

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
14 March 2013
Russian
Original: English

Комиссия международного права**Шестьдесят пятая сессия**

Женева, 5 мая — 7 июня и 8 июля — 9 августа 2013 года

**Формирование и доказательства существования
международного обычного права****Элементы результатов предыдущей работы Комиссии
международного права, которые могли бы иметь особое
отношение к данной теме****Меморандум Секретариата***Резюме*

Настоящий меморандум был подготовлен в ответ на просьбу, сформулированную Комиссией международного права на ее шестьдесят четвертой сессии (2012 год). В нем отмечены элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к теме «Формирование и доказательства существования международного обычного права».

После анализа во введении ряда вопросов предварительного толка, касающихся мандата Комиссии и ее предыдущей работы по теме «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права» в меморандуме излагается подход Комиссии к выявлению международного обычного права и процессу его формирования, при этом особое внимание уделяется а) общему подходу Комиссии; б) практике государств; в) так называемому субъективному элементу (*opinio juris sive necessitatis*); г) соответствующей практике международных организаций; и е) соответствующим судебным решениям и работам юристов.

Затем в меморандуме дается обзор того, каким образом Комиссия понимает отдельные аспекты функционирования обычного права в рамках международной правовой системы. Эти аспекты касаются обязательного характера и характеристик норм международного обычного права, включая региональные нормы, нормы, устанавливающие обязательства *erga omnes*, и нормы *jus cogens*, а также связи между международным обычным правом и договорами и «общим международным правом».



Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	3
А. Кодификация и прогрессивное развитие	4
В. Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права	6
II. Выявление международного обычного права и процесс его формирования	7
А. Общий подход	7
В. Практика государств	10
1. Данная Комиссией характеристика практики государств	10
2. Материалы, на которые полагалась Комиссия при оценке практики государств	16
С. Так называемый субъективный элемент (<i>opinio juris sive necessitatis</i>)	19
1. Данная Комиссией характеристика субъективного элемента	19
2. Материалы, использованные Комиссией при оценке субъективного элемента	24
D. Соответствующая практика международных организаций	27
E. Соответствующие судебные решения и труды юристов	28
III. Функционирование международного обычного права в рамках международно- правовой системы	32
А. Обязательный характер и характеристики международных обычно-правовых норм	32
В. Связь между международным обычным правом и договорами	36
С. Связь между международным обычным правом и «общим международным правом»	41

I. Введение

1. На своей шестьдесят третьей сессии (2011 год) Комиссия международного права постановила включить в тему «Формулирование и свидетельства международного обычного права» в свою долгосрочную программу работы¹. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия включила эту тему в свою нынешнюю программу работы и назначила Специальным докладчиком сэра Майкла Вуда². Также на той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме³. Для выполнения этой просьбы Секретариат провел обзор работы Комиссии начиная с 1949 года с целью выявления аспектов, имеющих особое отношение к международному обычному праву. В этой связи Секретариат сосредоточил внимание в первую очередь на аспектах работы Комиссии, которые имеют непосредственное отношение к пониманию концепции международного обычного права, на том, как возникают обычные нормы и как их следует выявлять, а также на том, как функционирует обычное право в международной правовой системе. Те аспекты работы Комиссии, которые определены Секретариатом как имеющие особое отношение к настоящей теме, отражены в настоящем меморандуме в форме замечаний и, где это уместно, сопровождаются пояснительными примечаниями.

2. При подготовке настоящего меморандума Секретариат в качестве руководства использовал имеющие отношение к данной теме вопросы и проблемы, которые он заимствовал из двух предварительных документов, подготовленных сэром Майклом Вудом⁴, а также из первоначального обсуждения этой темы на шестьдесят четвертой сессии Комиссии⁵. Структура меморандума отражает аспекты работы Комиссии, связанные с выявлением международного обычного права и процессом его формирования, а также функционированием обычного права в международной правовой системе.

3. Важно сразу отметить, что представленные ниже замечания отражают систематический обзор лишь отдельных компонентов работы Комиссии. С учетом мандата Комиссии и методов ее работы целый ряд компонентов ее работы, включая доклады специальных докладчиков и общие прения на пленарных заседаниях, могли бы потенциально иметь отношение к настоящему меморандуму и его теме. Однако, чтобы подготовить меморандум оперативно, Секретариату пришлось ограничиться главным образом обзором окончательного варианта проектов, принятых Комиссией по различным темам, которые она рассмотрела до настоящего времени, вместе с сопроводительными комментариями

¹ A/66/10, пункты 365–367. В своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

² A/67/10, пункт 19.

³ Там же, пункт 159.

⁴ См. приложение А к докладу Комиссии за 2011 год (A/66/10), а также записку Специального докладчика, представленную на шестьдесят четвертой сессии Комиссии (A/CN.4/653).

⁵ См. A/67/10, пункты 169–202.

ми⁶. Окончательные варианты таких проектов и комментариев, как представляется, лучше всего отражают коллективный подход Комиссии к международному обычному праву.

А. Кодификация и прогрессивное развитие

4. Прежде чем переходить к замечаниям, целесообразно вкратце рассмотреть несколько вопросов предварительного толка, относящихся к предыдущей работе Комиссии по международному обычному праву. Во-первых, исследование такой работы неизбежно требует вспомнить о различии между работой Комиссии по «кодификации» и «прогрессивному развитию».

5. Что касается кодификации, то, как хорошо известно, международное обычное право занимает значительное место в работе Комиссии. В Положении о Комиссии «кодификация международного права» определена как «более точное формулирование и систематизация норм международного права в тех областях, в которых уже имеется обширная государственная практика, прецеденты и доктрины»⁷. Кроме того, в Положении Комиссия уполномочивается кодифицировать международное право посредством подготовки проектов в форме статей с комментариями, содержащими «соответствующее изложение прецедентов и других относящихся к делу данных, включая договоры, судебные решения и доктрину», а также выводов относительно, с одной стороны, «степени согласия по каждому моменту в практике государств и доктрине» и, с другой стороны, «существующих расхождений и разногласий, а также аргументов в пользу того или иного решения»⁸.

6. Однако мандат Комиссии не ограничивается кодификацией существующих международных норм. Комиссии также поручено прогрессивное развитие международного права, которое в Положении о Комиссии определено как «подготовка проектов конвенций по тем вопросам, которые еще не регулируются международным правом или по которым право еще недостаточно развито в практике государств»⁹.

7. Таким образом, кодификация и прогрессивное развитие были предусмотрены в Положении в качестве самостоятельных концепций, хотя авторы Положения признавались, что обе эти концепции необязательно будут иметь взаимоисключающий характер: систематизация существующего правового массива может привести к выводу о том, что государствам следует предложить для принятия какую-то новую правовую норму¹⁰. Кроме того, Комиссия постоянно стремилась избегать однозначной квалификации какой-либо темы как исклю-

⁶ В сферу обзора были включены также проекты статей о высылке иностранцев и комментарии к ним, принятые Комиссией в первом чтении на ее шестьдесят четвертой сессии (2012 год).

⁷ Положение о Комиссии международного права, статья 15.

⁸ Там же, статья 20(a) и (b).

⁹ Там же, статья 15.

¹⁰ См. доклад Комитета по прогрессивному развитию международного права и его кодификации, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, вторая сессия, Шестой комитет*, приложение 1, пункт 7.

чительно относящейся к кодификации или прогрессивному развитию¹¹. Комиссия также отмечала, что «различия, проводимые в Положении между двумя процессами, оказались неприменимыми к практической работе и могли бы быть устранены при каком-либо пересмотре Положения»¹².

8. В ряде случаев в связи с формулировкой конкретных норм Комиссия проводила четкое различие между своей работой по кодификации и своей работой по прогрессивному развитию международного права¹³. Однако во многих других случаях Комиссия не указала, что она имеет в виду при разработке какой-

¹¹ См., например, *Ежегодник Комиссии международного права, 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 19, пункт 72 («Комиссия хотела бы отметить, что, как она считает, ее работа по клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации представляет собой как кодификацию, так и прогрессивное развитие международного права в том смысле, в каком эти концепции определены в статье 15 Положения о Комиссии. Статьи, которые она сформулировала, содержат элементы как прогрессивного развития, так и кодификации права, и, как это имеет место и в отношении некоторых ранее принятых проектов, нереально определить, под какую категорию подпадает каждое положение»). См. также *Работа Комиссии международного права*, 8-е издание, том I, 2012 год, стр. 47 английского текста.

¹² *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 107, пункт 147(а). См. также стр. 110, пункты 156–159, где говорится, что «предположение о том, что прогрессивное развитие, в отличие от кодификации, ассоциируется прежде всего с разработкой конвенций, является слишком упрощенным...» и что «таким образом, Комиссия неизбежно исходит из комбинированных идей „кодификации и прогрессивного развития“».

¹³ См., например, *Ежегодник ... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 16, пункт 54 («Комиссия пришла к выводу о том, что действие клаузулы [о наиболее благоприятствуемой нации] в сфере экономических отношений в особой связи с развивающимися странами не является областью, которая легко поддается кодификации в международном праве, в том смысле, в котором данный термин употребляется в Положении о Комиссии, поскольку необходимые для этого процесса условия, ... такие как обширная практика государств, прецеденты и доктрины, не так легко разграничить»); пункт 2 комментария к проекту статьи 5 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 36 (где говорится, что практика государств и теория не дают четкого ответа, и поэтому эта норма была составлена в порядке прогрессивного развития права); пункт 2 комментария к проекту статьи 8 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 48 («Проект статьи 8, представляющий собой попытку прогрессивного развития права, отступает от традиционной нормы...»); и пункт 3 комментария к проекту статьи 19 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 96 («если международное обычное право еще не достигло этой стадии развития, то положение пункта (а) проекта статьи 19 следует рассматривать как результат усилий по прогрессивному развитию»); пункт 1 комментария к руководящему положению 1.2.1. об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 96 (где говорится, что это руководящее положение «содержит, однако, в себе элемент прогрессивного развития международного права, поскольку четкого прецедента такого рода не имеется»); пункт 5 комментария к проекту статьи 23 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 65 («Таким образом, пункт 2 проекта статьи 23 стал результатом прогрессивного развития в двух аспектах...»); пункт 1 комментария к проекту статьи 27 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 81 («Проект статьи 27... представляет собой попытку прогрессивного развития международного права»); и пункт 1 комментария к проекту статьи 29 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 83 («Проект статьи 29 признает в целях прогрессивного развития международного права и при соблюдении известных условий право на возвращение в выславшее государство за иностранцем, который был вынужден покинуть территорию этого государства после незаконной высылки»). См. также пункт 5 общего комментария об ответственности международных организаций, A/66/10, стр. 78 («Тот факт, что несколько из настоящих проектов статей основаны на ограниченной практике, перемещает водораздел между кодификацией и прогрессивным развитием в сторону последнего»).

либо конкретной нормы: кодификацию или прогрессивное развитие¹⁴. Более того, Комиссия независимо от того, указывала она или нет под какую категорию подпадает рассматриваемая ею конкретная норма, часто употребляла термины, которые делают ее анализ весьма актуальным для обычного права. В этой связи подход Секретариата заключался в том, чтобы включить в настоящий меморандум те элементы из работы Комиссии, которые, по всей видимости, представляют собой усилия по установлению или оценке возможного существования или появления нормы международного обычного права.

В. Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права

9. Рассматривая тему «Формирование и доказательство существования международного обычного права», Комиссия не впервые занимается темой, касающейся непосредственно доказательств существования международного обычного права. После своей второй сессии на основе рабочего документа, подготовленного по этой теме Мэнли О. Хадсоном¹⁵, Комиссия представила в 1950 году Генеральной Ассамблее доклад по теме, озаглавленной «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права»¹⁶. Этот доклад был подготовлен непосредственно во исполнение статьи 24 Положения о Комиссии¹⁷.

10. Осуществление Комиссией статьи 24 в значительной степени концептуально отличалось от рассматриваемой здесь темы. В докладе Комиссии, занятой главным образом вопросом наличия и доступности материалов, связанных со свидетельствами обычного права, были указаны существующие собрания текстов и международных правовых материалов и было предложено, чтобы Секретариат подготовил определенные публикации для расширения доступности свидетельств, потенциально относящихся к международным обычаям¹⁸.

11. Однако в докладе Комиссии также кратко была рассмотрена сфера применения международного обычного права¹⁹. Особое значение для рассматриваемой в настоящее время темы имеет то, что Комиссия, в частности, указала, что отдельные государства при формулировании конвенций довольно часто пола-

¹⁴ Комиссия даже заявляла, что она не считает нужным указывать правовой статус конкретной нормы; см., например, пункт 8 комментария к проекту статьи 68 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 298 английского текста («Комиссия не считает нужным распространяться по вопросу о характере и юридическом основании суверенных прав, присваиваемых прибрежному государству [в отношении континентального шельфа]... Все эти соображения общего порядка создают достаточно основания для принципа суверенных прав прибрежного государства, сформулированного в настоящее время Комиссией»).

¹⁵ A/CN.4/16 и Add.1.

¹⁶ *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 367–374 английского текста, пункты 24–94.

¹⁷ Статья 24 Положения о Комиссии предусматривает следующее:

Комиссия рассматривает способы и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права, такие как сбор и публикация документов, касающихся практики государств, и судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет Генеральной Ассамблее доклад по этому вопросу.

¹⁸ *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 368–374 английского текста.

¹⁹ Там же, стр. 367 и 368 английского текста.

