Ассамблея, не будучи наделена законодательными полномочиями, не может утверждать или отменять право просто посредством утверждения об этом (даже единогласно и неоднократно). Государства, которые собрались в Генеральной Ассамблее, могут только декларировать право, когда они на исключительной основе намерены провозглашать его и когда они делают это в соответствии с практикой государств, которая лежит в основе права»).

¹²⁹ Danilenko, выше, сноска 35, at p. 25.

¹³⁰ Sloan, выше, сноска 119, at p. 70. См. также Supreme Court of El Salvador, Case No. 26-2006 (12 March 2007), p. 14–15 («международные декларации выполняют косвенную нормативную функцию в том смысле, что они предлагают не имеющее обязательной силы, но желательное поведение. ... Декларации предполагают *opinio juris* (в смысле обязательства), которого должны придерживаться государства в целях формирования международного обычая в средне- или долгосрочной перспективе ... международные декларации, даже если они не имеют обязательной силы, значительно содействуют формированию имеющих обязательную силу источников международного права, будь то в силу предсказания обязательного характера определенной государственной практики или посредством содействия заключению договора на основе определенных рекомендаций [содержащихся в таких декларациях]»); German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1–5/03, 1, 2/06, para 39 («Документ [кодификационный проект КМП по вопросу об ответственности государств] был принят Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 12 декабря 2001 года. Однако это не ведет *eo ipso* ни к обычно-правовому применению, ни к юридически обязательному применению по иной причине, однако может служить в качестве указания на наличие юридической убежденности, поскольку это необходимо для формирования обычного права»); *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I.C.J. Reports 1995*, p. 288, at p. 406 (Dissenting Opinion of Judge Sir Geoffrey Palmer) («Определенно можно заявить, что некоторые из этих принципов, изложенные в [Стокгольмской] декларации

резолюция может консолидировать формирующуюся норму международного обычного права¹³¹.

53. Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций имеет рекомендательные полномочия, и как таковые ее резолюции не являются обязательными¹³². Как указывалось выше, такие резолюции вполне могут играть важную роль в деле формирования и выявления норм международного обычного права; однако они не могут сами по себе и *ipso facto* создавать международное обычное право¹³³. Это отражает не только положения Устава Организа-

[Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды], получили широкую поддержку в практике государств наряду с убеждением государств, что они юридически связаны ими и что они теперь стали частью международного обычного права»); Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, available at <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 1, Conclusion 22 («Принципы и нормы, провозглашенные в какой-либо резолюции, могут влиять на практику государств или инициировать новую практику, которая является составным элементом нового обычного права. Та или иная резолюция может способствовать консолидации государственной практики или формированию *opinio juris communis*»).

¹³¹ См. также Thirlway, выше, сноска 27, at p. 70 («Разумеется можно признать, что резолюция Генеральной Ассамблеи может способствовать упрочению процесса и что наличие такого рода резолюции, декларирующей или претендующей на изложение правовых норм, потребует только сравнительно незначительных доказательств реальной практики для поддержки вывода о том, что рассматриваемая норма перешла в общее обычное право. Тем не менее следует особо подчеркнуть, что Ассамблея не может менять или создавать новое право... Идея о праве, *создаваемом* в силу резолюции Генеральной Ассамблеи ... является неуместной, за исключением некоторых ограниченных областей, связанных с Уставом»); Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, available at <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 14 («В ситуациях, когда норма обычного права формируется на основе государственной практики или когда по-прежнему существуют сомнения относительно того, является ли норма, хотя уже и применяемая международным органом или несколькими государствами, нормой права, резолюция, принятая в отсутствие возражающих или воздержавшихся, может консолидировать обычай или устранять возможно существующие сомнения»).

¹³² За исключением бюджетных или иных вопросов, носящих внутренний характер по отношению к Организации Объединенных Наций. См. также, например, S.M. Schwebel, "The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73 (1979), p. 301 («Это банально, но не менее справедливо в том, что касается того, что Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций не обладает законодательными полномочиями. Говоря в общем, ее резолюции не имеют обязательной силы для государств — членов Организации Объединенных Наций или обязательной силы в международном праве в целом. Это вряд ли может быть по-иному. Мы не располагаем всемирным законодательным органом ... ни одно из выражений в Уставе не дает оснований предполагать, что она имеет право принимать или менять нормы международного права»).

¹³³ Однако см. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at p. 99 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun) («Генеральная Ассамблея подтвердила правомочность этой борьбы [за освобождение от иностранного господства] по меньшей мере в четырех резолюциях ... которые, толкуемые совместно, уже представляют собой обычай»); B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), pp. 23, 37 («Отсутствуют причины, по которым *opinio juris communis* может не сформироваться в течение очень короткого времени в отношениях между всеми или просто некоторыми государствами — членами

ции Объединенных Наций, но и основополагающее требование в отношении общей практики (признанной в качестве правовой нормы), с тем чтобы та или иная норма международного обычного права возникла (или была установлена): «Самое большое, что можно сказать [о резолюциях Генеральной Ассамблеи] — это то, что подавляющее (или даже единогласное) одобрение является свидетельством наличия *opinio juris sive necessitatis*; но это не порождает право без какой-либо сопутствующей практики и практика не будет действовать до тех пор, пока государства не изменят свою национальную политику и законодательство»¹³⁴. Иными словами, «резолюция сама по себе не имеет какой-либо

Организации Объединенных Наций, в результате чего в отношениях между ними начинает действовать новая норма международного обычного права. И также отсутствуют причины, по которым они не могут использовать резолюции Генеральной Ассамблеи для «перевода в действующую плоскость» их нового общего *opinio juris*»; *ILA London Statement of Principles*, p. 61 («Резолюции, принятые единогласно или почти единогласно и которые свидетельствуют о четком намерении их сторонников изложить норму международного права, могут в очень исключительных случаях создавать общее обычное право в силу самого факта их принятия...»); G.H. Lockwood, «Report on the Trial of Mercenaries: Luganda, Angola», *Manitoba Law Journal*, 7 (1977), pp. 183, 195–197; R. Wolfrum, «Sources of International Law», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), para. 43 («неоднократные резолюции Генеральной Ассамблеи, принятые консенсусом или единогласно, могут учитывать государственную практику и тем самым создавать новое международное обычное право»).

¹³⁴ Suu, выше, сноска 126, at p. 190. См. также *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at pp 169–170 (Separate Opinion of Judge Van Wyk) («Заявители не стремились к применению традиционных норм, касающихся выработки обычного права. Напротив, утверждение заявителей было сопряжено с новаторским предположением о том, что органы Организации Объединенных Наций располагают определенным видом законодательной компетенции, когда они могут создавать обязательства для несогласного меньшинства. Из положений Устава четко явствует, что такая компетенция отсутствует, и, по-моему мнению, было бы совершенно неправильным проводить эту идею под личиной новеллы и несостоятельного толкования статьи 38 (1) (b) Статута настоящего Суда»); T. Buergenthal, S.D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th edition (West Publishing, 2013), at p. 36 («то, как государства голосуют, и что они заявляют в международных организациях, — это одна из форм государственной практики. Ее значимость в нормотворческом процессе зависит от степени, в которой эта государственная практика согласуется с современным поведением и заявлениями государств в других контекстах»); Tomka, выше, сноска 26, p. 211 («Резолюция не имеет какой-либо юридической силы сама по себе, и она должна рассматриваться на предмет того, существует ли в действительности общее мнение государств о том, что резолюция отражает имеющую обязательную силу норму международного права, а именно, что проявление практики государств в соответствии с этой нормой может констатироваться как мотивированное этой нормой»); Öberg, выше, сноска 117, at p. 904 («Поскольку резолюции являются лишь информационным наполнением *opinio juris*, в то время как практический элемент обычного права в современной практике Международного Суда является чужеродным, резолюции не оказывают какого-либо реального или самостоятельного материально-правового воздействия. Можно говорить о том, что их последствия являются пресубстантивными, закладывающими основу для реального субстантивного воздействия при определении наличия отсутствующего элемента»); P. de Visscher, «Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale des l'Organisation des Nations Unies», in *Festschrift für Rudolf Bindschedler* (Stämpfli, 1980) at pp. 173, 182 («Разумеется, голоса, как единогласные, так и повторяющиеся, высказанные за эти резолюции, никогда не отражают межгосударственную практику, которая является первичным элементом любого обычая. Однако результаты этого голосования, независимо от самого происхождения обычая, представляют собой субъективный элемент, так сказать *opinio juris*, или убеждение о

юридической силы и должна рассматриваться на предмет того, существует ли в действительности общее мнение государств о том, что в резолюции излагается имеющая обязательную силу норма международного права, как это имеет место в случаях государственной практики, согласно которой можно утверждать, что норма основывается на этой норме»¹³⁵. Повторяющееся воспроизведение в последующих резолюциях не носит иного характера в этой связи¹³⁶.

правомерности норм. Это то же, что обычно обозначается, когда речь идет о консолидации или формировании обычая в процессе его возникновения. Кроме того, результаты такого голосования представляют собой элемент убедительного доказательства наличия какого-либо оспариваемого обычая»; A.M. Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), pp. 295, 363 («Существует еще одна проблема помимо осведомленности государств и их представителей относительно того, что резолюции Генеральной Ассамблеи не имеют юридической силы — одна из логических заключается в том, что... голосование за ту или иную резолюцию может свидетельствовать о наличии *opinio juris*, если только оно обязывает голосующее государство следовать положению о том, что любая норма этой резолюции имеет юридически обязательную силу. Однако если голосование не носит обязательного характера, то не ясно, как оно может чем-либо связывать государства»); M. Mendelson, "The International Court of Justice and the Sources of International Law", in V. Lowe, M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), at p. 87 («хотя в любом случае спорно, что заявление или голосование в Ассамблее является (слабой) формой практики, как представляется, отношение к подобным действиям как в практике, так и в рамках *opinio juris*, как уже указывалось, является формой двойного учета, не допустимой не только в силу ее несогласуемости с указанием Суда на два отдельных элемента обычного права, но и в силу вывода о том, что это «станет мгновенным (обычным) правом». Это не то, что было задумано составителями Устава, и даже сегодня ясно, что государства в общем не поддерживают»).

¹³⁵ Tomka, выше, сноска 26, at 211 (который добавляет, что «в конечном счете, именно «общая практика, признанная в качестве правовой нормы» представляет собой источник обычая, однако определение того, что государства признают ту или иную резолюцию Генеральной Ассамблеи в качестве нормативной, будет важным доказательством, подразумевающим, что соответствующая практика признается в качестве правовой нормы»). См. также 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 & Sons, 1982), at pp. 10, 22 («Роль резолюций, ... является лишь косвенной. Они могут инициировать будущую практику; она может разъяснять или подтверждать прошлую или современную практику; она является частью нормотворческого процесса, однако сама по себе не является нормообразующей. Нормообразующее или обязательное воздействие вытекает из сочетания соответствующей практики и признания в качестве нормы права»); P.-M. Dupuy, "Théorie des sources et coutume en droit international contemporain", в *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga* (Fundación de cultura universitaria, 1994), at pp. 51, 67 («государственное согласие с юридическим характером в связи с этими нормами [заявлениями Генеральной Ассамблеи] всегда необходимо в той или иной форме, а именно в форме формальной декларации в ее пользу, эффективной практики, свидетельствующей об убежденности ее автора или раннего, или позднего признания в качестве одобрительного»).

¹³⁶ См. также MacGibbon, выше, сноска 135, at p. 17 («Действительное отсутствие какой-либо новой конвенционной или обычной нормы международного права, наделяющей Генеральную Ассамблею законодательными функциями, которыми она в настоящее время, как представляется, не обладает, подрывает все попытки придания юридически обязательной силы либо какой-либо одной резолюции Генеральной Ассамблеи *per se*, либо нескольким или последовательно принимающимся таким резолюциям, независимо от того, сколь бы многочисленными они ни были. Рекомендация не трансформируется в

54. В Часть пятую предлагается включить следующий проект вывода:

Проект вывода 13

Резолюции международных организаций и конференций

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

V. Судебные решения и труды юристов

55. Судебные решения и доктрины (труды) специалистов являются вспомогательным средством для определения норм международного права (статья 38.1(d) Статута Международного Суда). Как таковые они потенциально являются релевантными по отношению ко всем формальным источникам международного права, и это особенно актуально в случае международного обычного права¹³⁷.

юридическое обязательство лишь в силу подтверждения и неоднократного цитирования, независимо от количества ... Простое неоднократное воспроизведение не приводит к магическому изменению правового характера той или иной резолюции»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 532 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry) («Заявления главного представительного органа мирового сообщества — Генеральной Ассамблеи — сами по себе не могут формировать право, однако, когда они повторяются в целом ряде резолюций так часто и так определенно... это серьезно усиливает... [мнение о том, является что-либо юридическим или нет] согласно международному обычному праву»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at pp. 435-436 (Dissenting Opinion of Judge Barwick) («... может быть так, ... что резолюции Организации Объединенных Наций и другие проявления международного мнения, сколь бы частыми и многочисленными и эмфатическими они ни были, недостаточны для обоснования мнения о том, что в настоящее время обычное право содержит запрет на испытание ядерного оружия»). Однако см. *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 292 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Понимается, мы не можем признать, что отдельные резолюции, декларации, судебные решения, постановления и т.д. имеют обязательную силу для членов организации. То, что требуется для целей международного обычного права, — это повторение одной и той же практики; соответственно, в случае резолюции, декларации и т.д. по одному и тому же вопросу в одних и тех же или различных организациях они должны приниматься неоднократно»).

¹³⁷ А также в отношении общих принципов права по смыслу статьи 38.1(c) Статута Международного Суда. Они являются источником права, отличающимся от международного обычного права, и как таковые выходят за рамки нынешней темы. Когда они сопровождаются практикой и *opinio juris*, они могут трансформироваться в нормы международного обычного права (Н. Waldock: «всегда будет существовать тенденция в направлении признания того, что общий принцип национального права, признанный в международном праве, трансформируется в обычное право» (*выше*, сноска 33, pp. 39, 62)). Поэтому они должны рассматриваться как «переходный источник» в том смысле, что их неоднократное использование на международном уровне может привести к их трансформации в нормы международного обычного права: A. Pellet, «L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale», 329 *Recueil des cours* (2007), p. 26.