гаются на установление наличия обычного права и что «свидетельства практики государств можно обнаружить в самых разнообразных материалах»²⁰. Эти выводы и другие основные аспекты анализа Комиссии будут вновь рассмотрены в рамках представленных ниже замечаний.

II. Выявление международного обычного права и процесс его формирования

12. В настоящем разделе содержатся замечания, касающиеся подхода Комиссии к выявлению норм международного обычного права и процессу их формирования. Раздел начинается с замечаний, касающихся общего подхода Комиссии к выявлению обычных норм, далее следуют замечания, касающиеся практики государств, так называемого субъективного элемента (*opinio juris sive necessitatis*), и соответствующей практики международных организаций и судебных решений, а также работ юристов.

A. Общий подход

Замечание 1

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 юристов²¹.

²⁰ Там же.

²¹ При этом Комиссия полагается на самые разнообразные материалы, примерный перечень которых приводится в разделах II.B.2 и II.C.2 настоящего меморандума. См. также, например, комментарий к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 256–261; после рассмотрения самых разнообразных материалов Комиссия пришла к выводу в пункте 18, что «новое независимое государство не обязано *ipso jure* наследовать договоры своего предшественника». В некоторых случаях соображения логики или справедливости также учитывались Комиссией при определении отдельных норм; см., например, пункт 2 комментария к проекту статьи 36 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник ... 1971 год*, том II (Часть первая), стр. 369 (оценка соответствующей практики, подтвержденная посредством аналогии с привилегиями и иммунитетами дипломатических агентов и постоянных представителей, а также их соответствующих членов семей и персонала) и пункт 2 комментария к статье 39 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 133 («В статье 39 признается, что следует учитывать при оценке формы и объема возмещения поведение потерпевшего государства либо любого лица или образования, в отношении которого истребуется возмещение. Это соответствует тому принципу, что полное возмещение причитается за вред — но не более того, — вытекающий из последствий международно противоправного деяния. Это также соответствует принципу справедливости между ответственным государством и стороной, пострадавшей в результате нарушения обязательства» (выделено авторами настоящего документа)). В отдельных случаях применение аналогии, насколько можно судить, было результатом убежденности Комиссии в малом объеме имеющейся практики; см., например, следующие замечания, сделанные в пункте 2 общего комментария к проектам статей об ответственности международных организаций относительно

13. В комментарии к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков приводится пример подхода Комиссии:

Обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права и касающихся несудоходных видов использования международных водотоков, таких данных, как положения договоров, позиции, занятые государствами в конкретных спорах, решения международных судов и трибуналов, изложение правовых норм межправительственными и неправительственными органами, мнения ученых и решения муниципальных судов по аналогичным делам, свидетельствует о всецелой поддержке доктрины справедливого использования в качестве общей правовой нормы для определения прав и обязанностей государств в этой области»²².

14. Вышеприведенный пример как раз иллюстрирует то, что Комиссия в своих комментариях часто не проводила разграничения между материалами, которые она использовала для установления общей практики государств, и материалами, которые она использовала для определения взглядов или позиций го-

стоятельств, исключающих противоправность, A/66/10, стр. 129: «Кроме того, определенные обстоятельства вряд ли могут возникать в связи с некоторыми и даже с большинством международных организаций. Однако, было бы необоснованно утверждать, что обстоятельства, исключающие противоправность поведения государств, не могут быть применимы и в отношении международных организаций, например, что только государства могут ссылаться на форс-мажор. Это не подразумевает обязательного наличия презумпции о том, что условия, при которых какая-либо организация может ссылаться на то или иное обстоятельство, исключающее противоправность, аналогичны условиям, применяемым в отношении государств».

²² Пункт 10 комментария к проекту статьи 5, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108. См. также пункты 3–6 комментария к проекту статьи 7 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 92–94 (использование обзора практики государств, международных судебных органов и работ юристов для подкрепления вывода о том, что норма существует); пункты 12–14 комментария к проекту статьи 10 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 108–110 («Арбитражные решения вместе с государственной практикой и литературой указывают на широкое признание двух позитивных норм присвоения поведения, изложенных в статье 10»); пункты 24 и 25 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 45 и 46 (где определяется, что сформулированная в проектах статей норма имеет прецедент, что явствует из обзора источников, которые включают судебные решения, национальное законодательство и договорную практику); пункты 10–18 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 241–244 (проведение обзора практики государств, пограничных споров и договорной практики для установления наличия общей нормы); пункты 2–4 комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 256–261 (обзор практики государств, правовых заключений Секретариата, практики депозитариев и работ юристов для установления общей нормы); пункты 1–8 комментария к проекту статьи 49 о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 75 и 76 (использование при обсуждении обычной нормы Устава Организации Объединенных Наций и практики Организации Объединенных Наций, а также мнений подавляющего большинства юристов-международников); и пункт 2 комментария к статье 25 о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 45 («Практика государств, судебная практика международных трибуналов и работы юристов, насколько можно судить, поддерживают ... норму, которая сформулирована в нынешней статье 7»).

сударств в отношении какой-либо нормы²³. Полезно также отметить, что Комиссия признала, что различные источники, упоминавшиеся при выявлении норм международного обычного права, юридически не равноценны²⁴.

15. Однако в других случаях Комиссия делала вывод о том, что норма имеет поддержку в практике государств, не включая при этом в комментарии свидетельств проведения систематического обзора²⁵.

²³ Более подробное изучение проведенного Комиссией анализа практики государств и взглядов и позиций государств в отношении какой-либо нормы см. разделы II.B и II.C ниже. См. также пункт 13 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 61 (где сделан вывод о том, что «нормы, закрепленные ... подтверждаются государственной, законодательной и судебной практикой государств, а также многосторонними и двусторонними договорами», при этом в комментарии не содержится отдельного анализа практики и взглядов государств); пункты 11–21 комментария к проекту статьи 13 о праве преемства государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 38–41 (где приводятся показательные примеры и делается вывод о том, что норма подкрепляется практикой государств, судебными решениями и теорией права, при этом не проводится разграничения между материалами, которые использовались для вывода в отношении практики, взглядов и позиций государств).

²⁴ См. пункт 24 комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 111 («Вышеприведенный обзор правовых материалов, хотя и был в силу необходимости кратким, отражает преобладающую тенденцию в практике и доктрине по этому вопросу. Следует признать, что все указанные источники не имеют одинаковой правовой ценности. Однако обзор содержит указания на широкую и последовательную поддержку правил, содержащихся в статье 5»).

²⁵ См., например, пункт 1 комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 26 (где просто говорится, что эти правила «отвечают господствующей практике государств», при этом более никаких аргументов не приводится); комментарий к проекту статьи 32 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 30 (где делается вывод о том, что принцип иммунитета военных кораблей, «изложенный в пункте 1, общепризнан в международном праве», при этом данные обзоров не приводятся); и пункты 1 и 2 комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 103 английского текста (где делается вывод о том, что «широко распространена практика, согласно которой штатным консулам принадлежит, в порядке старшинства, место перед консулами почетными», при этом в комментарии ссылок на источники нет. Следует отметить, однако, что в некоторых из этих случаев, где в комментариях Комиссии не приводятся данных систематического обзора, сведения из такого обзора вполне могут содержаться в докладах Специального докладчика или исследованиях Секретариата).

В. Практика государств

16. В своем определении норм международного обычного права Комиссия признала, что заметную роль играет практика государств²⁶. В этом разделе дается обзор того, каким образом Комиссия характеризовала и оценивала практику государств, а также материалов, которые Комиссия использовала для анализа.

1. Данная Комиссией характеристика практики государств

Замечание 2

Единообразие практики государств рассматривалось Комиссией в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права.

17. В ряде случаев Комиссия установила, что налицо требуемое единообразие практики государств, позволяющее выявить норму международного обычного права²⁷. И наоборот, в некоторых случаях отсутствие единообразия рассматривалось как обстоятельство, препятствующее существованию нормы международного обычного права²⁸.

²⁶ Однако следует отметить, что, как указала Комиссия, простое отсутствие практики не обязательно исключает существование права или правомочия в соответствии с общим международным обычным правом; см. пункт 2 комментария к проекту статьи 57 об ответственности международных организаций, A/66/10, стр. 184 («По сути дела, на практике не имеется примеров принятия контрмер непотерпевшими государствами или непотерпевшими организациями в отношении ответственной международной организации. С другой стороны, в контексте крайне ограниченного числа случаев, в которых контрмеры в отношении международной организации могли бы быть приняты непотерпевшими государствами или непотерпевшими международными организациями, отсутствие практики, касающейся контрмер, не может приводить к заключению о том, что контрмеры со стороны непотерпевших государств или непотерпевших международных организаций были бы неприемлемыми»).

²⁷ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 9 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 16 («В настоящее время практика государств, как она отражена в их внутренних законодательствах и в международных конвенциях, свидетельствует о достаточной мере единообразия, поскольку это касается четырех классов, перечисленных в статье 9, и это дает возможность сделать теперь классы глав консульских учреждений предметом кодификации») и пункты 1 и 2 комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 22 («Поскольку у Комиссии имеются сведения, существуют, очевидно, некоторые единообразные обыкновения, попытка кодифицировать которые и делается в этой статье»). См. также пункты 8 и 23 комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 594 и 601 («Ничтожность недействительной оговорки никак не относится к *lex ferenda*; она прочно укоренилась в практике государств... Практика государств весьма обширна (и по сути однородна) и не ограничивается какой-то определенной группой государств»).

²⁸ См., например, пункт 4 комментария к проекту статьи 35 о специальных миссиях, *Ежегодник ... 1967 год*, том II, стр. 363 английского текста («Комиссия, однако, констатировала, что ввоз этих предметов потребления регулируется сложными таможенными правилами, которые различны в каждом государстве, и что, по-видимому, нет никаких общепризнанных правовых норм в этой области»); пункт 2 комментария к проекту статьи 17 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 94 английского текста («Обычаи в различных странах

Замечание 3

Общность практики государств также рассматривалось Комиссией в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права.

18. В ряде случаев Комиссия обнаруживала, что налицо общность практики государств, позволяющая выявить норму международного обычного права²⁹. И

различны ... строго определенного правила установить нельзя»); пункт 2 комментария к проекту статьи 36 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 101 английского текста («Согласно общей практике, членам дипломатического персонала представительства предоставляются те же привилегии и иммунитет, которыми пользуются главы представительства, и никто не оспаривает, что это — нормы международного права. Однако за этими пределами в практике государств неодинаково разрешается вопрос о том, какие сотрудники представительства должны пользоваться привилегиями и иммунитетом ... при таком положении вещей нельзя утверждать, что по этому предмету имеется какая-либо норма международного права, кроме уже упомянутой»); проект статьи 3(1) по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 265 английского текста («Комиссия находит, что, поскольку речь идет о пределах территориального моря, в международной практике нет единообразия»); пункт 2 комментария к проекту статьи 4 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 267 английского текста («Традиционное выражение «отметка наибольшего отлива» может иметь разное значение; нет единого стандарта, при помощи которого государства в своей практике определяли бы эту отметку»); пункт 18 комментария к проекту статьи 14 о преемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 48 («Практика государств, касающаяся денег, не является единообразной, хотя существует твердый принцип, согласно которому привилегия эмиссии принадлежит государству-преемнику...»); пункты 8 и 9 комментария к проекту статьи 11 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 101 английского текста (где говорится, что «универсально признанное» право принимающего государства отклонять экзекутуру имплицитно признано в этой статье, однако отмечается, что «ввиду разнообразной противоречивой практики государств невозможно сказать, что существует норма, требующая, чтобы государства приводили мотивы для своих решений в подобном случае»); пункт 1 комментария к проекту статьи 27 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 82 («В этой связи Комиссия решила, что в практике государств в этой области нет достаточного единообразия и сближения, из которых можно было бы вывести существование в действующем праве нормы общего международного права, предусматривающей приостанавливающее действие обжалования решения о высылке»); и пункт 1 комментария к проекту статьи 29 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 83 и 84 («Хотя признание такого права — при разных условиях — можно было бы обнаружить в законодательстве нескольких государств, а также на международном уровне, практика, по-видимому, не демонстрирует достаточного сближения, чтобы можно было утверждать о наличии в позитивном праве права на возвращение как личного права незаконно высланного иностранца»).

²⁹ См., например, пункт 1 примечания к проекту статьи 3 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 94 английского текста («Норма, излагаемая в этой статье, отвечает общей практике, согласно которой дипломатические представительства выполняют консульские функции»); пункт 2 примечания к проекту статьи 49 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 121 английского текста (где говорится, что доказательство «очень распространенной практики... является доказательством относящегося к данной сфере международного обычая ...»); пункты 8 и 23 комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам A/66/10/Add.1, стр. 590 и 597 («Ничтожность недействительной оговорки никак не относится к *lex ferenda*; она прочно укоренилась в практике государств ... практика государств весьма обширна (и по сути однородна) и не ограничивается какой-то

наоборот, отсутствие общности практики государств рассматривалось как обстоятельство, исключающее существование нормы международного обычного права³⁰. Однако в некоторых обстоятельствах в отношении выявления норм, регулирующих ситуации, возникающие в ограниченном числе случаев, например в правовом регулировании правопреемства государств, Комиссия твердо полагалась на практику государств для выявления или формулирования в таких случаях общей нормы³¹.