56. В статье 38.1(d) Статута Международного Суда предусматривается следующее:

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

...

d) 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».

57. Практическая важность судебных решений и трудов специалистов для выявления норм международного обычного права была особо подчеркнута в подготовленном Секретариатом меморандум, где отмечалось, что «в ходе анализа международного обычного права Комиссия часто обращается к судебным решениям и работам специалистов в области права»¹³⁸. В меморандуме содержатся пять «замечаний», связанных с этим вопросом, а также примеры¹³⁹:

A. Судебные решения¹⁴⁰

¹³⁸ Меморандум Секретариата, пункт 30.

¹³⁹ Там же, пункты 30–33. Замечания 1 и 15–18 гласят следующее:

- «Для выявления наличия нормы международного обычного права Комиссия нередко проводит обзор всех имеющихся свидетельств в общей практике государств, а также их взглядов или позиций, часто вместе с решениями международных судов и трибуналов, а также работ юристов».
- «В ряде случаев Комиссия ссылается на решения международных судебных органов или трибуналов как на документы, авторитетно отражающие статус той или иной нормы международного обычного права».
- «Кроме того, Комиссия часто ссылается на судебные решения в качестве одного из доводов в пользу существования или отсутствия той или иной международной обычной правовой нормы».
- «Иногда Комиссия также использует решения международных судов и трибуналов, включая арбитражные решения, в качестве вторичных источников для целей выявления соответствующей практики государств».
- «В процессе выявления норм международного обычного права Комиссия часто обращается к трудам и мнениям юристов».

¹⁴⁰ См. H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), p. 65; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 2nd edition (Stevens, 1958, reprinted Grotius, 1982, Cambridge University Press, 1996); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), pp. 91–103; R. Jennings, “The Judiciary, National and International, and the Development of International Law”, 102 *International Law Reports*, pp. ix–xiii; R. Jennings “Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law”, в *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica Napoli, 2004), at pp. 319–338; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th edition, Vol. 1 (Longman, 1992), at pp. 41–42; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920–2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), at pp. 1552–1558; P. Daillier, M. Forteau, and A. Pellet, *Droit International Public*, 8th edition (L.G.D.J., 2009), paras. 259–260; Pellet, *выше* сноска 20, at MN 306–334; Crawford, *выше*, сноска 20, at pp. 37–42; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence* (Oxford University Press, 2013), at pp. 247–252, 1206–1210; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127–131; Shaw, *выше*, сноска 22, at pp. 78–80.

58. Решения¹⁴¹ национальных судов могут играть двоякую роль применительно к международному обычному праву: и не только в качестве государственной практики¹⁴², а также в качестве средства для определения норм международного обычного права¹⁴³. Когда речь идет о последней функции, то к ним следует подходить с особой осторожностью, поскольку «национальные суды рассматривают международное право по-другому, чем международные суды»¹⁴⁴.

59. В то время как решения международных судов и трибуналов относительно существования норм международного обычного права и содержания не являются «практикой», они играют важную роль в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм»¹⁴⁵.

¹⁴¹ В этом контексте термин «решения» включает в себя консультативные заключения и постановления по итогам случайных разбирательств. В то время как международные суды и трибуналы зачастую являются органами международных организаций, их решения лучше всего рассматривать как вспомогательные средства для определения норм права, а не как средства, способствующие формированию «практики» организации.

¹⁴² A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 41(e). См. также A. Gattini, “Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale”, in D. Alland et al. (eds.), *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (Martinus Nijhoff, 2014), at pp. 253–273.

¹⁴³ Порой это ставится под сомнение, однако сложно понять, почему решения национальных судов, в которых часто затрагиваются вопросы международного права, должны быть исключены из сферы действия термина «судебные решения» из статьи 38.1(d). Отсутствуют причины, по которым можно предположить, что составители Статута добивались такого результата.

¹⁴⁴ C. Greenwood, ‘The Contribution of National Courts to the Development of International Law, Annual Grotius Lecture, 4 February 2014, с текстом резюме можно ознакомиться в сети Интернет по адресу: http://www.bicil.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf. Что касается материалов двух недавно проведенных исследований практики национальных судов, то см. A. Reinisch, P. Bachmayer, ‘The Identification of Customary International Law by Austrian Courts’, available at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788>; A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (Dalloz, 2015).

¹⁴⁵ A/CN.4/672, выше, сноска 6, para. 46; однако см. Bernhardt, выше, сноска 62, at p. 270 («Как хорошо известно, статья 38 Статута Международного Суда включает в число источников международного права судебные решения, однако лишь в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм». Эта формула недооценивает роль решений международных судов в процессе нормообразования. Убедительно сформулированные судебные решения зачастую играют самую важную роль в процессе выработки норм, даже если в теории суды принимают действующее право и не создают новое право»). В любом случае решения международных судов и трибуналов и труды ученых могут также быть вторичными источниками для цели определения государственной практики: см. *Меморандум Секретариата*, замечание 17 и пункт 33. См. также J.A. Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, *Annuaire Français de Droit International*, 36 (1990), pp. 9, 22 («Кроме того, обычное право может создаваться в силу решений международных трибуналов. Таким образом, было сочтено, что норма, согласно которой та или иная сторона не может возражать против другого факта невыполнения обязательств или неиспользования какого-либо средства правовой защиты, если первая посредством деяния, противоречащего праву, препятствует второму государству создавать обязательства или обращаться к судебному органу, является «общим принципом, признанным в арбитражной международной практике». Основные нормы, которые лежат в основе арбитражной процедуры, — это нормы, установленные в практике арбитражных трибуналов. В этом смысле можно в первую очередь сослаться на норму,

60. В международном праве отсутствует доктрина *stare decisis*¹⁴⁶. Нельзя говорить о том, что решения международных судов и трибуналов играют решающую роль для целей выявления норм международного обычного права. Их значимость разнится в зависимости от качества аргументации, состава суда или трибунала и большинства, которое их приняло. Кроме того, необходимо учитывать, что международное обычное право может эволюционировать в период после даты принятия того или иного конкретного решения¹⁴⁷. Тем не менее судебные решения, особенно Международного Суда и специализированных трибуналов, таких как Международный трибунал по морскому праву, часто рассматриваются в качестве авторитетных¹⁴⁸. Это же справедливо в отношении некоторых арбитражных решений¹⁴⁹.

61. Примеры учета судебных решений для определения норм международного обычного права многочисленны. Международный Суд часто ссылается на свои предыдущие решения и на решения своего предшественника — Постоянной Палаты Международного Суда. Действительно, как представляется, он проявляет весьма значительное нежелание отходить от своих предыдущих решений.

согласно которой любой судья имеет свою собственную компетенцию. Эта норма, в общем именуемая «нормой юрисдикции юрисдикции», ведет свое начало от арбитражных решений... . Норма, которая наделяет тот или иной трибунал правом определять меры охранительного характера, сегодня свидетельствует о наличии обычного права и сложилась на основе международной судебной практики. Аналогичным образом, некоторые нормы толкования имеют одно и то же происхождение и в качестве примера можно упомянуть норму об эффективном действии»).

¹⁴⁶ G. Acquaviva, F. Pocar, “*Stare decisis*”, в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007).

¹⁴⁷ См. также J.A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart, 2009), at p. 25 («существует опасность того, что государства и ученые толкуют решения [международных судов и трибуналов] как выражение международного права, а фактически любое решение в лучшем случае «замораживает» это право»).

¹⁴⁸ См. также J. Crawford, ‘The Identification and Development of Customary International Law’, Keynote speech at the Spring Conference of the ILA British Branch, 23 May 2014 («Даже если решения Суда имеют обязательную силу только для соответствующих сторон и в качестве просто как «вспомогательного средства для определения правовых норм», на практике они рассматриваются как «авторитетные изложения нынешнего состояния международного права». Это явствует из государственной практики в ответ на решения Суда, касающиеся международного обычного права. После решения по делу о *Никарагуа* обычный характер общих статей 1 и 3 Женевских конвенций 1949 года в настоящее время «воспринимается как само собой разумеющееся и никогда под сомнение не ставился». Это очевидно проявляется в том влиянии, которое Суд оказывает на другие международные суды и трибуналы» (сноски опущены)).

¹⁴⁹ Существуют различные подборки арбитражных решений, или особенно важной является публикация Организации Объединенных Наций *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA).

В. Труды специалистов¹⁵⁰

62. Порой утверждалось, что труды специалистов являются особо важными для систематизации и даже развития международного права в течение прошлых столетий¹⁵¹. В настоящее время их роль, по всей видимости, рассматривается как менее исключительная, однако — в зависимости в значительной степени от их качества — их труды по-прежнему являются полезным источником информации и анализом для целей выявления норм международного обычного права.

63. Роль «доктрины наиболее квалифицированных специалистов различных наций»¹⁵² в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм хорошо отражена в часто цитируемых выражениях г-на судьи Грея в решении по делу *The Paquete Habana*: «К таким трудам обращаются судебные трибуналы, причем не для изложения гипотез их авторов относительно того, каким бы право могло быть, а для установления надежных доказательств реального содержания права»¹⁵³.

64. Мнения ученых должны учитываться в свете различных факторов, таких как степень, в которой они призваны отражать позиции конкретных государств или групп государств, какие подходы они применяют для выявления международного обычного права и их стремления к укреплению той или иной конкретной точки зрения или к формулированию предложений относительно новых норм права¹⁵⁴.

¹⁵⁰ См. G. Schwarzenberger, “The Province of Doctrine of International Law”, в G. W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems* (Stevens, 1956), at pp. 235–65; J. François, “L’influence des publicistes sur le développement du droit international”, in *Mélanges en l’honneur de Gilbert Gidel* (Sirey, 1961), at pp. 275–281; C. Parry, выше, сноска 140, at pp. 103–108; E. Münch, “Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht”, in *Université Genève et Institut de Hautes Études Internationales Genève, Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Imprimerie de La Tribune Genève, 1968), at pp. 490–507; M. Lachs, “Teachings and Teaching of International Law”, 151 *Recueil des cours* (1976), pp. 161–252; A. Oraison, “Réflexions sur la “doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations”: Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées”, *RBDI*, 24 (1991), pp. 507–80; Rosenne, выше, сноска 140, at pp. 1558–1560; Pellet, выше, сноска 20, at MN 335–339; M. Wood, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010); Daillier, Forteau and Pellet, выше, сноска 140, at paras. 256–258; M. Diez de Velasco, выше, сноска 140, at p. 131; Thirlway, выше, сноска 18, at pp. 126–128; Shaw, выше, сноска 22, at pp. 80–81.

¹⁵¹ Грей предполагает, что «до появления сколь-нибудь крупного массива государственной практики или юридических прецедентов, преимущественный статус имели специалисты в области международного права: D.W. Greig, *International Law* (Butterworth, 1970), at p. 40.

¹⁵² Они часто ссылаются как на «труды» или «литературу» (доктрину — в текстах на французском языке).

¹⁵³ *The Paquete Habana and The Lola*, US Supreme Court [8 January 1900] 175 US 677 at 700. Верховный судья Фуллер, который высказал особое мнение и предостерег ученых, заявив, что «[и]х серьезные труды могут быть убедительными, но не авторитетными» (at 720).

¹⁵⁴ R. Jennings, выше, сноска 140, at pp. 328–329 («Эти и другие источники доктрины могут или не могут в конкретных случаях четко устанавливать, идет ли в них речь о *lex lata* или *lex ferenda* ... заинтересованные группы, формирующие доктрину, зачастую считают выгодным размыть это различие и облечь их предложение в форму действующего права ...»). См. также J. Kammerhofer, “Law-Making by Scholars”, в C. Brölmann and Y. Radi

65. Среди имеющих особую важность трудов ученых могут играть коллективные работы, в частности, тексты и комментарии по итогам работы Комиссии международного права¹⁵⁵, а также работы частных структур, таких как Институт международного права и Ассоциация международного права. Однако, как и в случае со всеми трудами специалистов, важно, причем не всегда легко, проводить различие между теми трудами, призванными отражать действующее право (кодификация, или *lex lata*), и теми трудами, которые направлены на прогрессивное развитие (или *lex ferenda*). Как указывалось в связи с разработанными Комиссией статьями об ответственности международных организаций «суды и другие структуры должны подходить к этим статьям ... с определенной степенью осторожности. Они должны ... анализировать доказательства при определении статуса определенных положений, зафиксированных в проекте»¹⁵⁶.

66. Примеры прямой ссылки на труды отдельных авторов (в отличие от ссылок на материалы Комиссии международного права и некоторые иные коллективные работы) по-прежнему очень редки в прецедентном праве Международного Суда¹⁵⁷. Это не всегда означает, что они не являются важными, и они

(eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, 2015, forthcoming), available at <SSRN:http://ssrn.com/abstract=2182547>.

¹⁵⁵ В число примеров входит ссылка на работу КМП над темой о праве международных договоров в деле *о военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против нее* (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки) применительно к *jus cogens* (at para. 190); и ссылка на принятые в первом чтении проекты статей об ответственности государств в решении по делу *Габчикова-Надьмарош* (Венгрия/Словакия) (at para. 50). В более недавнем времени Международный Суд ссылался на окончательные проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, например в своем решении от 19 декабря 2005 года по делу *о вооруженной деятельности на территории Конго* (Демократическая Республика Конго против Уганды) (at para. 160), в котором Суд сослался на статьи 4, 5 и 8 статей 2001 года. Кроме того, в деле *касающемся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него* (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории) (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, Суд пространно ссылался на статьи КМП об ответственности государств. См. также Томка, выше, сноска 26, at p. 202. («кодификационные материалы, разработанные Комиссией международного права, оказались наиболее ценными [для Суда при установлении наличия той или иной нормы международного обычного права] в первую очередь, благодаря скрупулезности процедур, использовавшихся КМП ...»).

¹⁵⁶ M. Wood, "Weighing the articles on responsibility of international organizations", в M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp. 55, 66.

¹⁵⁷ M. Peil, "Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1 (2012), p. 136.

зачастую фиксируются в отдельных или особых мнениях, а также в решениях других международных судов и трибуналов и внутригосударственных судов¹⁵⁸.

67. В новую Часть пятую предлагается включить следующий проект вывода:

Проект вывода 14

Судебные решения и труды специалистов

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

VI. Релевантность международных организаций

68. Во втором докладе указывалось на то, что практика международных организаций также может быть релевантной для выявления международного обычного права¹⁵⁹. В значительной степени это было поддержано в

¹⁵⁸ См., например, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore — Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 95, 98; German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1–5/03, 1, 2/06, paras. 64–65; *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), paras. 25–29; *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR–96–10–A and ICTR–96–17–A, Judgment (Appeals Chamber), International Criminal Tribunal for Rwanda, para. 518; Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal Case No. 002/19–09–2007–EEEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 61 (referring also to previous ICTY case on the matter); *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT–96–21–T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 342; *KAING Guek Eav alias Duch*, Case No. 001/18–07–2007–ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), paras. 114–116; *Prosecutor v. Šainović and Others*, Case No. IT–05–87–A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 23 January 2014, para. 1647 (and the reference therein); 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 47; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, *Advisory Opinion*, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, para. 169.

¹⁵⁹ A/CN.4/672, paras. 43–44. Во втором докладе предлагается, чтобы термин «международная организация» определялся (для целей проекта выводов) в качестве межправительственной организации». Однако в 2014 году Редакционный комитет выразил мнение о том, что было бы преждевременным делать выбор между возможными определениями до рассмотрения настоящего доклада. Намерение Специального докладчика заключается в том, что термин «международная организация» в проектах выводов должен указывать на те организации, которые обладают международной правосубъектностью и члены которых являются, в первую очередь, государства или другие международные организации. В настоящее время Специальный докладчик не считает необходимым включать какое-либо определение в проекты выводов, при условии, что разъяснение будет приведено в комментарии. Это вопрос, который Редакционный комитет может продолжить обсуждать.

Комиссии¹⁶⁰, однако возникли различные вопросы относительно особого характера такой роли¹⁶¹. Проект вывода 4[5], пункт 2, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом в 2014 году, предусматривает следующее:

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

В сноске к докладу Председателя Редакционного комитета указывалось, что проект вывода 4[5] должен быть рассмотрен снова на сессии Комиссии 2015 года в свете анализа вопроса о практике международных организаций в настоящем докладе. Аналогичным образом, в сноске к проекту вывода 6[7] указывается, что «формы практики международных организаций будут изучаться в будущем»¹⁶².

69. Недавно Комиссия смогла прокомментировать вопрос о различии между государствами и международными организациями. В своем общем комментарии к принятым в 2011 году статьям об ответственности международных организаций Комиссия заявила следующее:

«Международные организации сильно отличаются от государств и, кроме того, очень разнообразны сами по себе. В отличие от государств они не обладают общей компетенцией и создаются для выполнения конкретных функций («принцип специализации»). Между международными организациями существуют очень большие различия с точки зрения полномочий и функций, членского состава, отношений между организацией и ее членами, процедур обсуждения вопросов, структуры и средств, а также первичных норм, включая договорные обязательства, которыми они связаны»¹⁶³.

¹⁶⁰ Уже признала в 1950 году Комиссия, что «материалы накопившейся практики международных организаций могут рассматриваться как доказательство международного обычного права применительно к отношениям государств с организациями» (“Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available”, Report of the International Law Commission on its Second Session (A/CN.4/34), *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. II, p. 372, para. 78); см. также Меморандум Секретариата, Замечание 13 («В определенных обстоятельствах для выявления существования нормы международного обычного права Комиссия руководствуется практикой международных организаций. В этой связи рассматриваются различные аспекты практики международных организаций, включая их внешние связи, осуществление ими своих функций, а также позиции, занимаемые их органами по конкретным ситуациям или общим вопросам международных отношений»).

¹⁶¹ См. например, Mr. Murphy’s intervention: summary record A/CN.4/SR.3224 (16 July 2014). Последующее соображение относительно затронутых вопросов см. M. Wood, “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48 (2015).

¹⁶² См. также *Interim Report of the Chairman of the Drafting Committee*, 7 August 2014, pp. 9–10.

¹⁶³ Проекты статей об ответственности международных организаций, общий комментарий, пункт 7 (*Доклад Комиссии международного права, 2011 год*, A/66/10, пункт 88), воспроизводится в M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp. 449–451.

70. Государства по-прежнему являются основными субъектами международного права и, как разъяснялось во втором докладе, в первую очередь их практика способствует формированию и констатации норм международного обычного права¹⁶⁴. Кроме того, именно государства (большой частью) создают и контролируют международные организации и наделяют их полномочиями выполнять в качестве обладающих отдельной международной правосубъектностью лиц различные функции на международной арене для решения определенных задач, общей для их членов¹⁶⁵. Таким образом, в общем «представляется преждевременным приравнивать такие нормативные полномочия [которые могут иметь некоторые международные организации] к подлинно самостоятельным законодательным полномочиям»¹⁶⁶; в то же время с учетом того, что

¹⁶⁴ A/CN.4/672, пункт 43.

¹⁶⁵ См. также L. Hannikainen, “The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law”, *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), pp. 125, 130 («Повышение степени важности международных организаций не означает, что они стали выше государств или серьезно посягают на государственный суверенитет. Государства по-прежнему являются основными действующими лицами на международной арене; как основатели и члены международных организаций они способны контролировать созданные ими структуры или даже распускать их. В то же время следует учитывать, что государства преднамеренно наделили международные организации различными видами полномочий, а некоторые международные организации даже наднациональными полномочиями ...»); A. Roberts, S. Sivakumaran, “Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), pp. 107, 117–118 («С нормативной точки зрения получившие от государств полномочия органы создаются и уполномочиваются государствами, что создает основу для утверждения о том, что нормотворческие полномочия, осуществляемые такими органами, вытекают из государственного согласия. Кроме того, после любого первоначального делегирования нормотворческих полномочий государства сохраняют различные формальные и неформальные полномочия применять санкции в отношении получивших от государств полномочия органов, если они выходят за рамки своих законодательных функций ... Поэтому любая роль, которую такие органы играют в сфере формирования права, зависит от первоначального государственного согласия или, по меньшей мере, в определенной степени от согласия государств в тот или иной период времени»); C. Parry, выше, сноска 140, at pp. 8–9 («если любой элемент международного законодательства должен определяться в деятельности международных организаций, сторонники таких структур должны хорошо помнить, что теория, на базе которой они были созданы, это делегирование полномочий со стороны государства»). Государства (как члены организаций, так и нечлены) могут также быть объектом поведения международной организации: см., например, D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005), at p. 116 («государство может пожелать настойчиво возражать против порядка, в котором делегированные полномочия осуществляются в рамках организации, именно с тем чтобы не допустить появления в будущем какой-либо обычной нормы, которая может появиться в результате действий организации, имеющей обязательную силу для государства, и тем самым ограничивать ее одностороннее осуществление полномочий вне контекста организации»); J.E. Alvarez, *International Organization as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), at p. 593.

¹⁶⁶ Prost and Clark, выше, сноска 122, at pp. 354, 367–368 (которые добавляют, что «для нынешних целей решающий фактор заключается в том, способна ли организация по-настоящему выражать самостоятельную волю, т.е. волю, которая является не только суммой волеизъявлений индивидуальных ее членов, и имеет ли это независимое волеизъявление обязательную силу для государств-членов ... По этому вопросу по-прежнему ведутся активные и пространные дебаты ... На данном этапе развития международно-правового сообщества МО по-прежнему в значительной степени не способны инициировать возникновение полномочия, которое в действительности автономно от суверенных государств. Так, институциональная логика никогда не затмевает

действительно «субъекты права в любой правовой системе не всегда идентичны по своему характеру или объему своих прав и их природа зависит от потребностей сообщества»¹⁶⁷, реализация международными организациями их функций вполне может быть релевантной для целей выявления международного обычного права. Это общее понятие получило значительную поддержку во время проводившихся в 2014 году в Шестом комитете прений¹⁶⁸.

71. С самого начала следует провести два следующих различия. Во-первых, и это имеет основополагающее значение, мы должны проводить различие между практикой государств в рамках международных организаций и практикой международных организаций как таковых. Хотя это не всегда легко сделать (в частности, когда соответствующий орган организации состоит из государств)¹⁶⁹, и хотя в литературе зачастую отсутствует ясность, в принципе,

государственную логику. Напротив, она предполагает, отражает и в определенной степени расширяет национальную государственную систему» (сноски опущены)). См. также J. Klabbers, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", в E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pp. 179, 183 («для того, чтобы сколь-нибудь предметным образом прокомментировать роль международных организаций в области формирования международного обычного права, необходима некая перспектива в отношении взаимодействия между организациями и их членами. С одной стороны, те, кто рассматривает организации только как структуры для их государств-членов, не будет испытывать особых проблем с признанием идеи о том, что акты органов [международных организаций] могут каким-либо образом квалифицироваться в качестве актов государств. С другой стороны, те, кто настаивает на наличии отдельной правоспособности организации может быть в меньшей мере склонен рассматривать акты организаций в качестве государственных актов»).

¹⁶⁷ *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at 178.

¹⁶⁸ См., например, заявления от имени Австрии, Франции, Греции, Исламской Республики Иран (международные организации являются релевантными для целей выявления международного обычного права «в такой степени, в которой это отражается в практике государств»), Ямайки, Республики Корея, Нидерландов, стран Северной Европы, Польши, Португалии, Румынии, Словакии, Словении, Южной Африки, Испании, Тринидада и Тобаго и Соединенных Штатов («при некоторых определенных обстоятельствах») (см. the summary records; the verbatim statements are also available online on the United Nations' PaperSmart Portal, <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>).

¹⁶⁹ Как заявила г-жа Якобсон «иногда может быть [] сложно провести различие между [государствами и международными организациями] с точки зрения их вовлеченности (summary record A/CN.4/SR.3226 (17 July 2014)). См. также Akehurst, выше, сноска 36, at p. 11 («...практика международных организаций также может отражать нормы обычного права. Верно, что большинство органов международных организаций состоит из представителей государств и что их практику лучше всего рассматривать как практику государств. Однако практика органов, которые не состоят из представителей государств, такие как Секретариат Организации Объединенных Наций, также может создавать нормы обычного права... Кроме того, нельзя игнорировать юридические заключения Секретариата Организации Объединенных Наций»); R.A. Wessel, S. Blockmans, "The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union", College of Europe, Department of European Legal Studies Research Paper in Law 01/2014 («важная функция международных организаций заключается в раскрытии государственной практики (и *opinio juris*), а также создании возможностей для скорейшего формирования обычного права, хотя при этом по-прежнему необходимо учитывать различие между государственной практикой и практикой той или иной международной организации»); D.M. DeBartolo, "Identifying International Organizations' Contributions to Custom", *AJIL Unbound*, 23 December 2014, available online at <<http://www.asil.org/blogs/>>

практика международных организаций как самостоятельных международно-правовых субъектов не должна ассимилироваться с практикой самих государств («или представителей членов, а именно лиц, наделенных полномочиями и их соответствующими правительствами, от которых они получают инструкции и ответственность которых они задействуют»)¹⁷⁰. Настоящий доклад, как и второй доклад, основывается на посылке о том, что, в соответствующих случаях, практика международных организаций должна присваиваться самим государствам¹⁷¹.

72. Другое различие касается поведения организации, которое связано с внутренним функционированием организации (зачастую именуемым «практикой организации» или «установившейся практикой организации» — см. определения термина «правила организации» в Венской конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями и в принятых в 2011 году статьях об ответственности международных организаций), и поведения организации в ее отношениях с государствами, международными организациями и иными структурами (внешняя практика). В то время как первая может при определенных обстоятельствах вести к созданию «своего рода обычного права организации, сформированного организацией и применяемого только этой организацией»¹⁷², в принципе, именно последняя может быть релевантной по отношению к формированию и выявлению международного обычного права¹⁷³.

identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom> («Хотя такие решения [в связи с резолюциями международных организаций, например,] принимаются на форуме МО, они являются действиями государства, осуществляемыми государственными должностными лицами (как правило, членами той или иной государственной делегации или постоянного представительства при МО), и как таковые отражают государственную практику, но не практику МО»); J.E. Alvarez, “International Organizations: Then and Now”, *American Journal of International Law*, 100 (2006), pp. 324, 333 («Хотя некоторые предпочитают характеризовать их как просто «арены» для нормотворчества, МО ... для всех практических целей являются законодательными субъектами нового рода, в определенной степени самостоятельными по отношению к создавшим их государствам»); I. Johnstone, “Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations”, *George Washington International Law Review*, 40 (2008), p. 87 («если международные организации действуют самостоятельно, занимаясь практикой, нормотворческий процесс — один элемент отклонения от концепции государственного соглашения»); J. Wouters, P. De Man, “International Organizations as Law-Makers”, в J. Klabbers and Å. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), at p. 208.

¹⁷⁰ Согласно формулировке в *Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, PCIJ Series B – No. 12 (1925), p. 29 (где обсуждается в другом контексте вопрос о составе Совета Лиги Наций).

¹⁷¹ См. также Treves, выше, сноска 54, para. 50 («Как субъекты международного права международные организации участвуют в обычно-правовом процессе так же, как и государства. Установление и оценка такого участия и его релевантность, тем не менее, должны производиться с особой осторожностью: во-первых, из-за ограниченной сферы компетенции организаций и, во-вторых, из-за возможной предпочтительности квалификации многих проявлений такой практики, такой как резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, в качестве практики задействованных государств в большей степени, чем проявления практики организаций»).

¹⁷² C. Peters, “Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?”, *Goettingen Journal of International Law*, 3 (2011), pp. 617, 630–631 (который добавляет, однако, что «вместе с тем это не совсем просто из-за того, что в то же время установившаяся практика обладает характерной чертой, которая вызвана ее

73. Значительное разнообразие международных организаций обуславливает необходимость проявления особого внимания при оценке их практики и придаваемого ей веса¹⁷⁴. Например, чем больше членский состав организации¹⁷⁵ или

происхождением в организации», она в значительной степени основывается на вторичном праве организации, на обязательных резолюциях и решениях ее органов»). Такое обычное право охватывало бы «главным образом нормы, касающиеся отношений между органами организации и между такими организациями и их сотрудниками» (Wolfke, выше, сноска 28, р. 80). Такой «обычай» выходит за рамки сферы охвата настоящей темы.