19. В других случаях Комиссия сочла, что своеобразие в поведении государств или в каком-то конкретном обстоятельстве снижает их доказательную ценность для цели выявления нормы международного обычного права³².

определенной группой государств»); пункт 1 примечания к проекту статьи 32 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 100 английского текста («Во всех странах дипломатические агенты освобождаются от некоторых пошлин и налогов, и, хотя объем этого изъятия в различных странах различен, существование такого изъятия может, с известными исключениями, считаться нормой международного права»); пункт 1 комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 276 английского текста («Она нашла, что эти правила отвечают господствующей практике государств, и поэтому соответствующим образом изложила статью 22»); и пункт 105 комментария к принципу IV Принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского международного военного трибунала и в приговоре Трибунала, *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 375 английского текста (где говорится, что принцип «можно обнаружить с различной степенью определенности уголовного закона большинства государств»).

³⁰ См. пункты 3 и 6 комментария к проекту статьи 54 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 168 и 170 («Практика по этому вопросу носит ограниченный и достаточно зачаточный характер ... как следует из приведенного обзора, в настоящее время в международном праве отсутствует ясность в отношении контрмер, принимаемых в общих или коллективных интересах. Государственная практика на этот счет скудна и фрагментарна и касается ограниченного числа государств»); пункт 13 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 61 (где говорится, что практика систем общего права не может рассматриваться как «универсально применимая»); пункт 4 комментария к руководящему положению 2.6.10 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 310 («Практика государств в вопросе подтверждения возражений является нечастой и неустоявшейся...»).

³¹ См. пункт 18 комментария к проекту статьи 9 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 233 (где определяется норма общего применения на основе практики некоторых новых независимых государств) и пункт 26 комментария к проекту статьи 32 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 317 (где для формулирования общей нормы используется ограниченная практика нескольких объединившихся государств); см. также пункты 4–6 комментария к проекту статьи 5 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 28 и 29 (где для подтверждения «существующей нормы международного права» используется ограниченная практика международных трибуналов) и пункты 1–3 комментария к проекту статьи 6 проекта кодекса преступлений, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 29 и 30 (где для подтверждения принципа используется ограниченная национальная и международная судебная практика).

³² См. пункт 7 комментария к проекту статьи 21 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 282 («Однако положение бывших британских доминионов было совершенно необычным, что было обусловлено как обстоятельствами получения ими независимости, так и их особым отношением к британской короне в рассматриваемый период. Таким образом, на основании этих случаев

Замечание 4

Комиссия употребляет различную терминологию при определении того, удовлетворяет ли практика государств требованиям в отношении наличия единообразия или общности.

20. В качестве таких терминов использовались «единообразие» или «единообразная практика»³³, «общая практика»³⁴, «широко распространенная практика»³⁵, правило, «которое широко соблюдается на практике»³⁶, «укоренившаяся и общая практика»³⁷, «устоявшаяся практика»³⁸, «четко установленная»

нельзя сделать общий вывод...); пункт 7 комментария к проекту статьи 29 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 306 (где говорится, что обстоятельства образования федерации были «довольно своеобразными» и поэтому «этот случай не считается полезным прецедентом, на основании которого можно сделать какие-либо общие выводы»); пункт 11 комментария к проекту статьи 34 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 322 («Факты относительно распада этой недолго существовавшей федерации считаются слишком частными для того, чтобы образовать прецедент, из которого можно было бы вывести какое-либо общее правило»); пункт 4 комментария к проекту статьи 8 о праве преемства государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 57 (где говорится, что «нельзя вывести каких-либо универсальных критериев» и, в частности, «двух резолюций Генеральной Ассамблеи, принятых в порядке осуществления договора и касающихся лишь особых ситуаций»); и пункт 13 комментария к проекту статьи 13 о праве преемства государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 82 (где говорится, что будут опущены два типа случаев как «недостаточно показательные», поскольку применение в них общего принципа объясняется «другими причинами специфического характера»).

³³ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 9 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 99 английского текста (где говорится о «степени единообразия» в практике государств); пункт 2 комментария к проекту статьи 36 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 101 английского текста («Однако помимо этого никакого единообразия в практике государств не наблюдается ...»); пункт 2 комментария к статье 3 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 265 английского текста («... международная практика не была единообразной ...»); и пункт 7 комментария к статье 3 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 266 английского текста («... международная практика была далеко не единообразной»).

³⁴ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 3 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 94 английского текста; пункт 6 комментария к проекту статьи 22 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 286; и пункт 2 комментария к проекту статьи 52 по морскому праву, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 250 английского текста.

³⁵ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 49, пункт 2 комментария к проекту статьи 16 и пункт 2 комментария к проекту статьи 41 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 121, 103 и 115 английского текста.

³⁶ См. пункт 2 комментария к руководящему положению 2.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 215.

³⁷ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 8 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник ... 1971 год*, том II (Часть первая), стр. 348 и 349.

³⁸ См., например, пункт 3 комментария к руководящему положению 1.8 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 161; пункт 12 комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 460; и пункт 4 комментария к проекту статьи 50 о представительстве

практика³⁹, «прочно укоренившаяся» практика⁴⁰, «устоявшаяся практика»⁴¹, «установившаяся практика»⁴², «преобладающая практика государств»⁴³ или «вес доказательств практики государств»⁴⁴.

Замечание 5

Если в международной практике присутствовала какая-то объединяющая линия или тема⁴⁵, то Комиссия часто не обращала внимания на некоторые расхождения в практике при выявлении нормы международного обычного права⁴⁶.

21. Например, в комментарии к проекту статьи 34 о правопреемстве государств в отношении договоров Комиссия сделала вывод о том, что

хотя может иметься некоторое расхождение в практике государств, тем не менее эта практика является достаточно постоянной, чтобы обосновать формулирование правовой нормы, которая, при необходимых условиях, обеспечит то положение, что договоры, действующие на дату распада, должны оставаться в силе *ipso jure* в отношении каждого государства, возникающего в результате распада⁴⁷.

22. Аналогичным образом в комментарии к проекту статьи 32 о дипломатических отношениях и дипломатическом иммунитете Комиссия отметила, что, «хотя степень освобождения [от определенных сборов и налогов] в разных

государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник ... 1971 год*, том II (Часть первая), стр. 378.

³⁹ См. пункт 12 комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 38.

⁴⁰ См. пункт 8 комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 622.

⁴¹ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 21 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 71.

⁴² См. пункт 8 комментария к проекту статьи 19 о дипломатической защите, A/66/10, стр. 100 («Хотя в законодательстве, судебных решениях и доктрине имеются определенные элементы в пользу ограничения ... это, вероятно, не стало установившейся практикой»).

⁴³ См. пункт 1 комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 276 английского текста.

⁴⁴ См. пункт 17 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 244 (где говорится о «значении практики государств» в поддержку того, что на договоры об установлении границы не распространяется правовая норма о коренном изменении обстоятельств).

⁴⁵ См. пункт 11 комментария к проекту статьи 5 о несудоходных видах использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108, где говорится, что, хотя язык и подходы, используемые в международных соглашениях, значительно различаются, что отражает доктрину справедливого использования (которую Комиссия назвала «общей нормой права»), *объединяющим их элементом* является признание прав сторон на использование и получение выгод в отношении международного водотока или водотоков, которые равны в принципе и соотносительны в своем применении» (выделено авторами настоящего документа).

⁴⁶ По поводу общего подхода Комиссии к требованию в отношении единообразия практики государств см. замечание 2 в разделе II.B.1 настоящего меморандума.

⁴⁷ См. пункт 25 комментария к проекту статьи 34 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 328.

странах разная, ее можно рассматривать в качестве нормы международного права о том, что такие исключения существуют при определенных изъятиях»⁴⁸.

Замечание 6

Последовательность практики государств в течение определенного периода времени иногда отмечалась Комиссией в качестве значимого — хотя и не обязательно решающего — соображения в вопросе формирования или доказательств существования международного обычного права⁴⁹.

⁴⁸ Пункт 1 комментария к проекту статьи 32 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 100 английского текста. См. также пункт 3 комментария к статье 29 по морскому праву, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 279 английского текста («В различных государствах существует слишком различная практика, чтобы ее можно было регулировать с помощью тех немногих критериев, которые были приняты Комиссией... Поэтому Комиссия нашла, что лучше всего ей ограничиться изложением того руководящего принципа, что для общего признания дарованной национальности необходима подлинная связь между судном и тем государством, которое разрешает этому судну плавать под своим флагом... Большинство членов Комиссии предпочло указать неясный критерий, чем не указывать никакого»); пункт 8 комментария к проекту статьи 30 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 109 и 110 английского текста (где подтверждается принцип неприкосновенности консульских помещений, при этом отмечается его признание во многих консульских конвенциях, несмотря на «некоторые известные исключения из принципа неприкосновенности», предусмотренные в некоторых конвенциях); пункт 3 комментария к проекту статьи 13 о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 201 английского текста (где говорится, что дело *Right of Passage* может свидетельствовать о «возможности возникновения трудных проблем при особых обстоятельствах согласно этому правилу», однако что «существующие правила, по-видимому, являются вполне обоснованными»; и пункты 2 и 3 комментария к проекту статьи 11 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 41 и 42 («Несмотря на широкое разнообразие процессуальных норм и правил доказывания, регулирующих судопроизводство в различных судебных органах, любой суд или трибунал должен руководствоваться минимальными нормами надлежащего судопроизводства»).

⁴⁹ См., например, пункт 18 комментария к проекту статьи 5 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 98 английского текста («В пункте (j) подтверждается давно установившаяся практика, согласно которой консулы обеспечивают вручение соответствующим лицам...»); пункты 4 и 6 комментария к проекту статьи 5 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 28 и 29 (где определяется, что в данной статье подтверждается «существующие нормы международного права» и указывается, что «возможность защитительных ссылок на приказы вышестоящих должностных лиц неизменно исключалась в соответствующих правовых документах, принятых со времени принятия Устава Нюрнбергского трибунала...»); пункт 4 комментария к проекту статьи 7 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 32 («Должностное положение лица отвергается в качестве возможного исключаящего вину обстоятельства в связи с преступлениями по международному праву в соответствующих правовых актах, принятых после Устава Нюрнбергского трибунала...»); и пункт 26 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проектов статей по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24 и 25, *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 150 («Следует отметить, что норма иммунитета государств, которая была сформулирована в начале XIX века и получила широкое распространение в

2. Материалы, на которые полагалась Комиссия при оценке практики государств

Замечание 7

При оценке практики государств для цели выявления нормы международного обычного права Комиссия полагалась на самые разнообразные материалы.

23. Насколько можно судить, Комиссия в своей работе следовала подходу, который первоначально был предусмотрен в ее докладе 1950 года Генеральной Ассамблее относительно путей и средств, делающих более доступными свидетельства из области обычного международного права⁵⁰. Примерный перечень материалов, на который Комиссия полагается как на элементы практики государств, включает внутреннее право⁵¹, решения национальных судов⁵², практи-

странах общего права, а также в большом числе стран гражданского права в Европе в этом столетии, была позднее принята в качестве общей нормы обычного международного права на прочной и неоспоримой основе в текущей практике государств. Таким образом, норма иммунитета государств по-прежнему применяется в меньшей или в большей степени в практике стран, уже рассмотренных в связи с прецедентным правом в XIX веке... Она, по всей видимости, постоянно применяется в других странах». См. также противоположное мнение в пункте 3 комментария к проекту статьи 54 об ответственности государств за международно противоправное деяние, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 168 («Практика по этому вопросу носит ограниченный и достаточно зачаточный характер»).

⁵⁰ См. *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 368 английского текста, пункт 31 («Сведения о практике, которой придерживаются государства, можно найти в самых разнообразных материалах. Имеющееся в статье 24 Положения о Комиссии указание на «документы, определяющие установившуюся практику государств» (*documents établissant la pratique des Etats*), не дает еще критерия, чтобы судить о характере таких «документов». Вряд ли нужно перечислять все многочисленные категории материалов, в которых раскрывается практика государств в связи с каждой из многих проблем, возникающих в международных отношениях»). В этом докладе Комиссия представила следующий примерный перечень видов материалов, которые могут иметь отношение к свидетельствам международного обычного права: а) тексты международных актов; b) решения международных судов; c) решения национальных судов; d) национальное законодательство; e) дипломатическая корреспонденция; f) заключения национальных юрисконсультов; и g) практика международных организаций (*Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 370 английского текста). В частности, Комиссия указала, что термин «национальное законодательство» употреблен в широком смысле; он обнимает конституции различных государств, постановления их законодательных органов, а также распоряжения и декларации, издаваемые органами исполнительной и административной власти. Он включает все формы нормоустановительных актов, издаваемых публичной властью» (стр. 370 английского текста (в подразделе «национальное законодательство»), пункт 60). Кроме того, Комиссия отметила, что «решения национальных судов любого государства ценны как доказательство применения данным государством известной практики, даже если они не могут ни в каком другом смысле служить материалами, свидетельствующими о существовании обычного международного права» (пункт 54). Однако Комиссия решила не давать «сравнительную оценку решений национальных судов и прочих материалов, свидетельствующих о существовании обычного международного права» (пункт 54).

⁵¹ См., например, пункт 19 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных комитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 44 (где говорится об обзоре национального законодательства); пункт 8 комментария к статье 19 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 100 («Хотя в законодательстве, судебных решениях и доктрине имеются определенные элементы в пользу ограничений... это, вероятно, не стало установившейся практикой»); пункт 13 и сноска 164 комментария к проекту

ку исполнительных органов⁵³, дипломатическую практику⁵⁴ и договорную практику⁵⁵.

статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая) (где указывается, что нормы поддерживаются практикой государств, включая законодательную практику); и пункты 40–48 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проекта статьи по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24 и 25), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 154 и 155 (где говорится, что «национальное законодательство представляет собой важный элемент в общей концепции практики государств» и проводится обзор соответствующих национальных законов).

⁵² См. пункты 13–18 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 40–44 (обзор национальной судебной практики); пункт 13 и сноска 164 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 61 (где говорится, что эти нормы поддерживаются практикой государств, включая судебную практику); пункт 7 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проекта статей по данной теме назвала его «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24 и 25), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 145 («Общая норма международного права, касающаяся иммунитета государств, развилась в основном из судебной практики государств. Рост и последовательная разработка ряда обычных норм, регулирующих отношения между странами в этой конкретной связи, происходили в основном благодаря муниципальным судам»); и пункт 3 комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник, 1966 год*, том II, стр. 257 английского текста (где говорится о практике национальных судов).

⁵³ См. пункт 39 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проекта статей по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая, стр. 24 и 25)), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 154 («Мнения правительства, выражаемые через его политический орган, весьма актуальны и указывают на общие тенденции в практике государств... Вмешательство со стороны правительства может оказаться решающим в осуществлении желательных изменений в области права путем убедительного утверждения своих позиций и через посредство законодательства или путем принятия правительством принципов, содержащихся в международной конвенции. И наоборот, правительство, очевидно, несет ответственность за свое решение утвердить требование об иммунитете государств в отношении самого себя и своей собственности и согласится на осуществление юрисдикции судом другого государства или в данном случае отказаться от своего иммунитета суверена»); и пункт 13 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 61 (где говорится, что закрепленные в этой статье нормы имеют поддержку в практике государств, включая практику правительств).

⁵⁴ См. пункты 14–17 комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 223–225 (где рассматриваются дипломатические позиции, дипломатические обмены и практика государств для установления того, существует ли общая норма), и пункты 11–17 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 241–244 (где анализируются дипломатические обмены и позиции в пограничных спорах в качестве доказательства практики государств по вопросу о том, затрагивается ли урегулирование пограничных споров правопреемством государств). См. также *Ежегодник...1950 год*, том II, стр. 371

24. Кроме того, Комиссия полагалась на другие материалы в качестве вторичных источников информации в отношении практики государств. К числу этих материалов относились, в частности, комментарии правительств⁵⁶, публикации международных организаций⁵⁷ и неправительственных организаций⁵⁸, поста-

английского текста, пункт 71 («Дипломатическая корреспонденция между правительствами представляет собой обильный материал, который может свидетельствовать о существовании обычного международного права»).

- ⁵⁵ См. пункты 20 и 21 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 44 и 45 (где указывается, что «расширение такой практики двусторонних договоров может в целом стать свидетельством наличия общей практики государств в поддержку» отдельных ограничений иммунитета государств); пункты 14–18 комментария к проекту статьи 15 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 259 и 260 (где говорится, что соглашение о передаче прав и обязательств представляет собой доказательство практики государств для целей установления наличия общей нормы); пункт 1 комментария к проекту статьи 15 и пункт 5 комментария к проекту статьи 19 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 103 и 105 английского текста (где приводятся консульские конвенции в качестве доказательства практики государств); и пункты 1 и 3 комментария к проекту статьи 28 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 108 английского текста (где указывается, что эта норма подтверждается многочисленными консульскими конвенциями).
- ⁵⁶ Комиссия и ее специальные докладчики неизменно полагаются на комментарии, получаемые от правительств в качестве одного из основных источников информации о практике государств. Свидетельства такого использования можно обнаружить в ряде комментариев; см., например, пункт 1 комментария к проекту статьи 56 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 124 английского текста («Изучение консульских уставов показывает, а отзывы правительств подтверждают, что некоторые государства разрешают своим штатным консульским должностным лицам иметь частные доходные занятия... Именно в свете этой практики Комиссия... приняла эту статью...»); и пункт 5 комментария к проекту статьи 7 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 28 («Явное указание на отсутствие согласия в качестве условия *sine qua non* для применения государственного иммунитета вытекает из практики государств. В некоторых ответах на вопросник, распространенный среди государств-членов, четко прослеживается эта взаимосвязь между отсутствием согласия и допустимым осуществлением юрисдикции»).
- ⁵⁷ См., например, пункт 1 комментария к проекту статьи 23 об ответственности государств за международно противоправное деяние, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 95 (где приводится исследование практики государств относительно непреодолимой силы, подготовленное Секретариатом); пункт 16 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 41 и 42 (где приводится государственная практика Египта, заимствованная из издания Организации Объединенных Наций); пункт 27 комментария к проекту статьи 12 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 242 (где приводится соглашение об использовании вод реки Нил 1929 года и другие двусторонние соглашения, воспроизводимые в одном из изданий Организации Объединенных Наций); и пункт 4 комментария к проекту статьи 19 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 272 (где приводится издание Организации Объединенных Наций в поддержку предложения в отношении практики государств-преемников).
- ⁵⁸ См., например, пункты 10 и 12 комментария к проекту статьи 9 о праве преемства государств в отношении договоров (где приводятся материалы Ассоциации международного права), пункт 7 комментария к проекту статьи 23 (где приводится доклад Ассоциации международного права) и пункт 17 комментария к проектам статей 30 и 31 (где приводится доклад Нигерийского института международных отношений), *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 231, 290 и 314.

новления исполнительных органов⁵⁹ и международные судебные решения и работы юристов⁶⁰.

25. Комиссия также отметила трудности в нахождении и оценке соответствующих примеров практики государств в отношении конкретного юридического вопроса⁶¹.

C. Так называемый субъективный элемент (*opinio juris sive necessitatis*)

26. В дополнение к практике государств Комиссия нередко ссылается в своей работе на то, что часто определяют как субъективный элемент международного обычного права⁶². В настоящем разделе приводится обзор того, каким образом этот элемент характеризовался и оценивался Комиссией, а также материалов, которыми Комиссия пользовалась в своем анализе.

1. Данная Комиссией характеристика субъективного элемента

Замечание 8

Комиссия часто характеризует субъективный элемент как ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы⁶³. Хотя во многих случаях Комиссия прямо опиралась

⁵⁹ См., например, пункт 2 комментария к проекту статьи 24 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 93 (где приводится обмен дипломатической корреспонденцией, заимствованный из одной из публикаций правительства Соединенных Штатов Америки); пункт 3 комментария к проекту статьи 32 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 113 (где приводится практика государств, заимствованная из *British and Foreign State Papers*, 1919, том 112); и пункт 4 комментария к проекту статьи 14 о праве преемства государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 253 и 254 (где упоминается практика государств, заимствованная из издания правительства Соединенного Королевства).

⁶⁰ См. раздел II.E ниже.

⁶¹ См. пункт 4 комментария к приложению к проекту статей о последствиях вооруженных конфликтов для договоров (относительно ориентировочного перечня договоров, предмет которых предполагает продолжение их действия, в полном объеме или частично, в ходе вооруженного конфликта), A/66/10, стр. 233 («... вероятность поступления значительного объема информации, содержащей сведения о практике государств, от самих государств является незначительной. Кроме того, выявление соответствующей практики государств в этой сфере является необычно сложной задачей»).

⁶² См., например, пункт 8 комментария к руководящему положению 2.2.1 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 196 (где говорится об использовании практики государств и *opinio necessitatis juris* в поддержку нормы о том, что оговорки, сформулированные в момент подписания, должны быть подтверждены при выражении согласия на обязательность договора); и пункт 18 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проектов статей по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24 и 25, *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 147 (где говорится о *opinio juris*, лежащем в основе практики государств по юрисдикционным иммунитетам).

⁶³ Фразу «существование или несуществование обязательной нормы» следует читать при том понимании, что нормы международного обычного права могут быть как разрешительными

на обязательный характер нормы⁶⁴, в отдельных случаях она ссыла-
лась на признание государствами необходимости в норме⁶⁵.

Замечание 9

**Позиция государств в отношении возможной нормы международного
обычного права часто характеризовалась Комиссией как «общее при-
знание» или «общее принятие» такой нормы. Однако Комиссия также
использовала и другие формулировки, например «убежденность» или
«взгляды» государств в отношении существования или содержания
конкретной нормы.**

27. В своей работе Комиссия в ряде случаев отмечала так называемый субъ-
ективный элемент международного обычного права, указывая, что то или иное
правило является «обще (или широко) признанным»⁶⁶ или «общепринятым»⁶⁷.

(признающими права или дискрецию государств), так и ограничительными
(возлагающими обязательства на государства). К числу примеров прямой ссылки
Комиссии на разрешительную норму относится пункт 1 комментария к проекту статьи 67
о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 127 английского текста
(норма, согласно которой каждое государство свободно принимать решение о том, будет ли
оно назначать или принимать почетных консулов); пункт 11 комментария к проекту
статьи 7 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ...
1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 30 и 31 («Обычным международным правом или
международным обыкновением признается возможность осуществления юрисдикции
судом в отношении другого государства, которое выразило согласие в недвусмысленной
форме, однако фактическое осуществление такой юрисдикции определяется
исключительно усмотрением или полномочиями суда, который может потребовать
применения более строгой нормы в отношении выражения согласия»); пункты 7 и 12–17
комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров,
Ежегодник ... 1974 год, том II (Часть первая), стр. 258–260 (свидетельство практики
государств поддерживает традиционное мнение о том, что новое независимое государство
не несет общего обязательства принимать договоры своего предшественника; см., в
частности, в конце пункта 12: «В данном случае понятие правопреемства, очевидно,
проявилось в признании *права* нового государства стать участником конвенций без
обязательства с его стороны сделать это» (выделено в оригинале).

⁶⁴ См. пункты 3–5 и 9 комментария к проекту статьи 27 («Общее правило толкования») и 28
(«Дополнительные средства толкования») о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*,
том II, стр. 218–220 английского текста, в частности пункт 4 («применение многих из этих
принципов, скорее, произвольно, чем обязательно») и пункт 9 («... Однако все эти
элементы имеют обязательный юридический характер»); и пункт 8 комментария к проекту
статьи 19 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 100 («Равным образом не имеется
никакого *обязательства* со стороны государства ограничивать свою свободу
распоряжения суммами присужденной компенсации ...» (выделено авторами настоящего
документа).

⁶⁵ См., например, пункт 6 комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник ...
1966 год*, том II, стр. 258 английского текста («... доказательства признания доктрины
[*rebus sic stantibus*] в международном праве настолько серьезны, что служат, очевидно,
свидетельством осознания необходимости существования в праве договоров такого
способа защиты»); и пункт 9 комментария к проекту статьи 20 о праве несудоходных
видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть
вторая), стр. 132.

⁶⁶ См., например, пункт 1 комментария к проекту статьи 30 о праве договоров, *Ежегодник ...
1966 год*, том II, стр. 226 английского текста (где говорится о существовании
«многочисленных доказательств признания этой нормы в государственной практике и в
решениях международных судов, а также в работах юристов»); пункт 4 комментария к

Рассматривая понятие «общего принятия», Комиссия пояснила свое понимание динамики возникновения требований и принятия, приведшей к появлению конкретной нормы международного обычного права⁶⁸. В некоторых случаях Комиссия ссылалась на субъективный элемент, употребляя иную терминологию,

проекту статьи 39 об ответственности государств за международно противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 133 («Возможность учета фактора усугубления ущерба потерпевшим государством при определении размера соответствующего возмещения широко признается в литературе и в государственной практике»); пункт 2 общего комментария по контрмерам, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 156 («Как правительства, так и международные суды в своих решениях признают, что контрмеры при определенных обстоятельствах являются обоснованными»); и пункт 2 комментария к проекту статьи 51, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 164 («Пропорциональность является прочно закрепившимся требованием в отношении принятия контрмер; она широко признана в государственной практике, теории и правовых системах...»).

⁶⁷ См., например, пункт 1 комментария к проекту статьи 15 о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 202 английского текста (обязательство... «общепринято»); пункт 3 комментария к проекту статьи 1 о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 386 (где говорится, что распространение на членов правительства в любое время и в любых обстоятельствах специальной защиты при пребывании в иностранном государстве «не основано на какой-либо широко распространенной норме международного права...»); пункт 35 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 250 («общее признание» — наряду с «убедительным свидетельством распространения»); и пункт 28 комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 599 («общее согласие» государств, судов, договорных органов в поддержку нормы, гласящей, что недействительные оговорки не порождают правовых последствий).

⁶⁸ См. пункт 2 комментария к руководящему принципу 9, применимому к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, A/61/10, пункт 177, стр. 375:

Заявление Трумэна 1945 года, с помощью которого Соединенные Штаты намеревались навязать обязательства другим государствам или, по крайней мере, ограничить их права на американский континентальный шельф, строго говоря, не было принято другими государствами. В то же время, как отметил Суд, этот «режим [континентального шельфа] является примером правовой теории, проистекающей из особого решения, получившего всеобщее признание. [Сноска 978:

Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия против Дании; Федеративная Республика Германия против Нидерландов), I.C.J. Reports 1969, стр. 53, para. 100.]. И действительно, другие государства ответили на заявление Трумэна аналогичными требованиями и заявлениями [Сноска 979: См. в случае Мексики, A/CN.4/577, пункт 132)], и вскоре содержание этого заявления было воспроизведено в статье 2 Женевской конвенции о континентальном шельфе 1958 года. Таким образом, оно в какой-то степени получило всеобщее признание и явилось отправной точкой формирования обычая, что за весьма короткий период времени привело к появлению новой нормы международного права. Международный Суд в этой связи отметил: «Однако заявление Трумэна вскоре стало рассматриваться как отправная точка в позитивном праве по этому вопросу, и главная доктрина, которая в нем провозглашалась... приобрела приоритетное положение относительно всех других доктрин и получила отражение в статье 2 Женевской конвенции 1958 года о континентальном шельфе». [Сноска 980: *Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия против Дании; Федеративная Республика Германия против Нидерландов)*, I.C.J. Reports 1969, para. 47.].