¹⁷³ См. также, например, Pellet, выше, сноска 20, pp. 816–817 («... практика самих [международных] организаций может также иметь такое же значение для целей установления наличия материального элемента. Однако в этой связи необходимо проводить различие между внутренней и исключительно институциональной практикой, ведущей к созданию обычной нормы в рамках «собственно права» соответствующей организации, с одной стороны, и вкладом организации (организаций) в формирование общих норм обычного права, применимых вне рамок организации — с другой стороны») (сноски опущены); Barberis, выше, сноска 145, р. 33 («когда речь идет о практике международных организаций, необходимо проводить различие между деятельностью, которой занимаются их органы на внутреннем уровне, и касается внутреннего юридического порядка организации, и деятельностью, осуществляемой на международном уровне. Деятельность, осуществляемая в рамках организации, может вести к формированию обычных норм, имеющих отношение к внутреннему юридическому порядку этой организации... Однако практика той или иной организации на международном уровне может создавать международные обычные нормы»). Что касается отличного концептуального подхода, согласно которому в настоящее время «большинство решений международных организаций имеют внутренние и внешние нормативные последствия... [и] линия между внутренним и внешним законодательным процессом постепенно размывается», то см. Wouters and De Man, выше, сноска 169, at p. 194. В меморандуме Секретариата отмечается, что «в некоторых случаях Комиссия указывает на возможность формирования на основе практики международной организации ее особых собственных обычаев. Такие обычаи могут касаться обычных аспектов, функций или деятельности организаций, например договорной правоспособности международной организации или норм, применимых к международным договорам, заключенным в рамках этой организации» (Замечание 14).

¹⁷⁴ Во время прений в Шестом комитете в 2014 года Малайзия высказала предположение о том, что «поскольку международные организации различаются с точки зрения своего членского состава и структуры, нельзя предполагать, что действие или бездействие любой из них представляет собой всеобщую практику государств для целей установления нормы международного обычного права»; аналогичным образом, Сингапур заявил, что «необходимо проявлять значительную осторожность при оценке релевантности действий, включая бездействие, международных организаций. Имеются большие расхождения с точки зрения организационной структуры, мандата, состава директивных органов и процедур принятия решений таких организаций; и все эти факторы влияют на роль таких организаций, если таковая имеет место, в сфере формирования международного обычного права» (statements available online on the United Nations' PaperSmart Portal, <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>). См. также Wouters and De Man, выше, сноска 169, at pp. 190, 208 («Вопрос о том, могут ли действия международных организаций присваиваться сообществу государств в целом, это сложный вопрос, и ответ зависит от таких различных факторов, как, в частности, характер организации (политический против технического), всеохватность их членского состава (универсальный и общий против регионального и ограниченного), состав соответствующих органов, принимающих ту или иную определенную меру (пленарное заседание против заседания с частичным составом) и примененный метод принятия решений (единогласно и консенсус против большинства)»).

¹⁷⁵ См. Cahin, выше, сноска 111, в том, что касается всеобъемлющего рассмотрения всех аспектов. См. также K. Skubiszewski, "Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes", *International Organization*, 8 (1964), pp. 790, 791

чем в большей степени практика организации в явно выраженной форме одобряется (тем или иным образом) государствами-членами, тем больший вес может иметь такая практика. Такие соображения подчеркивают центральную роль государств в процессе формирования обычных норм.

74. Ассоциируемая с международными организациями практика может формироваться по-разному, хотя порой может быть сложно провести четкое различие между ними. Во-первых, акты международных организаций могут отражать практику и убеждения их государств-членов¹⁷⁶. Как говорилось в разделе IV выше, резолюции органов, состоящих из государств, отражают мнения, выраженные и поддержанные в результате голосования за них государств, и поэтому могут быть практикой государств или свидетельством *opinio juris*¹⁷⁷. Аналогичным образом, политика, проводимая международными организациями, и действия, осуществляемые ими, часто тщательно анализируются и/или одобряются их государствами-членами.

(«международный обычай модифицируется и развивается в практике государств и международных организаций, особенно организаций универсального характера»); I. Gunning, "Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights", *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), pp. 211, 225 («Чем больше число государств и чем более высока степень представленности государств, которые поддерживают учреждения и, следовательно, делегировали ему полномочия, тем убедительнее доводы в пользу того, что благодаря решениям учреждения создается обычное право»); С.Н. Alexandrowicz, *The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations* (Angus and Robertson, 1973), at p. 98 («Будучи в своем большинстве универсальными, [специализированные] учреждения [Организации Объединенных Наций] являются надлежащим форумом для выработки обычных норм, которые пользуются повсеместным признанием»).

¹⁷⁶ Кроуфорд писал, что «деятельность международных организаций не фигурирует в перечне источников международного права в статье 38 Статута Международного Суда. Однако она вполне может способствовать его развитию. Это, в первую очередь, связано со способностью международных организаций коллективно отражать практику государств-членов» (Crawford, выше, сноска 20, at p. 192). См. также Gunning, выше, сноска 175, at p. 222 («Аргумент о том, что международные организации должны оказывать воздействие на обычай, основан на посылке о том, что практика международных организаций ... отражает коллективные государственные действия»).

¹⁷⁷ См. также Prost and Clark, выше, сноска 122, at p. 360 («сколь важными ни были, возможно, резолюции в современном обычном правовом процессе, по-прежнему сомнительно то, что МО имеют реально правовой авторитет. При декларировании формирования и вызревания «мгновенного» обычая самостоятельность международных организаций фактически является формальной, в то время как право вырабатывать правовые нормы — подлинная и материально-правовая власть — как правило, по-прежнему находится в руках государств-членов. И снова это никоим образом не является отрицанием роли, которую играют международные организации в ориентации и моделировании полномочий государств. Однако факт по-прежнему состоит в том, что, когда резолюции рассматриваются как в целом или отчасти формирующие обычное право, межгосударственная динамика по существу сохраняется и автономия МО в общем ограничивается постоянным присутствием за завесой организации государств-членов»); Klabbbers, выше, сноска 166, at p. 188 («По всей видимости, было бы уместным сослаться на то, что убедительным аргументом в отношении как формирования международного обычного права, так и запрета на применение силы в международных отношениях является дело о Никарагуа, в котором Международный Суд решительно поддержал мнение о том, что деятельность международных организаций и итоги работы международных конференций, в конечном счете, являются результатом деятельности государств»).

75. Во-вторых, поведение международных организаций может служить катализатором развития государственной практики. По существу, деятельность международных организаций на международном уровне может стимулировать реакцию государств, что может считаться практикой или свидетельствовать о наличии у них определенных юридических убеждений¹⁷⁸. Например, так обстоит дело, когда международные организации выносят на рассмотрение государств проекты текстов или участвуют в деятельности, направленной на то, чтобы государства на них отреагировали. Аналогичным образом, доклады, подготовленные или одобренные органами международных организаций, или сделанные от их имени заявления зачастую вызывают реакцию государств. Резолюции, содержащие призывы к государствам действовать, т.е. принимать национальные законодательные акты или другие внутригосударственные меры, также могут вести к формированию государственной практики.

76. В-третьих, практика международных организаций, связанная с международным поведением организации или международных организаций, как правило, может как таковая являться релевантной практикой для целей формирования и выявления международного обычного права¹⁷⁹. В значительной степени

¹⁷⁸ См. например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 258, para. 81 (доклад Генерального секретаря Организации Объединенных Наций «единогласно одобренный Советом Безопасности»). См. также Cassese, выше, сноска 29, at p. 193 («... Организация Объединенных Наций стимулирует государства к формулированию их мнений по вопросам, по которым к ним зачастую обращаются просьбы представить комментарии. Это вновь обеспечивает, что целый ряд заявлений собирается и что иным образом их было бы сложно получить»); Charney, выше, сноска 52, at pp. 543–544; D. Vignes, “The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public International Law”, в R.St.John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 809, 829; Hannikainen, выше, сноска 165, at p. 140 («Резолюции являются не единственно важной формой деятельности международных организаций для целей создания обычных норм. Многие международные органы проводят диалог с государствами, с тем чтобы убедить их в необходимости принятия определенных передовых практических методов или форм поведения. Существуют авторитетные международные органы, которые могут не ограничивать сами себя убеждением, а также использовать формы давления по отношению к тому или иному государству-члену»); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 346 («Вопреки застарелому мифу о том, что такие [международные правительственные] организации в незначительной степени обладают прямой запретительной компетенцией, они во все большей степени играют важную роль в качестве форумов, где звучат в явно выраженной форме сообщения и осуществляются в рамках сотрудничества действия, которые порождают надежды людей в плане авторитетной общественной политики. Это особенно справедливо в случае с Организацией Объединенных Наций и связанными с ней учреждениями»).

¹⁷⁹ См. также German Federal Constitutional Court, 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para. 52 («более недавние события на международном уровне, которые характеризуются повышением степени дифференциации и количества признанных субъектов международного права, должны учитываться при установлении государственной практики. Действия органов международных организаций... поэтому заслуживают особого внимания»); Jennings and Watts, выше, сноска 140, at p. 47 («международные организации сами по себе являются международными субъектами. Они сами по себе могут формировать практику, которая может с течением времени приобретать характер обычного права или способствовать его развитию. При этом следует отметить, что ничто в статье 38 Статута Международного Суда не ограничивает международный

это «по всей видимости, наиболее явно проявляется в актах административных или оперативных органов»¹⁸⁰ и связано с «оперативной деятельностью» организации, которая сходна с деятельностью, осуществляемой государствами, которую один автор определил как «программную деятельность международных

обычай только практикой государств. Однако международная правосубъектность налагает ограничения на области международного права, которые их практика может непосредственно затрагивать»); Higgins, выше, сноска 119, at p. 25 («Повторяющаяся практика органа [Организации Объединенных Наций] при толковании договора может создавать практику, которая, если договор касается вопросов общего международного права, может, в конечном счете, перерасти в обычай. Хотя практика органа может не быть убедительным доказательством намерения первоначальных государств-участников, она обладает доказательственной силой в качестве обычного права. В данном случае Организация Объединенных Наций является одним из участников международно-правового процесса»); Skubiszewski, выше, сноска 175, at p. 791 («Применение международного обычного права органами и в органах организации вполне может вести к росту новых норм»); L. Boisson de Chazournes, “Qu’est-ce que la pratique en droit international?”, в *Société française pour le droit international, La pratique et le droit international: Colloque de Genève* (Pedone, 2004), at pp. 13, 38 («В общем плане — как субъекты международного права — международные организации способствуют формированию международного права. Этот вклад имеет различные формы, что отражает плюралистический характер практики... Кроме того, та или иная международная организация может стать механизмом развития практики для ее государств-членов. Она может осуществлять свою собственную внешнюю практику через посредство своих политических и сложносоставных органов. В равной степени, она может развивать практику в рамках своей внутренней структуры»); Danilenko, выше, сноска 36, at p. 20 («Бесспорно, что практика государств оказывает решающее воздействие на формирование обычая. В то же время широко признано, что практика международных организаций также способствует созданию обычных норм в областях их компетенции»); Henckaerts and Doswald-Beck, выше, сноска 36, at p. xli («Международные организации обладают международной правосубъектностью и могут участвовать в международных отношениях в своем собственном качестве независимо от своих государств-членов. В этом отношении их практика может способствовать формированию международного обычного права»); V. Lowe, “Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?”, в M. Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), at pp. 149, 158 («Точно так я не задаю вопроса о том, являются ли такие заявления [Европейского] сообщества отражением государственной практики по смыслу статьи 38(1)(b) Статута [Международного] Суда. Ясно, что в той степени, в которой они являются действиями международного субъекта, они могут играть такую роль»); M. Akehurst, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1975), pp. 273, 281 («Многие акты международных организаций не являются сами по себе источниками международного права, либо в силу того, что они являются лишь частью практики, на основе которой развивается международное обычное право, либо в силу того, что они просто фиксируют соглашения между (или обещания) государств») (курсив добавлен); Mendelson, выше, сноска 25, at p. 201 («то, что привычно и традиционно именуется государственной практикой... это, если выражаться более точно, представляет собой практику субъектов международного права»); *ILA London Statement of Principles*, p. 19 («Практика международных организаций сама по себе является одной из форм „государственной практики“»).

¹⁸⁰ Sloan, выше, сноска 119, at p. 74 (который предполагает, что «поскольку международные организации являются субъектами международного права, организационная практика также имеет отношение к формированию обычая»). См. также O. Schachter, “The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat”, *British Yearbook of International Law*, 25 (1948), pp. 91, 93 (который ссылается на заявления Генерального секретаря Организации Объединенных Наций по поводу важных политических споров, которые «почти всегда звучали с целью изложения юридических заявлений»).

организаций, осуществляемую в рамках их общей миссии или выполнения того или иного конкретного мандата»¹⁸¹. Такая деятельность чрезмерно варьируется, и, в зависимости от функций и полномочий международных организаций, может различаться от принудительных мер, принимаемых Организацией Объединенных Наций, до договорных депозитарных функций Секретариата. За исключением таких областей, действия и мнения Секретариата вряд ли будут приравниваться к практике¹⁸².

77. Вклад международных организаций как таковых в формирование и выявление норм международного обычного права является наиболее ясным в том случае, когда государства наделили их соответствующей компетенцией. «Когда, как и в случае с [Европейским союзом] международные организации замещают, полностью или частично, своих государств-членов в международных отношениях, их практика может быть релевантной в более широких областях [чем просто в качестве субъектов права, которые непосредственно релевантны с точки зрения ее участия в международных отношениях]»¹⁸³. По существу, такая практика может быть приравнена к практике государств. Как разъяснялось во втором докладе, если не ставить знак равенства между практикой таких международных организаций и практикой государств, то фактически это будет означать не только то, что практика определенной организации не будет считаться практикой государств, но и то, что государства-члены будут лишены возможности вносить вклад в практику государств в случае, когда государства-

¹⁸¹ Johnstone, выше, сноска 169, at p. 94 (где, однако, обсуждается вопрос о такой деятельности в несколько отличном контексте и проводится различие между этой деятельностью «и в более ясно выраженной форме нормативных функций международных организаций, таких как нормотворчество или принятие резолюций, деклараций и положений международными органами»). См. также, K. Schmalenbach, “International Organizations or Institutions, General Aspects”, в *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (2014), para. 79 («некоторые организации действуют в той же области или в том же порядке, что и государства. В этих случаях обе эти структуры способствуют развитию своей практики и *opinio juris* в плане формирования одних и тех же норм обычного права, при условии, что специфический характер той или иной международной организации не обуславливает необходимость модификаций»); Crawford, выше, сноска 20, at p. 195 («Организации могут заключать соглашения с государствами-членами и государствами-не членами и с другими организациями и могут предъявлять международные претензии, а также выступать с официальными заявлениями по затрагивающим их вопросам. С учетом того, что было сказано относительно необходимости проявления осмотрительности при оценке актов политических органов, практика организаций является доказательством наличия права. Кроме того, поведение международных организаций «в этой области» может оказывать влияние на направление развития международного права и тем самым косвенным образом влиять на формирование обычая»).

¹⁸² O. Corten, выше, сноска 54, at p. 173 («Часто происходит так, что Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций выражает свою позицию по вопросу о правомерности той или иной военной операции... Эти изложения позиции не лишены интереса в той степени, в которой они могут подтверждать официальную реакцию государств-членов Организации Объединенных Наций. Однако как таковые заявления Генерального секретаря не создают юридических обязательств для Организации Объединенных Наций в качестве международной организации. Это также а fortiori относится к государствам-членам организации»).

¹⁸³ Treves, выше, сноска 54, at para 52. См., например, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 115 (ссылка на заявления Совета Европейского союза).

члены делегировали этим организациям некоторые публичные полномочия, или эта возможность будет ограничена¹⁸⁴.

78. Кроме того, когда практика международных организаций может быть релевантной, соображения, изложенные в настоящем и предыдущем докладах, а также проекты выводов, которые могут применяться к практике государств, могут иметь релевантными *mutatis mutandis* к практике международных организаций¹⁸⁵.

79. В свете вышеизложенного не предлагаются какие-либо изменения к проекту вывода 4 [5], пункт 2, в предварительном порядке принятом Редакционным комитетом в 2014 году (который гласит следующее: «В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или изложению норм международного обычного права»). Однако в целях прояснения позиции в отношении негосударственных субъектов, отраженной в ходе прений в 2014 году, из текста проекта вывода 4 [5], пункт 1, предлагается исключить слова «в первую очередь» (принятого в предварительном порядке Редакционным комитетом), а также включить новый пункт 3 следующего содержания:

Проект вывода 4 [5]

Требование в отношении практики

...

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

¹⁸⁴ A/CN.4/672, пункт 44. Во время проходивших в 2014 году прений в Шестом комитете представитель Европейского союза подчеркнул, что «в областях, в которых согласно нормам договоров ЕС действовать может только Союз, осуществляется практика Союза, которую следует учитывать применительно к формированию международного обычного права наряду с имплементацией государствами-членами законодательства ЕС» (см. summary record; statement available on the UN PaperSmart Portal, <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>). См. также J. Vanhamme, “Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union’s Contribution”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), pp. 127, 130 («Можно с уверенностью заявить, что все внешние сношения ЕС на основе Договора о ЕС квалифицируются в качестве релевантной практики согласно международному праву»); F. Hoffmeister, “The Contribution of EU Practice to International Law”, в М. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), at pp. 37–128. Договоры о создании Европейского союза предусматривают, что Союз «должен содействовать... строгому соблюдению и развитию международного права» (Treaty on European Union, article 3, paragraph 5).

¹⁸⁵ A/CN.4/672, выше, сноска 6, at para. 43.

VII. Партикулярный обычай

80. До настоящего времени рассмотрение настоящей темы было ориентировано на «общее» международное обычное право, т.е. на нормы международного обычного права, которые являются «общеприменимыми и действительными для всех государств»¹⁸⁶. Однако могут существовать нормы международного обычного права, имеющие обязательную силу только в отношении некоторых государств. Это было признано Международным Судом¹⁸⁷ и отдельными судьями Суда¹⁸⁸, а также национальными судами¹⁸⁹, правительствами¹⁹⁰ и специа-

¹⁸⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at pp. 292–293, para. 90 («... принципы, уже четко подтвержденные международным обычным правом, принципы, которые по этой причине, без всякого сомнения, имеют общее применение и действуют в отношении всех государств»).

¹⁸⁷ See *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 276 (где Суд рассмотрел аргумент Колумбии относительно наличия «предположительного регионального или локального обычая, свойственного только латиноамериканским государствам»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200 («локальный обычай»); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 39 («локальный обычай»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 105, para. 199 («... международное обычное право, будь то общего характера или особого по отношению к межамериканской правовой системе»); *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 21 («... в котором отмечается, что это не просто практика, способствующая постепенному формированию того или иного принципа международного обычного права, имеющего свое ограниченное воздействие на Африканском континенте, как это ранее имело место в испаноговорящих странах Америки...»); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 233, paras. 34, 36 («обычное международное право... будь то универсального по сфере своего охвата или регионального характера... отражать универсальный или региональный обычай»).

¹⁸⁸ См., например, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at pp. 79, 94 (Separate Opinion of Judge de Castro) («региональные обычаи или практика, а также специальные обычаи»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 62 (Separate Opinion of President Bustamante y Rivero) («региональное обычное право»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 290–291 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

¹⁸⁹ См., например, *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court (Orange Free State Provincial Division), 7 March 1980, 82 *International Law Reports* (1990), 358, 368–375 (Сматс Джей утверждает об отсутствии доказательств наличия давно установившейся практики в отношениях между Республикой Южная Африка и Лесото, которая трансформировалась в обычное локальное право применительно к транзиту без каких-либо иммиграционных формальностей); *Service of Summons in Criminal Proceedings case*, Austrian Supreme Court, 21 February 1961, 38 *International Law Reports* (1969), 133, 135 (где указывается на «общие нормы международного права, применимые в континентальной Европе»).

¹⁹⁰ См., например, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs Advice of 15 December 1993, и в его заключении говорится о том, что принцип отказа от высылки трансформировался в норму регионального международного обычного права в Европе (L. Caflisch, 'Pratique suisse en matière de droit international public 1993', *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 5 (1994), 601–603); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Supplementary replies from Belgium to the question put to it by Judge Greenwood at the close of the hearing held on 16 March 2012, paras. 21 and 37–38 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17640.pdf>).

листами¹⁹¹. Существуют нормы «партикулярного» обычая; они могут также упоминаться как «специальный» обычай и в большей степени проявляются в качестве регионального или локального (двустороннего) обычая¹⁹².

81. Нормы партикулярного обычая часто создают обязательства для государств того или иного конкретного географического района или в областях, которые представляют общий интерес¹⁹³, однако они также могут носить двусто-

¹⁹¹ См., например, К. Skubiszewski, выше, сноска 43, at p. 830 («Общность [практики] не означает универсальности, и термин «общая», присутствующий [в статье 38(1)(b) Статута Международного Суда], лишь относителен. В различных областях государственной внешней деятельности этот термин охватывает меньшую или более крупную группу государств»); Н. Thirlway, выше, сноска 18, at pp. 88–89 («Если практика и *opinio juris* не являются общими, однако ограничены государствами, принадлежащими к той или иной не поддающейся идентификации группе или иным образом имеющими общий интерес, обычай может по-прежнему возникать, однако он будет применяться в отношениях только между членами этой группы и не может быть навязан или использоваться в отношении других государств»); Mendelson, выше, сноска 25, at p. 191; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, Section 102, comments (b), (e) (со ссылкой как на «партикулярное обычное право», так и на «общий и специальный обычай»). Вопрос об иерархии общих и партикулярных норм обычного международного права выходит за рамки настоящей темы.

¹⁹² Басдеван ссылался на «релятивный» обычай (J. Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, 58 *Recueil des cours* (1936), p. 486); Cohen-Jonathan «на локальный обычай» (G. Cohen-Jonathan, “La coutume locale”, *Annuaire français de droit international*, 7 (1961), pp. 119, 120); MacGibbon «на специальные или исключительные обычаи» (MacGibbon, 43, at pp. 116–117). Акхерст предложил «употреблять термин «специальный обычай» как охватывающий региональные обычаи и все другие обычаи, которые используются ограниченными группами государств» (Akehurst, выше, сноска 36, at p. 29); и Вольфе ссылается на «исключительные обычные нормы» (Wolfke, сноска 32, at p. 13). См. также V.D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), at pp. 243–244 («Представляется целесообразным упорядочить эту терминологию, поскольку не все нормы обычного права подобного рода являются одинаковыми... Тем не менее, все такого рода обычные нормы имеют некоторые общие черты в международном праве. Поэтому они должны охватываться общим названием «партикулярный обычай» в отличие от общего обычного права»). Однако см. J.M. Gamio, “Costumbre Universal y Particular”, in M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformacion*, Vol. 1 (Fundación de cultura universitaria, 1994), at pp. 69–98 (который утверждает, что неправильно говорить о партикулярном обычае, поскольку различия по сравнению с общим обычаем являются столь большими, что фактически они имеют различный юридический источник, что больше связано с общими принципами права или договоров, чем с обычаем).

¹⁹³ См. также A.G. Kogoma, выше, сноска 25, at p. 106 («Специальный обычай принимать форму обычной правовой нормы, которая возникает в отношениях между двумя государствами, группой государств или в том или ином конкретном регионе»); Wolfke, выше, сноска 28, at p. 90 («Разделение конкретных норм международного обычного права, разумеется, может также основываться на различных по сравнению с географическими критериях, например политических, этнических, экономических и религиозных критериях и критериях, связанных с членством в организациях и т.д.»); Villiger, выше, сноска 46, at p. 56 («Можно допустить наличие нерегиональных специальных норм обычного права, например в отношении государств, разделяющих социально-экономические интересы или в конечном счете лишь заинтересованность в наличии обычной нормы»); O. Elias, “The Relationship Between General and Particular Customary International Law”, *African Journal of International & Comparative Law*, 8 (1996), pp. 67, 72 («ничто не требуется для того, чтобы практика того или иного государства стала релевантной вне рамок заинтересованности в том или ином конкретном предмете и [] основания для такой

ронный характер: как отметил Международный Суд в решении по делу о *Праве прохода*, «сложно понять, почему количество государств, в отношении которых можно установить наличие обычая на основе длительной практики, обязательно должно быть более двух»¹⁹⁴. Поэтому различие между общим и партикулярным международным обычным правом «с концептуальной точки зрения является простым. Общее международное право применяется ко всем государствам, в то время как специальный обычай касается отношений между меньшим кругом государств»¹⁹⁵.

82. Нормы партикулярного обычая эволюционируют в процессе развития практики, признанной в качестве правовой нормы, в отношениях между ограниченным числом государств, и как таковые не являются обязательными для третьих государств, которые не принимали участия в практике или выразили в какой-либо форме согласие на ее обязательность¹⁹⁶. Они могут «развиваться самостоятельно или быть результатом дезинтеграции общей обычной нормы или даже конвенционной нормы»¹⁹⁷, что позволяет «учитывать в процессе создания или адаптации норм с ограниченным территориальным охватом географические, исторические и политические обстоятельства, которые имеют особое отношение к соответствующим государствам»¹⁹⁸. Не следует исключать

заинтересованности могут быть связаны, а могут быть и не связаны с географическим фактором»); Rosenne, выше, сноска 114, at p. 68.

¹⁹⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 39 (где добавлено, что «Суд не усматривает причин, по которым давно применявшаяся практика в отношениях между двумя государствами, признанная ими как регулирующая их отношения, не должна составлять основу для взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»). См. также *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at pp. 265–266, paras. 140–144.

¹⁹⁵ A.A. D'Amato, «The Concept of Special Custom in International Law», *American Journal of International Law*, 63 (1969), pp. 211, 212. См. также M.S. McDougal and H.D. Lasswell, «The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», in *International Law in the Twentieth Century* (American Society of International Law, 1969), at pp. 169, 178 («Некоторые предписания являются всеобъемлющими; другие предписания свидетельствуют о самостоятельной ориентации со стороны менее крупных субъектов»). Однако Тэрлуэй отметил, что «в вопросах международного обычного права в целом часто может быть сложным точно установить параметры «сообщества», по отношению к которому рассматриваемый обычай должен применяться»: Thirlway, выше, сноска 27, at p. 135.

¹⁹⁶ См. также Thirlway, выше, сноска 140, at pp. 1198–1200; MacGibbon, выше, сноска 43, at p. 117 («Как и в случае всех видов обычных норм, процесс формирования является аналогичным, а именно в констатации права, с одной стороны, и согласия или молчаливого согласия с этой конституцией — с другой»).

¹⁹⁷ M.E. Villiger, выше, сноска 46, at p. 56.

¹⁹⁸ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 333 (Особое мнение судьи Азеведо, который в нем ссылается на концепцию дипломатического убежища в Латинской Америке). В этом контексте Дюпуй ссылается на преимущество принципа «обычного плюрализма» (R.-J. Dupuy, «Coutume Sage et Coutume Sauvage», в *La communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau* (Pedone, 1974), at pp. 75, 82).

возможность того, что с течением времени такие нормы могут трансформироваться в нормы общего международного права¹⁹⁹.

83. При определении существования норм партикулярного международного обычного права Международный Суд применял статью 38.1(b) Статута²⁰⁰. Однако, с учетом характера партикулярного обычая как обязательного только по отношению к ограниченному числу государств необходимо четко установить, какие государства применяют практику и признают ее в качестве правовой нормы²⁰¹. Поэтому применяется строгий критерий²⁰².

¹⁹⁹ См. также Barboza, выше, сноска 54, at p. 14 («Специальный обычай, т.е. обычай, обязательный по особым причинам в отношении некоторого числа государств, может оставаться таковым или меняться посредством перерастания в универсальный обычай. Региональный обычай может оставаться таким всегда или устаревать, и в обоих случаях согласие будет являться ключевым фактором. Он также может трансформироваться в универсальный обычай»).