такую как «убедительные свидетельства»⁶⁹ или «взгляды»⁷⁰ государств в отношении существования или содержания какой-либо нормы.

Замечание 10

Комиссия в некоторых случаях проводила разграничение между субъективным элементом нормы международного обычного права и другими соображениями, которые могут мотивировать поведение или позиции государств.

28. В частности, Комиссия в ряде случаев обнаруживала, что поведение или позиции государств были мотивированы соображениями, иными, чем признание или принятие какой-либо правовой нормы или убежденность в ее существовании. К числу таких других соображений, указанных Комиссией, относились международная вежливость⁷¹, политическая целесообразность, воля или компромисс⁷², меры предосторожности⁷³, выражение намерения⁷⁴ и чаяния или пожелания⁷⁵.

⁶⁹ См. пункт 35 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 250 (где говорится об «убедительном свидетельстве распространенного мнения» наряду с «общим согласием»).

⁷⁰ См. пункт 4 комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 257 английского текста («Наиболее ясные указания на отношение государств к этому принципу [*rebus sic stantibus*] можно, пожалуй, найти в заявлениях, представлявшихся Суду...»).

⁷¹ См. пункт 1 комментария к Части II проекта статей о специальных миссиях, *Ежегодник ... 1967 год*, том II, стр. 358 английского текста («Перед Второй мировой войной в теории и на практике поднимался вопрос о том, имеют ли преимущества, привилегии и иммунитеты специальных миссий правовую основу или они предоставляются просто в силу международной вежливости. После войны одержал верх тезис о правовой основе. В настоящее время в общем праве признается, что государства обязаны признавать за специальными миссиями и их членами указанные преимущества, привилегии и иммунитеты» (выделено авторами настоящего документа)). См. также пункт 2 комментария к приложению к проектам статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями («вопрос международной вежливости»; *Ежегодник ... 1971 год*, том II (Часть первая), стр. 483).

⁷² См. пункты 1, 8, 9 и 20 комментария к проекту статьи 25 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 64–66 и 70 и 71 (особенно «1)... не справедливые решения, а политические решения, отражающие соотношение сил между победителями и побежденными», стр. 64; и «8)... решения... основаны на определенном „соотношении сил“, стр. 66); пункт 36 комментария к проекту статьи 35, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 108 (роль в этом сыграли «политические соображения или соображения практического характера»; «...можно с уверенностью полагать, что это далеко не тот случай, когда государства свободно выражают свое согласие или склонны исходить из требований законности, справедливости или даже права»); и пункт 63 комментария к проекту статьи 36 по той же теме, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 124 («В практике государств встречаются противоречивые принципы, решения, основанные на компромиссах без явного признания каких-либо принципов...»); и пункты 4–15 комментария к проекту статьи 23 о правопреемстве государств в отношении договоров, особенно пункты 8, 12 и 15, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 290–293 (случаи правопреемства в отношении двусторонних договоров, которые Комиссия рассматривала как носящие «по существу добровольный характер» — пункт 12; Комиссия не считала, что преемственность договоров вытекает «скорее из нормы обычного права, чем из желания заинтересованных государств» — пункт 8. В то же время см. пункты 17 и 18 комментария к

Замечание 11

В некоторых случаях Комиссия, судя по всему, придает значение факту отсутствия в практике государств возражений против той или иной нормы⁷⁶.

предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проекта статей по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24 и 25), где говорится, что согласие не подрывает обычные нормы, которые подтверждаются обыкновением и *opinio juris* («Принцип иммунитета государства, который позднее получил широкое признание в практике государств, был четко изложен главным судьей Маршалом: «... это согласие может в некоторых случаях подвергаться проверке обыкновением или общим мнением, проистекающим из этого обыкновения». ... «В этой классической формулировке нормы иммунитета государств *предоставление юрисдикционного иммунитета основывалось на согласии принимающего государства, проверялось обыкновением и подтверждалось opinio juris, лежащим в основе этого обыкновения*» (выделено авторами настоящего документа), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 147 и 148.

- ⁷³ См. пункт 4 комментария к руководящему положению 2.6.10 («Необязательность подтверждения возражения, сформулированного до официального подтверждения оговорки») об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 312 (где говорится, что подтверждение возражений в таких случаях в практике государств есть «меры предосторожности, в отношении которых ничто не указывает на то, что они продиктованы чувством убежденности в правомерности (*opinio juris*)»).
- ⁷⁴ См. пункт 7 комментария к проекту статьи 30 об оговорках о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник ... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 90 и 91 («Хотя все эти факторы могут свидетельствовать о том, что среди государств может наблюдаться тенденция содействовать развитию торговли между развивающимися странами через посредство «дифференцированного режима», вывод, сделанный Комиссией, заключается в том, что эта тенденция еще не приняла определенной формы, чтобы она могла быть предусмотрена в четкой правовой норме, которая могла бы быть включена в число общих норм, связанных с действием и применением клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. *Все тексты, частично приводимые выше, в значительной мере являются изложением намерения, нежели обязательными нормами...*» (выделено авторами настоящего документа).
- ⁷⁵ Проекты принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, A/61/10, стр. 143 (ссылаясь на принцип 22 Стокгольмской декларации и принцип 13 Декларации Рио, Комиссия отметила: «Хотя принципы в этих декларациях не направлены на установление юридически связывающих обязательств, они являются выражением чаяний и пожеланий международного сообщества» (сноска опущена).
- ⁷⁶ См., например, пункт 32 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который, как указала Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 проектов статей в окончательной редакции, «по-прежнему в общем применим»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24): «Предыдущее обозрение судебной практики юрисдикции общего права и систем гражданского права в XIX веке и других стран в современный период указывает на всеобщий характер признания нормы иммунитета государства. Хотя было бы невозможно и нежелательно рассматривать нынешнее прецедентное право всех стран, что могло бы открыть некоторые несоответствия в истории развития и фактическом применении этого принципа, *следует отметить, что в странах, в которых было вынесено немного или совсем не было вынесено судебных решений по этому вопросу, нет указаний на то, что концепция иммунитета государств отвергалась или будет отвергнута*. Вполне оправдан, по-видимому, вывод о том, что в общей практике государств как проявления обычного права имеется мало сомнений, что общая норма

2. Материалы, использованные Комиссией при оценке субъективного элемента

Замечание 12

В ходе оценки субъективного элемента для целей выявления норм международного обычного права Комиссия использует различные материалы.

29. Неисчерпывающий перечень таких материалов включает позиции государств в международных организациях (в том числе письменные комментарии и ответы при анкетировании)⁷⁷ или на международных конференциях⁷⁸, решения национальных судебных органов⁷⁹, заявления в международных судах и

иммунитета государств прочно утвердилась в качестве нормы обычного международного права» (выделено в настоящем документе), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 151–152. См. также пункт 2 комментария к проекту статьи 13 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 53: «Это изъятие [из нормы об иммунитете государства в отношении права собственности, владения и пользования имуществом], *против которого в судебной и правительственной практике государств трудно найти сколь-нибудь серьезные возражения*, сформулировано с учетом различных мнений правительств ... » (выделено в настоящем документе).

⁷⁷ См., например, пункт 5 комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 258 (замечания в политических органах Организации Объединенных Наций рассматриваются как заявления позиции в отношении принятия нормы международного права); пункт 4 комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 103 (ссылки на замечания правительств к проектам статей Комиссии); и пункты 19 и 21 комментария к руководящему положению 4.5.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 614 и 615 (где говорится о мнениях, высказанных в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи и в полученных от правительств письменных замечаниях, свидетельствующих об отсутствии единой позиции по вопросу о том, какого подхода следует придерживаться в отношении действительности согласия на обязательность договора, выраженную автором недействительной оговорки).

⁷⁸ См., например, пункт 10 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 241 (в котором говорится о позиции государств, занятой ими на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров); пункт 17 комментария к тому же проекту статьи, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 243–244 (в котором идет речь, в частности, о «решении Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, на основании которого на договор об установлении границы не распространяется правовая норма о коренном изменении обстоятельств»); и пункт 3 комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 193–194 (который, в частности, касается «деклараций и резолюций, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями»).

⁷⁹ См., например, пункт 18 комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 40 («Суды и другие судебные органы, по-видимому, столь же безоговорочно поддерживают принцип перехода публичной собственности в целом и *a fortiori* государственной собственности, а тем самым и недвижимой собственности. Это прежде всего справедливо в отношении внутригосударственной судебной практики»); и пункт 3 комментария к проекту статьи 57 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966*, том II, стр. 254 («Внутригосударственные суды нередко в своих высказываниях признавали принцип, согласно которому нарушение договора может дать невинной стороне право

трибуналах⁸⁰, положения арбитражных соглашений⁸¹, дипломатическую практику и ноты⁸², фактическое поведение государства (в сравнении с его заявленными позициями)⁸³, международную договорную практику государства⁸⁴,

денонсировать его. Однако такие высказывания этих судов почти всегда относились к тем случаям, когда их правительства фактически не прибегали к денонсации договоров, и эти суды не считали необходимым глубже исследовать условия применения этого принципа»). См., впрочем, пункт 20 комментария к приложению к проектам статей о действии договоров в случае вооруженных конфликтов (относительно ориентировочного перечня договоров, о которых идет речь в статье 7 и предмет которых предполагает продолжение их действия, полностью или частично, в ходе вооруженного конфликта), A/66/10, стр. 240 («В данном конкретном контексте решения внутригосударственных судов должны рассматриваться в качестве сомнительного источника. Прежде всего, эти суды могут зависеть от указаний исполнительной власти. Во-вторых, внутригосударственные суды могут полагаться на политические элементы, прямо не связанные с принципами международного права. Тем не менее можно сказать, что внутригосударственная судебная практика не относится враждебно к принципу сохранения действия договоров»).

⁸⁰ См. пункт 7 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 241 (в котором содержится ссылка на заявления в Международном Суде по вопросу о правопреемстве в отношении урегулирования границы и положений договора, дополняющих такое урегулирование); и пункт 4 комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 257 (в котором указывается: «Наиболее ясные указания на отношение государств к этому принципу [принципу *rebus sic stantibus*] можно, пожалуй, найти в заявлениях, представлявшихся Суду в случаях, когда делались ссылки на данную доктрину», и приводятся позиции государств в ряде дел на рассмотрении Постоянной Палаты Международного Суда); пункт 3 *et seq.* комментария к проекту статьи 62 об ответственности международных организаций, A/66/10, начиная со стр. 192 (в которых приводятся позиции государств в спорных случаях в поддержку мнения о том, что государства-члены, как правило, не могут считаться несущими международную ответственность за международно-противоправные деяния организации).

⁸¹ См. пункт 4 комментария к проекту статьи 13 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 66 (общее предписание в тексте арбитражных соглашений как подтверждение «общепризнанного принципа»).

⁸² См. пункт 3 комментария к проекту статьи 10 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 57 («Дипломатическая практика в высшей степени последовательна в признании того, что поведение повстанческого движения не может присваиваться государству»); пункт 17 комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 225 (ссылки на межгосударственную переписку); пункты 14 и 21 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 243 и 245 (ссылки на дипломатические ноты).

⁸³ Иногда Комиссия при определении правовой позиции того или иного государства исходит из его фактического поведения даже в тех случаях, когда такое поведение противоречит заявленной этим государством позиции в отношении какой-либо нормы; см. пункт 13 комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108 («Обзор того, каким образом государства разрешают фактические противоречия, связанные с несудоходными видами использования международных водотоков, показывает повсеместное признание права каждого государства водотока использовать международный водоток и получать связанные с этим выгоды разумным и справедливым образом. Хотя некоторые государства в свое время заявили о поддержке доктрины абсолютного суверенитета, они, как правило, решают споры, в контексте которых такие заявления делались путем вступления в соглашения, посредством которых фактически распределяются водные ресурсы или признаются права других государств водотока»).

практику многосторонних международных договоров⁸⁵, а также различные международные документы⁸⁶.

⁸⁴ См. пункт 20 комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 44 («Позиция или взгляды какого-либо правительства могут быть определены по его договорной практике... Так, договорная практика Советского Союза наглядно свидетельствует о его готовности к тому, чтобы торговые отношения [государственных] предприятий... регулировались компетентными территориальными властями...»). См. также пункт 1 комментария к проекту статьи 15 о консульских сношениях, *Ежегодник ... 1961 год*, том II, стр. 103 (в котором, в частности, указывается на «множество консульских конвенций»), а также пункт 5 комментария к проекту статьи 19 и пункт 1 комментария к проекту статьи 28 на ту же тему (также со ссылкой на консульские конвенции); пункты 3-11 комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 220-223 (в которых рассматривается вопрос о том, обеспечивают ли соглашения о передаче «правопреемство в отношении договоров, заключенных государством-предшественником, или продолжение действия этих договоров», а также способность этих соглашений «отражать мнения государств относительно обычного права, регулирующего правопреемство государств в отношении договоров»); пункты 14-18 комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 259-260 (в которых на примере соглашений о передаче рассматривается практика государств по установлению общей нормы «в отношении *обязательства* нового независимого государства наследовать договоры» и делается вывод о том, что в своей практике государства «не исходили из того, что они вообще связаны договорами [своих предшественников]») (выделено в оригинале).