²⁰⁰ См. *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 276 («Сторона, которая полагается на обычай подобного рода, должна доказать, что такой обычай установлен в таком порядке, что он стал обязательным для другой стороны. [Она] должна доказать, что указанная ею норма согласуется с постоянным и единообразным обыкновением, применяемым рассматриваемыми государствами, и что такое обыкновение является проявлением права [или обязанности] ... Это вытекает из статьи 38 Статута Суда, которая указывает на международный обычай «как на доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»). См. также L. Crema, «The “Right Mix” and “Ambiguities” in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case», в N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), at pp. 65, 66; O. Elias, выше, сноска 193, at pp. 75–76. Однако см. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 130–131 (Separate Opinion of Judge Ammoun); A.A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 249–250.

²⁰¹ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 276. См. также *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200; *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 130–131 (Separate Opinion of Judge Ammoun) («в то время как общая норма обычного права не требует наличия согласия всех государств, что явствует из четких положений [статьи 38, пункт 1(b), Статута Международного Суда] ... это не то же самое, что региональная обычная норма с учетом незначительного числа государств, которые намереваются применять ее и которые могут давать на это согласие. В отсутствие ясно или молчаливо выраженного согласия региональный обычай может не соблюдаться государством, которое отказывается признавать его»); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 279, para. 24 (Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor); Waldock, выше, сноска 33, at p. 50 («для того чтобы сослаться на [общий] обычай против какого-либо государства, не надо конкретно демонстрировать факты признания обычая в качестве правовой нормы этим государством; допустимо, чтобы признание обычая презюмировалось для того, чтобы он был обязательным, если только можно вывести доказательства его реальной противопоставимости рассматриваемой практике. Применяя концепцию общего обычая, Суд вполне мог сослаться на практику, если такая существует, т.е. практику сторон в споре в отношении обычая; однако он никогда не рассматривал в качестве доказательства признание практики *sine qua non* применение обычая по отношению к ним. Разумеется, что эта позиция довольно отличается в случае партикулярного обычая в отношениях между двумя или тремя государствами, как это имело место в деле о *Праве прохода*, поскольку это представляет собой отход от общего права, и признание самими сторонами спора обычая является веской основой для подтверждения исключительной нормы»); Pellet, выше, сноска 20, at pp. 830–831.

²⁰² См. также M. Forteau, «Regional International Law», в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 20 («Существует один вариант: либо провозглашенный обычай является общим по своему характеру и провозгласившая его сторона должна доказывать наличие общей практики, признанной в качестве правовой нормы на базе

действий большинства государств; или же он рассматривается как региональный, локальный или двусторонний по своему характеру, и утверждающая сторона должна соблюсти довольно строгий критерий. В этих случаях обычай носит консенсуалистский характер, и должно быть доказано, что «норма, на которую была сделана ссылка ... согласуется с постоянным и единообразным обыкновением, практикуемым [всеми] соответствующими государствами» (*Asylum Case* 276)); Crawford, выше, сноска 103, at pp. 246, 247 («Суд рассматривал наличие этого «предполагаемого регионального или локального обычая, свойственного латиноамериканским государствам» [в деле об *Убежище*] в действительности как вопрос, носящий *двусторонний характер* ... Представляется ясным, что Суд, несмотря на ссылку на статью 38(1)(b) своего Статута, применял более строгий стандарт доказывания, чем он делал бы по отношению к «универсальной» норме международного права ... Это не предполагает, что региональный или локальный обычай никогда не может быть использован и что его наличие следует доказывать в отношениях между конкретными государствами-участниками спора; нет никакой разницы между «регионом», в котором действует обычай и который состоит из двух или двадцати двух государств ... Этот аспект хорошо проиллюстрирован в решении по делу о *Праве прохода*»); J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10th edition (Montchrestien, 2012), at p. 72 («поскольку эти нормы сами по себе касаются определенных государств, необходимо конкретно определить круг соответствующих субъектов, но это можно сделать лишь посредством установления факта их непосредственного участия. Кроме того и прежде всего, эти обычаи реально вступают в коллизию с общими обычаями, имеющими в равной степени обязательную силу, или противоречат им. Поэтому необходимо установить, что соответствующие государства заявили в явно выраженной форме о том, что в их взаимных отношениях и только в их отношениях действует соответствующая общая норма»); Shaw, выше, сноска 22, at p. 66 («В случаях [регионального или локального обычая] требуемый стандарт доказывания, особенно в отношении обязательства, признанного стороной, в отношении которой утверждается наличие локального обычая, выше, чем в случаях, когда утверждается об ординарном или общем обычае ... местный обычай требует позитивного признания нормы обеими сторонами (или всеми сторонами). Это вызвано тем, что местные обычаи — это всегда исключения с точки зрения общего характера или обычного права, что сопряжено с довольно гибким подходом к нормотворческой деятельности всех государств, и, напротив, служит напоминанием о существовавшей ранее теории согласия, когда государства связаны только тем, на что они согласились. Исключения могут доказывать норму, однако они нуждаются в большем доказывании, чем устанавливаемая ими норма»); Degan, выше, сноска 192, at p. 245 («Что касается тех государств или других субъектов, которые играли пассивную роль в нормотворческой практике, которая не свидетельствует о какой-либо заинтересованности в ее отношении и в отношении которой невозможно доказать наличие *opinio juris*, партикулярная обычная норма представляет собой *res inter alios acta*, равно как и договор в отношении к его третьим государствам. Именно по этим причинам важную роль играют различия в отношении *бремени доказывания* партикулярных обычных норм по сравнению с общим обычаем»); Villiger, выше, сноска 46, at p. 56 («Смысл заключался в том, что конкретные нормы отличаются от общих норм лишь в том смысле, что особые нормы требуют, чтобы они формировались при *явно выраженном* (или *подразумеваемом*) признании государствами, на которые случайно возлагается также бремя доказывания») (ссылка на решение по делу об *Убежище*). Однако, см. *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 294 (Dissenting Opinion of Judge Alvarez): «Принцип, обычай, доктрины и т.д. должны быть признаны всеми государствами Нового Света, с тем чтобы они рассматривались в качестве элемента американского международного права [имеющего обязательную силу для всех государств Нового Света]. Такая же ситуация складывается в том случае, что и в случае универсального международного права. Судья де Кастро заявил следующее: «Суд должен применять [общее обычное международное право] *ex officio*; он обязан знать его в качестве *quaestio iuris: iura novit curia*. Доказываться должно лишь наличие региональных обычаев или практики, а также специальных обычаев». *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 79 (Separate Opinion of Judge de Castro).

84. Предлагается следующий проект вывода, который можно поместить в новую часть шестую под названием «Изъятия из общего применения норм международного обычного права»:

Проект вывода 15

Партикулярный обычай

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

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

VIII. Настоячиво возражающее государство

85. В то время как нормы (общего) международного обычного права «в силу своего самого характера должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества и поэтому на них не может распространяться действие какого-либо права исключения в одностороннем порядке, реализуемого по воле любого из них в своих собственных интересах»²⁰³, широко признается, что государство, которое настойчиво возражало против *формирующейся* нормы международного обычного права и по-прежнему выражает свое возражение после того, когда эта норма сформировалась, ею не связано²⁰⁴. Это определяется как «норма о настойчиво возражающем государстве»²⁰⁵.

²⁰³ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 38–39, para. 63.

²⁰⁴ Вопрос о применении нормы о настойчиво возражающей стороне в контексте императивных норм международного права (*jus cogens*) выходит за рамки нынешней темы.

²⁰⁵ Разумеется, что следует отличать ситуацию, когда формирующаяся норма наталкивается на возражение, которое не дает ей возможности выкристаллизироваться в имеющую обязательную силу (общую) норму. По словам судьи Аммуна, «достаточно хорошо известно, что отсутствует необходимость подробного рассмотрения вопроса о том, каковы последствия, поскольку для целей формирования обычая, возражений, которые, как считается, не должны быть столь обширными» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 308 (Separate Opinion of Judge Ammoun)). См. также *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), para. 148 (separate opinion of Ngcobo J) («Одной из самой главной парадоксальной чертой международного обычного права является то, что его признание зависит от практики государств, доказывающей ее. Хотя порой государства отказываются признавать существование той или иной нормы международного обычного права на том основании, что государственная практика не является достаточной для того, чтобы та или иная практика трансформировалась в норму международного обычного права. При этом государства отрицают, что практика созрела и стала нормой международного обычного права»).

86. В решениях международных и внутригосударственных судов и трибуналов содержится ссылка на эту норму, и, как подчеркивается в Лондонском заявлении Ассоциации международного права, отсутствуют решения, которые оспаривали бы ее²⁰⁶. В деле *Об убежище* Международный Суд постановил, что он не может «сделать вывод о том, что правительство Колумбии доказало наличие такого обычая. Однако даже если бы можно было предположить, что такой обычай существует и действует в отношениях между лишь некоторыми государствами Латинской Америки, на него нельзя ссылаться по отношению к Перу, которая не пыталась присоединиться к нему, а напротив осудила его посредством отказа от ратификации Монтевидейских конвенций 1933 и 1939 годов, в которые впервые была включена [рассматриваемая норма]»²⁰⁷. Аналогичным образом в решении по делу *О рыболовстве* Суд сделал вывод о том, что «норма о 10-мильном лимите не стала общей нормой международного права. В любом случае норма о 10-мильном лимите, как представляется, не является применимой по отношению к Норвегии, поскольку она всегда была против любых попыток применить ее к норвежским берегам»²⁰⁸. В индивидуальных мнениях содержались ссылки на эту норму в других делах²⁰⁹.

87. Хотя утверждалось, что норма о настойчивом возмражении «сыграла удивительно ограниченную роль в реальных юридических прениях госу-

²⁰⁶ ILA London Statement of Principles, p. 27.

²⁰⁷ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 277–278. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 107, para. 203.

²⁰⁸ *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 131. Некоторые авторы поставили под сомнение важность положений в решениях по делам *О рыболовстве* и *Об убежище* как поддерживающие наличие нормы настойчиво возражающего государства: см., например, C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, 241 *Recueil des Cours* (1993), pp. 284–287; J.I. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, 56 (1985), pp. 1, 9–11; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, 1997), at p. 60, fn. 79 (который в связи с решением по делу *Об убежище* говорит о том, что «это дело связано с локальным обычаем. Локальные обычаи не имеют общих последствий, и государство-истец должно доказать, что возражающее государство выразило согласие с этой нормой. Поэтому вопрос о настойчивом возмражении не может реально возникать в строгом смысле этого слова, когда речь идет о локальном обычае». Однако см. ответ, Mendelson, выше, сноска 25, at pp. 228–232; D. Kritsiotis, “On the Possibilities of and for Persistent Objection”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), pp. 121, 129 («Что касается Суда ... то эти дела [дело *Об убежище* 1950 года и дело *О рыболовстве* 1951 года] реально касаются перевода в практическую плоскость принципа настойчивого возмражения»); Akehurst, выше, сноска 36, at pp. 24–25. См. также H.C.M. Charlesworth, “Customary International Law and the Nicaragua Case”, *Australian Yearbook of International Law*, 11 (1984–1987), pp. 1, 30 («При обсуждении вопроса о том, существует ли обычная норма о невмешательстве, Суд признает наличие возможности того, чтобы настойчиво возражающее государство не будет связано той или иной нормой международного обычного права»).

²⁰⁹ См. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 97 (Separate Opinion of Judge Padilla Nervo) and p. 229 (Dissenting Opinion of Judge Lachs); *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 291 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (Dissenting Opinion of Judge Schwebel).

дарств»²¹⁰, материалы судебных разбирательств, в частности, содержат несколько примеров, когда государства стремились полагаться на эту норму (а суды и трибуналы признавали ее существование)²¹¹. Кроме того, существует иная государственная практика в поддержку этой нормы²¹²

²¹⁰ T.L. Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", *Harvard International Law Review*, 26 (1985), 457, 463. См. также, например, P.-M. Dupuy, "A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'« objecteur persistant »", в *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges offerts à Michel Virally* (Pédone, 1991), at p. 266 («Так или иначе упоминаемая в государственной практике норма о настойчивом возражении, отходящая от положений решений Суда, определенно представляется как исчезающая»).

²¹¹ См., например, состязательные бумаги Соединенного Королевства и Норвегии в деле *О рыболовстве* (I.C.J. Pleadings, Vol. I, Contre-Mémoire de la Norvège, pp. 381–383, paras. 256–260; Vol. II, Reply of the United Kingdom, pp. 428–489, paras. 162–164; Vol. III, Duplique de la Norvège, pp. 291–296, paras. 346–353); *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, Hong Kong Court of Final Appeal FACV Nos, 5, 6 & 7 of 2010 (2011), para. 121 («Поскольку я не излагаю и не могу излагать позицию в материковой части, мне нет нужды говорить о том, считаю ли я ограниченный иммунитет нормой международного обычного права. Кроме того, нет необходимости для того, чтобы я принимал решение по вопросу о том, действует ли норма о настойчивом возражении. Если бы это было необходимым, то я признал бы, что Китай являлся страной, настойчиво возражающей против ограниченного иммунитета»); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46, Beschluss vom 13. Dezember 1977 (2 BvM 1/76), Nr. 32 (Tübingen, 1978), pp. 388–9, para. 6 («Это касается не просто поведения, которого государство успешно придерживалось с самого начала, возражая против применения той или иной действующей общей нормы международного права посредством упорного протеста против прав (по смыслу постановления Международного Суда в деле *О рыболовстве у берегов Норвегии*, ICJ Reports 1951, p. 131); вместо этого в настоящее время нельзя презюмировать наличие соответствующей общей нормы международного права»); *C v. Director of Immigration*, Hong Kong Court of Appeal [2010] HKCA 159 (2011), para. 68 («Концепция «настойчиво возражающее государство» — это принцип международного публичного права, согласно которому «государство ... в процессе формирования обычной нормы международного права дистанцируется от этого процесса, заявляет о том, что оно не связано этой нормой, и сохраняет эту позицию» (*Fitzmaurice*, pp. 99–100). Evidence of objection must be clear»); *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius (2013), p. 124, para. 5.11 («Норма о настойчиво возражающем государстве требует, чтобы государство последовательно демонстрировало оппозицию в процессе формирования рассматриваемой нормы»); *Roach v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 3/87, Case 9647 (1987), para. 52 («Доказательство той или иной обычной нормы международного права требует доказывания наличия широко распространенной государственной практики. Статья 38 Статута Международного Суда (МС) определяет «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Однако обычная норма не обязывает государства, которые протестуют против нее»); *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), paras. 48, 49 («После установления та или иная норма международного обычного права обязывает все государства, за исключением только тех государств, которые настойчиво отвергали практику до того, как она приобрела юридическую силу. В то время как практика не требует универсального признания для того, чтобы стать нормой международного обычного права, та или иная норма, которая была признана большинством государств, не имеет обязательной силы для государства, настойчиво возражавшего против практики, на которой основывалась норма ... поскольку международное обычное право базируется на согласии государств, государство, которое настойчиво возражало против той или иной нормы международного обычного права, не

88. Наличие нормы о настойчиво возражающем государстве широко признано в литературе²¹³, хотя время от времени некоторые специалисты ставили это

связана ею»); *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, Final Award (24 December 2007), para. 410, fn. 328; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d (1992), 699, 715, para. 54: «Государство, которое настойчиво возражает против той или иной формы международного обычного права, которую признают другие государства, не связано этой нормой»); *El Leil v. France*, Application no. 34869/05, Judgment (European Court of Human Rights, Grand Chamber), 29 June 2011, para. 54 (в этом решении содержится ссылка на то, что договорное положение также может иметь обязательную силу для не являющейся стороной государства в качестве международного обычного права «при условии, что оно не выступило против него»). См. также G. Guillaume, *Avis d'amicus curiae*, *Revue française de droit administratif*, 28 (2012), 19, 20, para. 11 (где в экспертном заключении, запрошенном Государственным советом, утверждается, что государство может быть государством, настойчиво возражающим, если норма в статье 53 Венской конвенции о праве международных договоров (*Jus cogens*) является международным обычным правом; решение Государственного совета не касалось вопроса о *jus cogens* (см. No. 303678, 23 December 2011)).