⁸⁵ См., например, пункты 1 и 5 комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 246 (в которых говорится о запрещении применения силы, закрепленном в Уставе Организации Объединенных Наций); пункт 51 комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который, как указала Комиссия в комментарии к соответствующей статье 5 проектов статей в окончательной редакции, «по-прежнему в общем применим»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, стр. 24), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 156 («Нынешняя договорная практика государств указывает на применение положений нескольких конвенций универсального характера, касающихся отдельных аспектов иммунитета государства»); пункт 5 комментария к статье 11 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 42 (признание гарантий права на справедливое судебное разбирательство в целом ряде международных договоров).

⁸⁶ Иногда Комиссия, как представляется, делает вывод о всеобщем признании или принятии той или иной нормы на основании определенных международных документов, не являющихся международными договорами, например резолюций и деклараций международных организаций. См., например, пункт 3 комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 193-194 (в котором, в частности, отмечается, что принцип, обязывающий уведомлять другие государства о риске значительного вреда, «воплощен в ряде международных соглашений..., деклараций и резолюций, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями...»; и комментарий к проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая): пункт 16 комментария к статье 2, стр. 25-26 (где указывается, в частности, что принцип международной уголовной ответственности за подстрекательство был признан в Уставе Нюрнбергского трибунала); пункты 1-3 комментария к статье 6, стр. 29-30 (признание принципа ответственности командного состава в международных договорах и статутах международных уголовных трибуналов); пункт 4 комментария к статье 7, стр. 32 (четкое признание в статутах международных уголовных трибуналов, что должностное положение лица не может являться исключаяющим вину обстоятельством); и пункт 5 комментария к статье 14, стр. 49-50

D. Соответствующая практика международных организаций

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 отношений⁸⁷.

(ссылки на различные конвенции, которые не признают никаких обстоятельств, исключающих вину в совершении этих преступлений).

⁸⁷ См., например, пункты 7 и 8 комментария к проекту статьи 41 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 139 («[7] Одним из примеров практики непризнания действий, совершенных в нарушение императивных норм, является реакция Совета Безопасности на иракское вторжение в Кувейт в 1990 году... [8] Что же касается отрицания государством права народов на самоопределение,... Эти же обязательства находят отражение в резолюциях Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи, касающихся положения в Родезии и бантустанов в Южной Африке»); пункт 3 комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 193–194 (в котором указывается, что обязательство по уведомлению других государств о риске значительного вреда признается в «декларациях и резолюциях, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями»); пункт 2 комментария к статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 55 (в котором отмечается, что Генеральная Ассамблея подтвердила, что преступления против человечности и геноцид являются преступлениями по международному праву, и приняла Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него); *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), пункты 1–14 комментария к проекту статьи 4 о праве преемства государств в отношении договоров, стр. 214–217 (в которых идет речь о практике ряда международных организаций, включая Организацию Объединенных Наций и некоторые специализированные учреждения), пункты 12 и 13 комментария к проекту статьи 8, стр. 223 (касающиеся практики Генерального секретаря как депозитария многосторонних договоров) и пункт 3 комментария к проекту статьи 16, стр. 262 (на ту же тему); пункт 2 комментария к проекту статьи 24 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник ... 1971 год*, том II (Часть первая), стр. 360 («Ответы Организации Объединенных Наций и специализированных учреждений свидетельствуют о том, что исключение, предусмотренное в настоящей статье, является общепризнанным»); пункт 1 комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 246 («Такое существующее в праве мнение нашло свое подкрепление и было консолидировано... совершенно определенным запрещением угрозы силой или ее применения, содержащимся в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, и практикой самой Организации Объединенных Наций»); и пункт 112 комментария к принципу VI принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала, *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 376 (со ссылкой на декларацию об агрессивных войнах, принятую Собранием Лиги Наций). См. также пункт 78 доклада Комиссии международного права о работе ее второй сессии, *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 372 («Документы, отражающие все накапливающуюся практику международных организаций, могут рассматриваться как материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, поскольку это касается отношений между государствами и этими организациями»).

Замечание 14

В некоторых случаях Комиссия указывает на возможность формирования на основе практики международной организации ее особых, собственных обычаев. Такие обычаи могут касаться различных аспектов функций или деятельности организации, например договорной правоспособности международной организации или норм, применимых к международным договорам, заключенным в рамках этой организации⁸⁸.

Е. Соответствующие судебные решения и труды юристов

30. Ранее уже отмечалось⁸⁹, что в ходе анализа международного обычного права Комиссия часто обращается к судебным решениям и работам специалистов в области права⁹⁰. Как показано далее в этом документе, Комиссия по-разному использует эти материалы.

⁸⁸ См. пункт 14 комментария к проекту статьи 7 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, *Ежегодник ... 1982 год*, том II (Часть вторая), стр. 33 (в котором идет речь о становлении, на основе практики, «правил организации», признающего компетенцию руководителя секретариата соглашаться на обязательность договора для организации, не ссылаясь на другой орган этой организации; а также указывается: «Именно такое молчаливое признание со стороны этих органов [которые имели бы право брать на себя такую компетенцию, но не сделали этого] и составляет практику»); пункты 11–13 комментария к проекту статьи 4 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 217 (в которых идет речь в целом о возможности возникновения специальных обычаев международной организации из ее внутренней практики); и пункт 2 комментария к проекту статьи 22 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 285 (где указывается, что в Международной организации труда действует особое обычное правило в отношении даты, с которой новое независимое государство считается связанным обязательствами конвенций о труде).

⁸⁹ См. замечание 1 в разделе II.A настоящего меморандума.

⁹⁰ Общий интерес для целей этого раздела вполне может представлять следующий комментарий Комиссии, содержащийся в пункте 30 ее доклада о способах и средствах, делающих более доступными свидетельства из области международного обычного права: «Статья 24 Положения о Комиссии очевидно отступает от той классификации, которая нашла себе место в статье 38 Статута Суда, ибо статья 24 относит судебные решения по вопросам международного права к категории материалов, свидетельствующих о существовании обычного международного права. Это отступление можно, однако, признать логичным, потому что такие решения, а в особенности решения международных судебных органов, могут формулировать и применять принципы и нормы обычного международного права. Кроме того, решения национальных судов любого государства могут указывать на существование в этом государстве известной практики» (*Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 368).

Замечание 15

В ряде случаев Комиссия ссылается на решения международных судебных органов или трибуналов как на документы, авторитетно отражающие статус той или иной нормы международного обычного права⁹¹.

Замечание 16

Кроме того, Комиссия часто ссылается на судебные решения в качестве одного из доводов в пользу существования или отсутствия той или иной международной обычно-правовой нормы.

31. В тех случаях, когда Комиссия сама проводила анализ для целей выявления существующей нормы международного обычного права, признание этой нормы в судебных решениях часто рассматривалось ею как значимый, если не решающий довод в пользу существования нормы. Такое признание имело место в решениях международных судов и трибуналов, а также в арбитражных решениях⁹².

⁹¹ Например, по вопросу о прямых исходных линиях Комиссия сочла решение Международного Суда по делу «О рыболовных промыслах» между Соединенным Королевством и Норвегией «изложением действующего права» и «приняла поэтому указанное решение за основу при составлении текста данной статьи» (пункты 1–4 комментария к проекту статьи 5 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 267–268). См. также пункты 3–5 комментария к проекту статьи 24 (стр. 277) (в которых приводится решение Суда по делу «О проливе Корфу», подтверждающее действующую обычно-правовую норму относительно мирного прохода через международные проливы, соединяющие две части открытого моря); и пункт 2 комментария к проекту статьи 23 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 211 (в котором указывается: «В практике международных судов есть много прецедентов, подтверждающих, что в настоящем контексте принцип добросовестности является правовым принципом, составляющим неотъемлемую Часть правила *pacta sunt servanda*», и приводятся ссылки на решения Международного Суда, Постоянной Палаты Международного Правосудия и арбитражных судов).

⁹² См., например, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), пункт 14 комментария к проекту статьи 25 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, стр. 99 («В целом практика государств и судебные решения подтверждают точку зрения о том, что состояние необходимости может представлять собой обстоятельство, исключающее противоправность при наличии некоторых очень ограниченных условий, и эта точка зрения отражена в статье 25»), пункт 6 комментария к проекту статьи 41, стр. 139 (в котором цитируется решение по делу *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* и указывается: «Существование обязательства непризнания в ответ на серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм, уже находит поддержку в международной практике и решениях Международного Суда») и пункт 2 комментария к проекту статьи 51, стр. 164 (в котором, в частности, упоминается дело *Naulilaa*, касающееся требования пропорциональности при принятии контрмер); *Ежегодник ... 1966 год*, том II, пункт 4 комментария к проектам статей 16 и 17 о праве международных договоров, стр. 203–204 (в котором содержится ссылка на заключение Международного Суда по делу «Оговорки к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него», где указывается: «[Принцип целостности конвенции, в силу которого оговорки допустимы только с прямого или молчаливого согласия всех договаривающихся сторон, очевидно, не был претворен в норму права]), пункты 14 и 15 комментария к проекту статьи 27, стр. 221–222 (в котором в подтверждение установленных правил толкования международных договоров приводятся примеры из международной судебной практики) и пункт 8 комментария к проекту статьи 29, стр. 225–

Замечание 17

Иногда Комиссия также использует решения международных судов и трибуналов, включая арбитражные решения, в качестве вторичных источников для целей выявления соответствующей практики государств⁹³.

226 (в котором обсуждается вопрос, стремилась ли Постоянная Палата Международного Правосудия в деле *Mavrommatis Palestine Concessions* изложить общее правило толкования договоров в случае расхождения между аутентичными текстами); пункт 4 комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 29 (содержащий ссылки на несколько решений международных судов и трибуналов, включая решение Франко-итальянской согласительной комиссии, в котором говорится: «Обычное международное право не установило никакого автономного критерия, на основании которого можно было бы определить, что составляет государственное имущество»); пункт 19 комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 40 («Международная судебная практика подтверждает этот принцип»); пункты 3–8 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 238–239 (в которых приводятся ссылки на многочисленные решения международных судов по вопросу о договорах местного характера и указывается, что заключение Постоянной Палаты Международного Правосудия «является, по-видимому, наиболее авторитетным признанием наличия правила, требующего от государства-преемника соблюдения договора местного характера, касающегося территории, являющейся объектом правопреемства государств»); пункт 18 комментария к проекту статьи 3 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 104 («Существование правового принципа, требующего проведения консультаций между государствами для рассмотрения вопросов, связанных с ресурсами пресной воды, четко поддерживается в арбитражном решении по делу Lake Lapoух»); пункт 3 комментария к статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 55 («Принципы, лежащие в основе этой конвенции, были признаны Международным Судом в качестве обязательных для государств, даже если они не имеют силу договорных обязательств»); пункт 6 комментария к статье 18 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 60 («Отсутствие какого-либо условия наличия международного вооруженного конфликта в качестве необходимого обстоятельства преступлений против человечности было подтверждено и Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии»); и пункт 1 комментария к проекту статьи 3 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 24 («В частности, право [на высылку] было признано в нескольких арбитражных решениях и решениях комиссий по урегулированию взаимных претензий, а также различных решениях судов и региональных комиссий»).

См. также в целом, *Ежегодник ... 1950 год*, том II, стр. 369–370, пункты 42–51 (обзор имеющихся изданий, содержащих решения международных судов и трибуналов, в разделе «Материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права»).

⁹³ См. пункт 23 комментария к проектам статей 16 и 17 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 208 («Нет никаких сомнений в том, что принцип, согласно которому отсутствие возражений считается указанием на согласие на оговорку, вошел в практику государств: действительно, сам [Международный] Суд в деле «Оговорки к Конвенции по геноциду» говорил об «очень большом применении» в международной практике „молчаливого согласия на оговорки“»); пункт 10 комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108 (в котором «решения международных судов и трибуналов» включены в «обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права»). См. также пункт 4 комментария к проекту статьи 39 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ...*

Замечание 18

В процессе выявления норм международного обычного права Комиссия часто обращается к трудам и мнениям юристов.

32. При изучении трудов и мнений юристов для целей выявления норм международного обычного права Комиссия в ряде случаев проводила общую оценку совокупности мнений специалистов в поддержку конкретной нормы⁹⁴. В ходе такой оценки, судя по всему, учитываются как количественные, так и качественные аспекты⁹⁵.

2001 год, том II (Часть вторая), стр. 133 (в котором упоминаются дела *Delagoa Bay Railway* и *S.S. "Wimbleton"* в качестве свидетельств «практики государств» в отношении «возможности учета фактора усугубления ущерба потерпевшим государством при определении размера соответствующего возмещения»).

- ⁹⁴ См., например, пункт 2 комментария к проектам статей 11 и 12 о праве собственности государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 238 («Большинство современных авторов поддерживают традиционную концепцию... Однако в целом вследствие существующих разногласий между авторами трудно найти четкое руководство в их труде в отношении того, в какой степени и на какой именно основе международное право признает, что договоры местного характера составляют особую категорию для целей права, применяемого к правопреемству государств»).
- ⁹⁵ См. *Ежегодник ... 1966*, том II, пункт 8 комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, стр. 247 («Сегодня значительное большинство специалистов международного права без колебаний считает, что в пункте 4 статьи 2 ... авторитетно излагается современное обычное право в отношении угрозы силой или ее применения»), пункт 2 комментария к проекту статьи 53, стр. 251 («Некоторые авторы ... придерживаются того мнения, что отдельный участник договора может денонсировать этот договор или отказаться от него только в том случае, если такая денонсация или такой отказ предусмотрены в самом договоре или если на них согласились все другие участники. Однако ряд других авторов считает, что право денонсации или отказа может соответствующим образом подразумеваться на основании некоторых положений в определенных категориях договоров»), пункт 1 комментария к проекту статьи 57, стр. 253–254 («Подавляющее большинство юристов признает, что нарушение договора одним из его участников может дать другому участнику право...») и пункт 1 комментария к проекту статьи 59, стр. 257 («Почти все современные юристы признают, хотя и неохотно, существование в международном праве того принципа, к которому относится эта статья...»); пункт 9 комментария к проекту статьи 17 о праве собственности государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 54 («Вышеупомянутая норма соответствует мнению юристов-международников, которые обычно придерживаются точки зрения, что...»); пункт 3 комментария к проекту статьи 15 о праве собственности государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 257 («Большинство авторов придерживается мнения, подтверждаемого практикой государств...»); пункт 15 комментария к проекту статьи 15 о праве собственности государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 260 («Среди авторов и в практике государств значительную поддержку находит мнение о том, что общее международное право налагает на новое независимое государство обязательство...»); и пункт 1 комментария к проекту статьи 3 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 24 («Речь идет о праве [на высылку], неоспоримо существующем как на практике, так и в юриспруденции и доктрине»). См. также пункт 10 комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108 (в котором содержится общая ссылка на «мнения ученых»), и пункты 3–5 комментария к проекту статьи 32 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 228–229 (в которых отмечается, что различия во мнениях среди юристов «носят в основном теоретический

33. В других случаях труды юристов используются Комиссией в качестве вторичного источника материалов о практике государств⁹⁶.

III. Функционирование международного обычного права в рамках международно-правовой системы

34. В этом разделе содержатся замечания относительно очевидного понимания Комиссией обязательного характера и характеристик норм международно-обычного права и связи между международным обычным правом и другими международно-правовыми нормами.

A. Обязательный характер и характеристики международных обычно-правовых норм

Замечание 19

Комиссия последовательно ссылается на международное обычное право как на свод правил, обязательных для всех субъектов международного права⁹⁷. В ряде случаев Комиссия противопоставляет такие

характер» и «приведут к различным результатам лишь в самых исключительных обстоятельствах»).

⁹⁶ См., например, пункт 3 комментария к проекту статьи 32 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 113 (ссылка на пример из соответствующей практики государств, который приводится в статье Р. Л. Бюэлла в издании *Political Science Quarterly*); пункт 3 комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 257 (ссылка на работу А. Д. Макнейра "*The Law of Treaties*" в связи с заявлением Соединенного Королевства относительно позиции Финляндии по поводу договоров своего государства-предшественника); пункт 2 комментария к проекту статьи 18 о дипломатической защите, A/61/10, стр. 91 (ссылка на труды юристов: «В практике государств, в судебных решениях и в трудах специалистов по международному праву высказывается... поддержка позиции, согласно которой государство национальности судна... может добиваться возмещения для членов экипажа судна, которые не имеют его гражданства»); и пункт 10 комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник ... 1994 год*, том II (Часть вторая), стр. 108 (в котором «мнения ученых» включены в «обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права»).

⁹⁷ См., например, пункты 1–4 комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 230–231 (выдержки воспроизведены в сноске 124 ниже) и пункт 30 комментария к проекту статьи 12 и пункт 8 комментария к проекту 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 243 и 258, соответственно. См. также сноску 133 ниже. В своем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссия ссылается на теорию «последовательно возражающей стороны», согласно которой норма международного обычного права не может применяться в отношении государства, которое последовательно возражало против этой нормы в процессе ее формирования; см. пункт 7 комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 430. Тем самым Комиссия, как представляется, исключает возможность применения любой подобной теории в отношении норм *jus cogens*; см. пункт 19 комментария к руководящему положению 3.1.5.3, A/66/10/Add.1, стр. 436.

правила договорным нормам, которые по определению являются обязательными только для участников договора⁹⁸.

Замечание 20

В своей работе Комиссия указывала возможное существование международного обычного права регионального значения⁹⁹. В этой связи также затрагивался вопрос о том, является ли региональная норма обычного права обязательной для государства, которое прямо не утвердило или не признало ее¹⁰⁰. Кроме того, Комиссия ссылается на возможное существование специальных норм, включая обычные нормы или исторические права, регулирующие делимитацию определенных морских районов¹⁰¹ или устанавливающие особые территориальные, речные или морские режимы¹⁰².

⁹⁸ См., например, пункты 1–4 комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 230–231; пункт 2 комментария к проекту статьи 5 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 218 (в котором упоминаются «обязательства, распространяющиеся на [государство] в соответствии с международным правом независимо от договора»); пункт 30 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 243 («Признавая, что объективный режим может возникнуть в результате такого договора, Комиссия придерживалась мнения о том, что объективный режим скорее является результатом выполнения такого договора и позднейшего образования, на основании этого договора, международного обычая»); и пункт 7 комментария к руководящему положению 3.1.5.3 в отношении оговорок к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 430 («Обычные нормы являются обязательными для государств независимо от того, выразили ли они согласие с какой-либо договорной нормой...»). См., однако, раздел III.В ниже о взаимосвязи между договорными нормами и международным обычным правом.

⁹⁹ См. доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, A/CN.4/L.682, пункты 213–215.

¹⁰⁰ Там же, пункт 213 («Отдельный, гораздо более сложный случай — когда утверждается, что региональная норма (на основе либо договорной практики, либо обычая) обязательна для государства, даже если данное государство прямо не приняло или признало ее. Такова ситуация, рассмотренная Международным Судом в деле об убежище (1950 года) и Аяя де ла Торре (1951 года), хотя это и не позволяет сделать окончательный вывод»).

¹⁰¹ См. пункт 6 комментария к проекту статьи 12 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 271 (в котором признается возможность существования «специальных норм» и допускается возможность «различий в обычном праве» в сфере делимитации морских пространств). См. также пункт 4 комментария к проекту статьи 3 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 266 («Притязание на территориальное море шириной не больше двенадцати миль может заявлять любое государство, если это притязание основано на исторических правах»).

¹⁰² См. пункт 1 комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 230–231 («Общепризнанная роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого не ограничивается государствами-участниками. Договор, заключенный между определенными государствами, может формулировать норму или устанавливать режим для территорий, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычая»). См. также пункт 8 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 240–241 (ссылка на решение по делу *Right of passage (I.C.J. Reports 1960*, стр. 6), в котором подтверждается предположение, что право прохода может вытекать из

Замечание 21

В определенных случаях Комиссия указывает на существование международных обычно-правовых норм, которые рассматриваются в качестве основания для возникновения «обязательств *erga omnes*»¹⁰³.

Замечание 22

Комиссия неоднократно указывает на существование норм международного обычного права¹⁰⁴, которые в силу их предмета не допускают отступлений (императивные нормы/*jus cogens*).

35. Комиссия указала: «Понятие императивных норм общего международного права признано в международной практике, в судебной практике международных и внутригосударственных судов и трибуналов и в теории права»¹⁰⁵. Приводимые Комиссией примеры общепризнанных императивных норм включают запрещение актов агрессии¹⁰⁶, рабства и работорговли, геноцида, расовой дискриминации и апартеида¹⁰⁷, а также запрещение пыток и обязательство уважать

местного или двустороннего обычая).

¹⁰³ См. в частности, пункт 9 комментария к проекту статьи 48 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 155 («В статьях нашла отражение суть этого заявления [заявления Международного Суда по делу *Barcelona Traction* относительно обязательств *erga omnes*], но сам термин «обязательство *erga omnes*» в них не используется, поскольку он несет меньше информации, чем ссылка Суда на международное сообщество в целом, и под ним иногда ошибочно понимают обязательства перед всеми сторонами того или иного международного договора. В статьях нет также перечня обязательств, являющихся в соответствии с действующим международным правом обязательствами в отношении всего международного сообщества в целом. Перечисление таких обязательств выходит за рамки задачи кодификации вторичных норм, касающихся ответственности государств. К тому же, такой перечень не представлял бы большой ценности ввиду неизбежного дальнейшего развития самой концепции. Полезным ориентиром в этом плане служит заключение МС 1970 года, в котором примерами обязательств *erga omnes* называются «объявление вне закона актов агрессии и геноцида» и «принципы и нормы, касающиеся основных прав человека, включая защиту от рабства и расовой дискриминации». В своем решении по делу *East Timor* Суд включил в этот перечень также право народов на самоопределение»). См. также комментарий к проекту статьи 49 об ответственности международных организаций, A/66/10, стр. 170.

¹⁰⁴ В статье 53 Венской конвенции о праве международных договоров норма *jus cogens* определяется как «императивная норма *общего международного права*» (выделено в настоящем документе). В пункте 14 своего комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам Комиссия отметила, что императивная норма общего международного права «практически во всех случаях носит обычный характер» (A/66/10/Add.1, стр. 434), но в то же время признала, что «формулировка статьи 53 Венских конвенций 1969 и 1986 годов не исключает, что договорная норма сама по себе может быть императивной» (A/66/10/Add.1, сноска 1712).

¹⁰⁵ Пункт 2 комментария к проекту статьи 40 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 136.

¹⁰⁶ Там же, пункт 4 комментария к проекту статьи 40.

¹⁰⁷ Там же.

право на самоопределение¹⁰⁸. При этом Комиссия подчеркнула, что этот перечень не является исчерпывающим¹⁰⁹.

36. Следует напомнить, что в своих проектах статей о праве международных договоров, Комиссия предлагала ряд положений, касающихся *jus cogens*¹¹⁰. Комиссия неоднократно утверждала, что договорная норма, противоречащая *jus cogens*, является (или становится) недействительной¹¹¹. Кроме того, Комиссия признает, что императивный характер нормы международного обычного права также влияет на действие некоторых вторичных норм, касающихся ответственности за международно-противоправные деяния¹¹².

Замечание 23

Комиссия указывает, что императивные нормы формируются в результате их широкого принятия и признания в качестве таковых международным сообществом в целом¹¹³.

¹⁰⁸ Там же, пункт 5, стр. 137.

¹⁰⁹ Там же, пункт 6. В этом же пункте Комиссия напоминает о возможности возникновения новых императивных норм, как указывается в статье 64 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года.

¹¹⁰ См. проекты статей 41(5), 50, 61 и 67 о праве международных договоров и комментарии к ним; *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 238–239, 247–249, 261 и 266–267, соответственно.

¹¹¹ См. *Ежегодник ... 1966 год*, том II, проект статьи 50 о праве международных договоров и комментарии к ней, стр. 247 ff. (проект статьи 50 гласит: «Договор является ничтожным, если он противоречит императивной норме общего международного права»); см. также пункт 8 комментария к проекту статьи 41, р. 239, и пункт 1 комментария к проекту статьи 61, р. 261 («Совершенно очевидно, что если устанавливается новая норма такого характера, — новая норма *jus cogens* — то в результате становятся ничтожными не только будущие, но и существующие договоры»). О последствиях недействительности или прекращения договора, противоречащего императивной норме общего международного права см. проект статьи 67 о праве международных договоров и комментарий к нему (*Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 266–267). В том же духе Комиссия заявляет, в тексте руководящего принципа 8, применимого к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств: «Одностороннее заявление, противоречащее императивной норме общего международного права, является недействительным» (A/61/10, стр. 384).

¹¹² См. проекты статей 26 (относительно *jus cogens* в связи с обстоятельствами, исключающими противоправность), 40 и 41 (содержание международной ответственности в случае серьезного нарушения государством обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права) и 50 (обязательства, не затрагиваемые контрмерами) об ответственности государств за международно-противоправные деяния и комментарии к ним, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 101, 136–140 и 160. См. также проекты статей 26, 41, 42 и 53 об ответственности международных организаций и комментарии к ним, A/66/10, стр. 139, 155–156 и 179.

¹¹³ По вопросу об этом существенном требовании всеобщего принятия и признания см., в частности, пункт 7 комментария к проекту статьи 12 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 64 («Даже основополагающие принципы международного правопорядка не базируются на каких-либо особых источниках права или особых нормоустановительных процедурах, в отличие от норм конституционного характера во внутренних правовых системах. В соответствии со статьей 53 Венской конвенции 1969 года императивной нормой общего международного права является норма, которая «принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего

Замечание 24

Отмечая, что норма *jus cogens* «может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер»¹¹⁴, Комиссия в то же время указывает, что изменение нормы *jus cogens* теперь будет, вероятнее всего, осуществляться посредством какого-либо общего многостороннего договора¹¹⁵.