²¹² См., например, выступление Турции на одном из пленарных заседаний третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву, когда она утверждала, что «во время подготовительных этапов Конференции, а также во время самой Конференции [Турция] настойчиво возражала против 12-мильного лимита. Что касается полузакрытых морей, то представленные поправки и сделанные заявления делегацией Турции свидетельствуют о том, что Турция постоянно и однозначно отказывалась согласиться с 12-мильным лимитом в таких морях. С учетом вышеизложенных заявлений по отношению к Турции нельзя предъявлять требования, связанные с 12-мильным лимитом» (Document A/CONF.62/SR.189, p. 76, para. 150); J.B. Bellinger, 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), pp. 443, 457, fn. 43 («Администрация Соединенных Штатов Америки считает, что доктрина [настойчивого возражающего государства] по-прежнему сохраняет силу»). См. также Danilenko, выше, сноска 18, at p. 112 («возможность эффективного сохранения статуса настойчиво возражающего государства не должна смешиваться с юридически признанным правом не соглашаться с новыми нормами обычного права»).

²¹³ См., например, Murphy, выше, сноска 54, at pp. 95–96; H. Lauterpacht, 'International Law — The General Part', in E. Lauterpacht (ed.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. I (Grotius, 1970), at p. 66 («хотя нет необходимости доказывать согласие каждого государства, ясно выраженное несогласие на этапе формирования обычной нормы будет отрицать наличие обычая по меньшей мере в отношении не соглашающегося государства»); Skubiszewski, выше, сноска 43, at p. 846 («после того как сложился обычай, он обязывает государства в том случае, если в период формирования они не выразили свое несогласие»); D. Armstrong, T. Farrell and H. Lambert, *International Law and International Relations*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2012), at p. 180 («Существует возможность того, что то или иное государство посредством настойчивого отрицания не связано той или иной формирующейся нормой обычного права (эта возможность не существует применительно к установившимся обычным нормам)»); Dailler, Pellet and Forteau, выше, сноска 28, at para. 231; M. Diez de Valesco, выше, сноска 140, at p. 140.; C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), at pp. 54–55; Danilenko, выше, сноска 36, at p. 41 («В соответствии с действующим международным правом, отдельное государство не связано с обычной нормой, несмотря на широко распространенную практику и соответствующее *opinio juris*, если это государство настойчиво возражало против формирующейся нормы»); Ragazzi, выше, сноска 208, at pp. 60–65; C. Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law* (Outskirts Press, 2010). См. также *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* §102 cmt.d («Хотя обычное право может формироваться на основе молчаливого согласия, а также действий государств... и становиться общеобязательным для всех государств, в принципе государства, которые выражают свое несогласие с практикой в то время, когда право все еще находится в

под сомнение²¹⁴. По словам Уолдока, «мнение большинства юристов-международников заключается в том, что, когда устанавливается обычай, отвечающий положениям, содержащимся в статье 38, он представляет собой общую норму международного права, которая с учетом одной оговорки применяется к любому государству. Эта оговорка касается случая, когда государство, в то время как обычай находится в процессе формирования, однозначно и настойчиво фиксирует свое возражение относительно признания этой практики в качестве правовой нормы»²¹⁵. Подобным образом, Корума отмечает, что «этот принцип прочно утвердился и признан в международном праве»²¹⁶.

89. Комиссия сослалась на норму о последовательно возражающей стороне в своем недавнем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам и заявила, что «оговорка может быть тем средством, с помощью которого „последовательно возражающая сторона“ настаивает на своем возражении: возражающая сторона может, безусловно, отказаться применять в рамках договора такую норму, которая не налагает на нее обязательств в соответствии с общим международным правом»²¹⁷.

90. Норма о настойчиво возражающем государстве рассматривается как гарантия недопущения формирования международного обычного права, которое

процессе развития, не связаны этой нормой, даже после того, как она вызрела»); J.A. Green, 'Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings', в J.A. Green and C. Waters (eds.), *Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi* (Brill Nijhoff, 2015), 167–191; Koskeniemi, выше, сноска 117, at p. 443 («Хотя объем прецедентного права в вопросе настойчиво возражающего государства является незначительным, доктрина в подавляющей степени восприняла ее»).

²¹⁴ См., например, G. Abi-Saab, 207 *Recueil des Cours* (1987), pp. 180–182; Charney, выше, сноска 208, at pp. 1–24; A. Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2005), 162–163; P. Dumberry, 'Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited', *International and Comparative Law Quarterly*, 59 (2010), 779–802; H. Lau, 'Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law', *Chicago Journal of International Law*, 6 (2005), 495–510 (который предполагает, что согласие не играет абсолютной и уменьшающей роли в международном праве и что доктрина в отношении настойчиво возражающего государства в связанных с правами человека, в частности, делах должна носить ограниченный характер). Лоу отвечает следующим образом: «Некоторые ученые выразили сомнения относительно действительности принципа настойчивого возражения, рассматриваемого как анахроническое отражение существовавшего в XIX столетии консенсуалистского мнения относительно международного права. Однако когда осмыслен ограниченный объем этого принципа и его чрезвычайно ограниченное применение на практике, сложно понять, почему такие сомнения присутствуют. Совершенно справедливо, что то или иное государство не должно быть связано обязательствами, изложенными в договоре, участником которого оно не является. Тогда почему другие государства должны иметь возможность обязывать государства посредством утверждения о том, что их практика сформировала ту или иную норму международного обычного права, если (и только в том случае) государство настойчиво ставило в известность о том, что оно возражает против этой нормы?» (V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), at p. 58).

²¹⁵ Waldock, выше, сноска 33, at p. 49.

²¹⁶ A.G. Koroma, выше, сноска 25, at pp. 113–114.

²¹⁷ Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, комментарий (7) к руководящему положению 3.1.5.3. *Yearbook of the International Law Commission 2011*, Add.1.

становится «прерогативой только могущих»²¹⁸, и становится особо привлекательной, поскольку отсутствует возможность высказать несогласие с той или иной установившейся нормой. Кроме того, эта норма «часто рассматривается в качестве логического следствия, если не иллюстрации, по существу консенсуального характера международного обычного права»²¹⁹. Дополнительные основания в пользу наличия нормы о настойчиво возражающем государстве обнаружены в «основополагающих этических принципах значительной государственной автономии и единства в разнообразии», а также в утверждении о том,

²¹⁸ Mendelson, выше, сноска 25, at p. 227. См. также, Akehurst, выше, сноска 36, at p. 26 («Если несогласие одного государства может предотвращать создание новой нормы, то тогда новые [обычные] нормы вряд ли могут быть созданы. Если возражающее государство может быть связано обязательствами против его воли, то обычное право в действительности создавало бы систему мажоритарного голосования; однако было бы невозможным достичь согласия относительно необходимого большинства и должно ли (и в положительном случае какие) учитывать „голоса“ различных государств. Более того, государства, которые убеждены в том, что они составляют большинство, будут занимать бескомпромиссную позицию по отношению к меньшинству»); O. Elias, “Persistent Objector”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 («принцип настойчивого возражения открывает возможность для несогласных государств исключать себя из сферы действия мажоритарных тенденций, которые стали характеризовать процесс создания международного обычного права в период с середины XX столетия»); Stein, выше, сноска 210, at pp. 457–482 (где утверждается, что в современном весьма самосознательном процессе обычного нормообразования норма, касающаяся настойчиво возражающего государства, призвана играть во все большей степени важную роль); *ILA London Statement of Principles*, p. 28 («Со стратегической точки зрения норма о настойчиво возражающем государстве может рассматриваться как полезный компромисс. Она уважает суверенитет государств и защищает их от распространения на них новых правовых норм помимо их воли в силу большинства; однако в то же время, если поддержка новой нормы является достаточно широко распространенной, действие прогрессивного развития права может осуществляться и не дожидаясь тех, кто проявляет медлительность и приходит последним»).

²¹⁹ Elias, выше, сноска 218, at para. 2. См. также, Weil, выше, сноска 91, at pp. 433–434 (который говорит о способности отдельного государства не воспринимать ту или иную формирующуюся норму международного обычного права «в качестве лакмусового тестирования волюнтаристского характера обычая» в рамках общепринятой концепции источников международного права); Murphy, выше, сноска 54, at p. 96 («Эта норма о настойчиво возражающем государстве не является кивком в сторону основной роли государственного согласия в международном праве»); M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), at p. 17 («понятие настойчивого возражения является существенно важным с учетом структуры государственного сообщества. Если государства являются теми субъектами международного права, которые создают международное право, то они могут по своим собственным соображениям *in casu* и сами по себе не вовлекаться в нормотворческий процесс»); D.A. Colson, “How Persistent Must the Persistent Objector Be?”, *Washington Law Review*, 61 (1986), pp. 957–958 («Принцип настойчиво возражающего государства — это логическое следствие консенсуального характера процесса формирования международного права»); W.M. Reisman et al, *International Law in Contemporary Perspective* (Foundation Press, 2004), 15 («С учетом традиционной концепции консенсуального характера международного права государства, которые настойчиво возражают против нового ограничения их свободы действовать в силу формирующегося обычного права, могут с успехом избегать его действия по отношению к ним»).

что сами государства пришли к выводу, признав их как имеющие силу²²⁰. Было признано, что это выполняет «ряд важных функций в рамках системы обычного права» посредством предоставления, в частности, возражающим государствам «возможности в краткосрочной перспективе приспособиться к новым реалиям, с которыми они могут столкнуться» и создать возможность для «модификации новой нормы, с тем чтобы согласовать мнения государств, поддержавших новую норму, и мнения государства или государств, которые возражают против нее»²²¹, а также «средства, с помощью которых государство может защищать свои юридические интересы, не применяя конфронтационные меры»²²², а также сокращать расходы для международно-правовой системы в результате того, что государства не соблюдают ее (и для самого возражающего государства, которое может иметь возможность избежать нарушения международного права)²²³.

91. По словам Фицмориса, «суть этого вопроса заключается в несогласии с нормой, которая находится в процессе формирования, причем до того, как она выкристаллизовалась в окончательную и общепризнанную норму права»²²⁴. Различие между возражением и нарушением, по всей видимости, не всегда легко провести²²⁵, однако ясно, что после того, как та или иная норма обычного права сформировалась, государства более уже не могут *de novo* ссылаться на наличие нормы о настойчиво возражающем государстве²²⁶. Не может быть

²²⁰ B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), at p. 229; D.P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), pp. 198, 209.

²²¹ Elias, выше, сноска 218, at para. 6.

²²² Colson, выше, сноска 219, at p. 964.

²²³ См. Guzman, выше, сноска 75, at p. 169 который доказывает, что теория рационального выбора поддерживает доктрину настойчиво возражающего государства в рамках международного обычного права). Однако см. J.P. Kelly, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), pp. 449, 523–526; Verdier and Voeten, выше, сноска 91, at pp. 427–429 (которые утверждают, что доктрина имеет ограниченное практическое значение).

²²⁴ 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), pp. 1, 26.

²²⁵ См. также Colson, выше, сноска 219, at p. 958 («Различие между этими двумя случаями [когда государства возражают против новых тенденций в международно-правовой практике, и государствами, которые выступают против тенденций, уже трансформировавшихся в право] никогда не является четким, за исключением, возможно, в ретроспективе»); O. Elias, “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, *Denning Law Journal*, 6 (1991), pp. 37, 38 («Вполне могут иметь место случаи, когда различие между настойчивым возражением и последующим возражением провести трудно, однако в принципе это различие не носит проблематичного характера»).

²²⁶ См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 336 (Dissenting Opinion of Judge Azevedo) («эти звучащие время от времени возражения представляют собой нарушение уже установившейся нормы, и поэтому то или иное государство не может возражать против того обычая, которое оно раньше приняло»); J.B. McClane, “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?”, *ILSA Journal of International Law*, 13 (1989), pp. 1, 7 («По определению, возражение в отношении нормы, которая возникла, является последующим возражением и как таковое не имеет силы»); Akehurst, выше, сноска 36, at p. 24 («Протест, который проявляется в первый раз после того, как норма прочно утвердилась, является слишком поздним для предотвращения того, чтобы государство не стало связано обязательной силой»); Thirlway, выше, сноска 27, at p. 110

какого-либо «впоследствии возражающего государства»²²⁷. Государство должно как можно ранее выразить возражение относительно находящейся в стадии развития нормы²²⁸.

92. С тем чтобы настойчивое возражение было эффективным, оно должно быть ясно выраженным²²⁹. Однако «отсутствует требование о том, что изложение позиции должно производиться в той или иной конкретной форме или

(«если присутствует общее признание практики в качестве «правовой нормы» и не соглашающиеся государства не выразили свои мнения до тех пор, пока норма не сформировалась и не стала определенно установленной, эта норма будет иметь обязательную силу для всех, в том числе для несоглашающихся государств»); Mendelson, выше, сноска 25, at p. 244 («норма о настоятельно возражающем государстве ... применяется лишь по отношению к тем, кто высказал свои возражения во время формирования общей нормы: норма «о впоследствии возражающем государстве отсутствует»); Barberis, выше, сноска 145, at p. 39 («Никакое государство не может быть связано обязательствами в силу обычно-правовой нормы, в отношении которой оно выступало против определенно и подтверждало это в период ее формирования. ... Четкое и подтвержденное возражение действует только в том случае, если оно было выражено в момент формирования обычной нормы, однако теряет силу, если оно было выражено уже после того, как обычная норма сформировалась»).

²²⁷ Что касается предположения о том, что последующее возражение может допускаться в определенных ситуациях, то см. C.A. Bradley, M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), pp. 202-275; Guzman, выше, сноска 75, at pp. 169-171; и ответ на такое предположение см. S. Estreicher, "A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), pp. 57-64.

²²⁸ См. Elias, выше, сноска 218, at para. 15 («Рассматриваемое государство должно выразить свое возражение как можно ранее»); A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), at p. 41 («государство должно выразить свое возражение как можно скорее и отреагировать на неблагоприятное развитие событий не только тогда, когда по существу новое развитие событий будет непосредственно сказываться на его интересах, но и когда в непосредственном будущем это развитие событий не окажет значительного воздействия на это государство»).

²²⁹ См., например, A. Steinfeld, "Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons", *Brooklyn Law Review*, 62 (1996), pp. 1635, 1652 («Возражающее государство должно реагировать на публичные проявления юридической политики, публично возражая, если оно планирует сохранить определенное юридическое право согласно современному международному праву»); D.J. Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary international Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), pp. 31, 35 («Государства обязаны протестовать громко и часто, если они желают избежать ситуации, когда они будут связаны той или иной нормой формирующегося глобального обычая»); Mendelson, выше, сноска 25, at pp. 240-241 («В первую очередь, очевидно, возражение должно быть выражено: бессмысленно, когда правительственные должностные лица и министры выражают свои сомнения в своих беседах, но не доводят их содержание до сведения внешнего мира. Если государство, которое непосредственно затрагивается практикой, не возражает, во многих случаях можно разумно предположить, что оно молчаливо согласилось или иным образом отказалось от возражений с нормой»); I.C. MacGibbon, 'Some Observations on the Part of Protest in International Law', *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), pp. 293, 318 (государство должно протестовать «решительно и определенно»); Stern, выше, сноска 18, at p. 108. См. также *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius (2013), p. 124, para. 5.11 («Возражение должно быть выражено: недостаточно того, чтобы правительственные должностные лица выражали свои возражения, лично общаясь, не информируя о них за пределами своих домашних рабочих условий»).

тоне»²³⁰. В частности, устное возражение было бы достаточным для сохранения юридической позиции возражающего государства в отличие от требования относительно принятия непосредственных мер²³¹. На практике государство может отрицать, что та или иная формирующаяся норма стала нормой между-

²³⁰ Colson, выше, сноска 219, at p. 969. См. также Lepard, выше, сноска 220, at p. 238 («Короче говоря, не представляется возможным утверждать, что возражение должно принимать ту или иную конкретную форму или выражаться на определенном уровне интенсивности в каждом случае»); Wolfke, выше, сноска 28, at p. 67 («Способы выражения эффективного индивидуального несогласия с возникновением того или иного обычая могут быть различными, явно выраженными или косвенными, то есть молчаливыми. Разумеется, что наиболее эффективными являются безоговорочные, явно выраженные протесты в отношении практики, ее признание в качестве правовой нормы или созревшей нормы обычного права, поскольку выведение несогласия из простого поведения является гораздо менее убедительным и сложным для доказывания»). Некоторые утверждали, что возражение должно быть принципиальным («сознательное отступничество»), однако см. G.J. Postema, «Custom in International Law: A Normative Practice Account», в A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), at p. 299; Lepard, выше, сноска 220, at pp. 230–232. Штайн утверждает, что настойчивое возражение должно позволяться «будь то на основе принципа или практической целесообразности», однако при этом предполагает, что «требование относительно субстантивной последовательности» при возражениях может играть положительную роль (Stein, выше, сноска 210, at p. 476).

²³¹ См. также *ILA London Statement of Principles*, p. 28 («Вербальные протесты являются достаточными: отсутствует норма, согласно которой государства должны принимать предметные меры для защиты своих прав»); C.G. Guldahl, «The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law», *Nordic Journal of International Law*, 77 (2008), pp. 51, 55 («Хотя установлено, что доказательство государственной практики согласно международному обычному праву в общем может состоять как в вербальных проявлениях, так и в предметных действиях, такое требование [для того, чтобы постоянно возражающие государства реально осуществляли право, на которое они претендуют] обеспечивало бы, что это изъятие из общего применения международного обычного права фактически может быть использовано только в исключительных обстоятельствах государствами, которые по-настоящему привержены своей позиции. Это также сделало бы более ясной правовую позицию того или иного государства. Однако это могло бы иметь неблагоприятные и даже катастрофические последствия, как в случае с запретом на применение ядерного оружия, или если говорить о менее экстремальном примере, в случае, когда противоборствующие стороны используют репрессалии в отношении гражданского населения. Ясно, что такое требование не является желательным и обычно не считается необходимым»); Mendelson, выше, сноска 25, at p. 241 («как представляется, достаточно простого вербального возражения, не сопровождаемого физическими действиями в его поддержку. В действительности, если бы дело обстояло иным образом, то это подрывало бы мир в мире, а также ставило бы в неблагоприятное положение государства, которые не имеют военных ресурсов или надлежащего технического персонала для принятия таких мер»); Colson, выше, сноска 219, at pp. 963–965 («констатация возражения может осуществляться по-разному и может принимать различные информационные формы. По всей видимости, национальные позиции не должны отражаться в форме действий, для того чтобы составлять имеющее действительную правовую силу возражение. Выражения «четкие, но изложенные в вежливой форме» достаточны в международном праве для защиты позиции настойчиво возражающего государства»); Lepard, выше, сноска 20, at p. 239 («Разумеется, что даже в случаях, когда выражение настойчивого возражения будет сложным, основополагающие этические принципы, такие как неприменение силы, подразумевают, что определенный протест не требует невербальных действий (и особенно военных действий) для обеспечения имплементации нормы. Достаточным должен быть просто вербальный протест»).

народного обычного права, возражать против применимости этой нормы по отношению к себе или и то и другое²³².

93. Государство должно настойчиво и последовательно выражать свое возражение, поскольку в противном случае норма будет рассматриваться как молчаливо признанная²³³. Указывалось, что возражение «должно повторяться так часто, как того требуют обстоятельства (в ином случае оно не будет «настойчивым»)»²³⁴, хотя может быть нереальным требовать тотальной настойчивости²³⁵. Разумеется, что государство может в любое время отказаться от своего возражения.

94. Бремя доказывания права воспользоваться нормой о настойчиво возражающем государстве лежит на возражающем государстве, которое должно опровергнуть презумпцию, согласно которой соответствующая норма международного обычного права как таковая является обязательной для него²³⁶.

²³² См. также O.A. Elias and C.L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer Law International, 1998), at p. 106; Elias, выше, сноска 218, at para. 17 («кроме того, как представляется, неважно то, выражают ли возражающие государства свои возражения или отсутствие согласия в отношении формирования или существования той или иной нормы или же они выражают свои возражения относительно применимости рассматриваемой нормы лишь по отношению к себе»).

²³³ См. также Gaја, выше, сноска 55, at p. 43 («возражение, которое Суд счел релевантным [в деле *О рыболовстве (Соединенное Королевство против Норвегии)*] состояло в нечто более чем простом негативном отношении к той или иной норме. Оно касалось возражения в отношении «какой-либо попытки применять» норму при предположении о том, что эти попытки успехом не увенчались. Таким образом, релевантным представляется в случае возражающего государства тот аспект, стала ли та или иная форма также действующей по отношению к этому государству»); Crawford, выше, сноска 103, at p. 247 («Настойчивое возражение ... однако должно быть последовательным и четким и не проявляться просто в форме отказа от ратификации того или иного договора»); Elias, выше, сноска 218, at para. 16 («Если государство последовательно не выражает свое возражение, то оно может считаться как молчаливо признавшим обычай»); Kritsiotis, выше, сноска 208, at pp. 129–130 («возражения должны быть надлежащим и должным образом оформлены с временной точки зрения, и они должны быть, так сказать, настойчивыми; мы вполне обоснованно можем предположить, что спорадических или отдельных возражение недостаточно»); Mendelson, выше, сноска 25, at p. 241 («протест должен сохраняться. Это действительно подразумевается по смыслу слова «настойчивый ... если государство, которое однажды выразило возражения, не подтвердило это возражение, то может быть уместным (в зависимости от обстоятельств) резюмировать то, что оно от него отказалось»).

²³⁴ *ILA London Statement of Principles*, p. 28. См. также Elias, выше, сноска 218, at para. 16 («Чем более распространенной и печально известной является практика, тем больше доказательств ее отрицания потребуются со стороны возражающего государства, поскольку отсутствие возражения при наличии практики, которая рассматривается достаточно общей для формирования новой нормы, может приравниваться к молчаливому согласию»); Steinfeld, выше, сноска 229, at p. 1652 («сам по себе характер обычая должен определять характер требуемого возражения»).

²³⁵ См. *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138 («Суд считает, что не следует придавать слишком большого значения небольшому числу неопределенных факторов или противоречий, реальных или видимых, которые, как утверждает правительство Соединенного Королевства, были выявлены в норвежской практике...»); Colson, выше, сноска 219, at p. 957 («при формулировании ответа на вопрос о том, насколько настойчивым должно быть настойчиво возражающее государство, должен учитываться контекст, в каком этот принцип применяется»).

²³⁶ См. также Crawford, выше, сноска 103, at p. 247 («в то же время важно, что существует опровержимая презумпция признания нормы»); Dupu, выше, сноска 198, at p. 78 («его

95. Предлагается включить в часть шестую следующий проект вывода:

Проект вывода 16

Настойчиво возражающее государство

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

IX. Будущая программа работы

96. Как указывалось в разделе I, задача настоящего доклада состоит в завершении подготовки комплекса проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком²³⁷. Будущая программа работы зависит от прогресса, который будет достигнут Комиссией на ее сессии в 2015 году. Если Комиссии удастся принять в предварительном порядке комплекс проектов выводов с комментариями в 2015 году, то в своем следующем докладе в 2016 году Специальный докладчик предложит какие-либо изменения, которые могут быть внесены в выводы и комментарии в свете прений в Шестом комитете в 2015 году и любых письменных соображений, полученных от правительств и других структур. Задача по-прежнему заключается в завершении, по возможности, работы над этой темой на сессии Комиссии 2016 года после подробного и скрупулезного рассмотрения и переработки на этой сессии текста проектов выводов и комментариев, принятых в 2015 году²³⁸. Однако не следует проявлять ненужную торопливость, поскольку, как представляется, необходимо больше времени²³⁹.

97. Помимо (но не отдельно от) проектов выводов и комментариев Специальный докладчик намеревается рассмотреть в четвертом докладе практические пути повышения степени доступности материалов, на основании которых может быть определено наличие общей практики и признание в качестве правовой нормы²⁴⁰.

98. Специальный докладчик также намеревается подготовить и распространить для рассмотрения членами Комиссии раздел с библиографией, связанной с этой темой.

непризнание [обычая] зависит от заявлений, четко свидетельствующих о том, что оно не входит в круг субъектов юридического сообщества, поддерживающих обычай»).

²³⁷ См. пункт 8, выше.

²³⁸ Следует напомнить, что аналогичная процедура использовалась в связи с Руководством по практике в отношении оговорок к договорам, полный текст которого был в предварительном порядке принят Комиссией в 2010 году с принятием окончательного варианта по прошествии года в 2011 году (см. документ A/66/10, пункты 54–64). Следует напомнить, что на сессии 2011 года проекты руководящих принципов были подробно рассмотрены Рабочей группой (под председательством г-на Васкеса Бермудеса).

²³⁹ В 2014 году г-н Форто напомнил о важной поговорке, *festina lente* (summary record A/CN.4/SR.3225 (17 July 2014)).

²⁴⁰ См. также A/CN.4/672, выше, сноска 6, пункт 35 («Одна из значительных трудностей заключается в подтверждении практики государств. Несмотря на развитие технологии и информационных ресурсов, распространение и обнаружение практики по-прежнему является одним из важных практических вопросов в условиях современного мира»).

Приложение

Новые предложенные проекты выводов

Проект вывода 3 [4]

Оценка доказательств в отношении двух элементов

...

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

Проект вывода 4 [5]

Требование в отношении практики

...

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

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

...

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

Часть пятая

Особые формы практики и доказательств

Проект вывода 12

Договоры

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

- а) во время заключения договора кодифицирует существующую норму международного обычного права;
- б) привело к формированию новой возникающей нормы международного обычного права; или
- с) привело к выработке новой нормы международного обычного права, породив общую практику, признанную в качестве правовой нормы.

Проект вывода 13*Резолюции международных организаций и конференций*

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

Проект вывода 14*Судебные решения и труды специалистов*

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

Часть шестая**Изъятия из общего применения норм международного
обычного права****Проект вывода 15***Партикулярный обычай*

1. Партикулярный обычай является нормой международного обычного права, на которую могут ссылаться только некоторые государства и только в отношении некоторых государств.
2. Для определения наличия того или иного партикулярного обычая и его содержания необходимо установить, существует ли общая практика в отношениях соответствующих государств, которая признана каждым из них в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Проект вывода 16*Настойчиво возражающее государство*

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