В. Связь между международным обычным правом и договорами

37. Вопрос о связи между международным обычным правом и международными договорами в общем плане затрагивается в проекте статьи 34:

Статья 34. Постановления в договоре, которые становятся обязательными через международный обычай

Статьи 30–33 [положения, касающиеся договоров и третьих государств] никоим образом не мешают какому-либо постановлению, запи-

международного права, носящей такой же характер». В статье 53 признается как возможность создания норм императивного характера, так и тот факт, что государства призваны сыграть особую роль в этом отношении в качестве держателей *par excellence* нормоустановительных полномочий от имени международного сообщества). См. также, в этой связи *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), пункт 5 комментария к проекту статьи 26 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, стр. 102, и пункт 6 комментария к проекту статьи 40, стр. 137 (в котором говорится о возникновении новых императивных норм в результате процесса их принятия и признания международным сообществом государств в целом). Следует отметить, что в проекте статьи 50 о праве международных договоров (*Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 247) и проекте статьи 53 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (*Ежегодник ... 1982 год*, том II (Часть вторая), стр. 69–70), в этой связи говорится о «международном сообществе государств в целом», тогда как в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (проекты статей 25, 33, 42 и 48; *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая)) и проектах статей об ответственности международных организаций (проекты статей 25, 33, 43 и 49; A/66/10, пункт 87) использована более общая формулировка: «международное сообщество в целом».

¹¹⁴ См. в этой связи проект статьи 50 *in fine* о праве международных договоров (*Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 247), а также проект статьи 53 *in fine* о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (*Ежегодник ... 1982 год*, том II (Часть вторая), стр. 69–70). Это положение было включено в статью 53 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. О «силе» норм *jus cogens* см. также пункт 3 комментария к руководящему положению 4.4.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 579 («...нет сомнений в том, что нормы *jus cogens* будут и впредь эволюционировать, однако представляется маловероятным, что какая-либо оговорка может способствовать дестабилизации нормы, имеющей такую степень обязательной силы»).

¹¹⁵ См. по этому вопросу пункт 4 комментария к проекту статьи 50 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 248: «Было бы определенно неправильно считать даже нормы *jus cogens* неприкосновенными и не подлежащими изменению в свете новых обстоятельств. Поскольку изменение какой-либо нормы *jus cogens* теперь будет, вероятнее всего, осуществляться посредством какого-либо общего многостороннего договора, Комиссия считала желательным указать, что такой договор не будет подпадать под эту статью».

санному в договоре, стать обязательным для третьего государства как норма международного права, основанная на обычае¹¹⁶.

38. В комментариях к этому проекту статьи содержатся, в частности, следующие замечания:

1) Общеизвестна роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого не ограничивается государствами-участниками. Договор, заключенный между определенными государствами, может формулировать норму или устанавливать режим для территорий, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычая, как, например, гаагские конвенции о нормах ведения сухопутной войны, соглашения о нейтралитете Швейцарии и различные договоры, касающиеся международных речных и морских путей. Подобным же образом конвенция, целью которой является кодификация существующих норм обычного права, может считаться общепринятой формулировкой соответствующих норм обычного права даже государствами, не участвующими в ней.

2) Однако ни в одном из этих случаев нельзя сказать, что сам договор имеет правовые последствия для третьих государств. Есть случаи, когда, без установления каких-либо договорных отношений между собой и сторонами в договоре, другие государства признают сформулированные в договоре нормы в качестве обязательной нормы обычного права. Короче говоря, для таких государств источником обязательной силы этих норм является обычай, а не договор. По этой причине Комиссия сочла, что этот вопрос не следует включать в проект статьи в виде вопроса о договоре, имеющем правовые последствия для третьих государств. Поэтому она не сформулировала никаких особых положений, касающихся действий обычая в расширении сферы применения договорных норм на государства, не являющиеся его участниками. С другой стороны, учитывая важность процесса и характер положений статей 30–33, Комиссия решила включить в настоящую статью в общую оговорку о том, что ничто, содержащееся в этих статьях, не препятствует тому, чтобы договорные нормы становились обязательными для государств, не являющихся участниками договора, в качестве норм международного права, основанных на обычае¹¹⁷.

39. Впоследствии суть проекта статьи 34 была сохранена в статье 38 Конвенции о праве международных договоров 1969 года¹¹⁸, в которую были добавлены слова «признаваемой как таковая» в целях уточнения, о какой норме международного обычного права говорится в этом положении¹¹⁹. Это положение, наряду с внесенным в него на Венской конференции 1969 года добавлением¹²⁰,

¹¹⁶ Ежегодник ... 1966 год, том II, стр. 182.

¹¹⁷ Там же., стр. 230–231.

¹¹⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232.

¹¹⁹ Это добавление было внесено на основании поправки, предложенной Сирийской Арабской Республикой; см. United Nations Conference on the Law of Treaties (1968–1969), *Official Records, Documents of the conference*, A/CONF.39/11/Add.2, p. 155, paras. 311–312.

¹²⁰ Эта Конвенция еще не вступила в силу; см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between*

было воспроизведено в статье 38 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, утвержденной Комиссией в 1982 году и позднее ставшей статьей 38 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года¹²¹.

40. Определенные аспекты связи между международным обычным правом и договорами рассматривались Комиссией в ходе обсуждения различных тем, включенных в ее повестку дня. Краткий обзор этих аспектов приводится в следующих замечаниях.

Замечание 25

Признавая, что международный договор может кодифицировать существующие международные обычно-правовые нормы¹²², Комиссия часто ссылается на договоры как на возможное доказательство существования международного обычного права¹²³.

Замечание 26

Подчеркивая, что сам по себе договор не является обязательным для третьих государств¹²⁴, Комиссия тем не менее в ряде случаев призна-

International Organizations. Vienna, 18 February-21 March 1986, vol. II, Documents of the Conference (United Nations publication, Sales No. E.94.V.5), документ A/CONF.129/15.

¹²¹ *Ежегодник ... 1982 год*, том II (Часть вторая), стр. 59.

¹²² См., в общем плане, *Ежегодник ... 1950 год*, том II, report of the International Law Commission to the General Assembly, para. 29 («Может быть, однако, не следует слишком категорически настаивать на различии между обычным и конвенционным международным правом. Принципы или нормы обычного права могут найти себе выражение в двустороннем или многостороннем соглашении и, таким образом, приобрести, в определенных границах, для государств, участвующих в таком соглашении, значение конвенционных норм на время действия этого соглашения. Тем не менее, для других государств такие принципы или нормы будут по-прежнему обязательны как принципы или нормы обычного права. В самом деле, даваемая некоторыми государствами в текстах международных договоров формулировка той практики, которой придерживаются также и другие государства, нередко служит основанием для установления существования нормы обычного международного права. Даже еще не вступившие в силу, а только подписанные многосторонние конвенции часто рассматриваются как доказательства существования обычного международного права»).

¹²³ См. разделы II.B.2 и II.C.2 настоящего меморандума, в которых договоры как проявление практики государств и/или *opinio juris*. Однако Комиссия также указывает на различия между договорным режимом и применимыми нормами международного обычного права; см. пункт 8 комментария к статье 8 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 35 (касательно преступления геноцида «как преступления по международному праву, в отношении которого в соответствии с обычным правом существует универсальная юрисдикция для тех государств, которые не являются участниками Конвенции и поэтому не подпадают под содержащееся в ней ограничение [а именно, в статье 6, согласно которой судебное преследование за геноцид должно осуществляться судом того государства, на территории которого было совершено это деяние]»).

¹²⁴ См. в частности, пункты 1–4 комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 230–231 (особенно пункт 1) «*Общепризнана роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого не ограничивается государствами-участниками*. Договор, заключенный между определенными государствами, может

ет, что договоры могут способствовать кристаллизации¹²⁵ или развитию¹²⁶ той или иной нормы международного обычного права. Вместе с тем Комиссия установила, что частое повторение того или иного положения в международных договорах не обязательно означает, что это положение превратилось в норму международного обычного права¹²⁷.

формулировать норму или устанавливать режим для территорий, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычая ... Подобным же образом конвенция, целью которой является кодификация существующих норм обычного права, может считаться общепринятой формулировкой соответствующих норм обычного права даже государствами, не участвующими в ней ... [2] Однако ни в одном из этих случаев нельзя сказать, что сам договор имеет правовые последствия для третьих государств. Есть случаи, когда, без установления каких-либо договорных отношений между собой и сторонами в договоре, другие государства признают сформулированные в договоре нормы в качестве обязательной нормы обычного права. Короче говоря, для таких государств источником обязательной силы этих норм является обычай, а не договор») (выделено в настоящем документе). Этот вопрос затрагивался в аналогичном ключе в пункте 30 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров и в пункте 8 комментария к проекту статьи 15 по той же теме; см. *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 243 и 258, соответственно.

¹²⁵ См. пункт 11 комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, A/66/10/Add.1, стр. 433 («... „кодификационная конвенция“ нередко превращает в норму общего международного права такую норму, которая не имела подобного характера во время ее принятия»).

¹²⁶ См., например, пункт 34 комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник ... 1974 год*, том II (Часть первая), стр. 250 (в котором идет речь о праве свободного прохода по Суэцкому каналу «в силу либо договора, либо обычая, сложившегося в результате его применения»); и пункт 3 комментария к проекту статьи 18 по праву трансграничных водоносных горизонтов, A/63/10, стр. 83 («[“Клаузула Мартенса”], которая была впервые включена в преамбулу Гаагских конвенций 1899 и 1907 годов, а впоследствии вошла в ряд конвенций и протоколов, в настоящее время стала нормой общего международного права»). В качестве примера того, как может меняться точка зрения Комиссии на правовой вопрос в результате принятия конвенционной нормы см. пункт 5 комментария к проекту статьи 11 о специальных миссиях, *Yearbook ... 1967*, vol. II, p. 353 («Согласно широко применяемому на практике правилу, принимающее государство было обязано обеспечивать возможность набора [на месте] такого [необходимого для специальных миссий] персонала, который часто совершенно необходим для осуществления функций специальной миссии. В 1960 году Комиссия была склонна считать, что это правило предоставляет специальным миссиям настоящую привилегию. Однако, принимая во внимание обе Венские конвенции, Комиссия изменила свою точку зрения и приняла в 1965 году принцип, изложенный в пункте 2 статьи 10 настоящего проекта [который гласит: “Граждане принимающего государства не могут назначаться сотрудниками специальной миссии, иначе как с согласия этого государства, причем это согласие может быть в любое время аннулировано”]»)) (выделено в настоящем документе).

¹²⁷ См. пункт 3 комментария к проекту статьи 7 о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник ... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 31 («Хотя режим наиболее благоприятствуемой нации весьма часто предоставляется в рамках торговых договоров, нет доказательств того, что это предоставление стало нормой международного обычного права. Поэтому широко распространено мнение, что лишь договоры являются основой режима наиболее благоприятствуемой нации»).

Замечание 27

Комиссия указывает на возможность изменения договора в результате появления новой нормы обычного международного права, в зависимости от конкретных обстоятельств и намерений участников договора¹²⁸.

Замечание 28

Комиссия признала, что государства могут отступать от общеправовых норм, за исключением норм *jus cogens*¹²⁹, путем заключения двусторонних или многосторонних соглашений¹³⁰. В то же время Комиссия особо подчеркивает, что договор, если в нем не предусмотрено иное, должен толковаться и применяться в свете существующих норм международного права, включая обычное право¹³¹.

¹²⁸ См. пункт 3 комментария к проекту статьи 38 (Изменение договоров в силу последующей практики) о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, стр. 236 («Что касается случая изменения договора в результате создания новой нормы обычного права, то [Комиссия] заключила, что этот вопрос будет в любом конкретном случае зависеть в значительной степени от конкретных обстоятельств и намерений участников договора»). Этот комментарий был сделан в порядке разъяснения Комиссии своего решения опустить в окончательной редакции проекта статьи подпункт, ранее включенный в проект статьи 68 в редакции 1964 года: «Договор может быть изменен ... (ii) последующим возникновением новой нормы обычного права, относящейся к вопросам, являющимся предметом договора, и обязывающей все стороны». Комментарий к последнему положению см. в *Ежегодник ... 1964 год*, том II, стр. 198, пункт 3. Как хорошо известно, в ходе Венской конференции 1969 года от предложенного проекта статьи 38 было решено отказаться.

¹²⁹ См. раздел III.A настоящего меморандума.

¹³⁰ См., например, пункт 15 комментария к проекту статьи 17 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, том II (Часть вторая), стр. 68 («Очевидно, что путем заключения соглашений государства правомочны допускать исключения из того или иного принципа») и пункт 2 комментария к проекту статьи 30 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 289 (в котором признается возможность предоставления военным кораблям полицейских прав в отношении иностранных судов на основании договора, что является отступлением от международного обычного права).

¹³¹ См., например, пункт 3 проекта статьи 60 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 293 («Действующая норма обычного права, согласно которой граждане других государств могут заниматься такими рыболовными промыслами наравне с гражданами прибрежного государства, должна по-прежнему применяться. Занятие другими видами рыболовства в этих районах не должно быть стесняемо, поскольку это не является безусловно необходимым для ограждения рыболовных промыслов, к которым относится данная статья»); пункт 1 комментария к проекту статьи 24 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 211 (в котором говорится: «Общее правило ... состоит в том, что договор не должен рассматриваться как имеющий обратную силу, если только такое намерение не выражено в самом договоре или если оно со всей определенностью не подразумевается его условиями»).

С. Связь между международным обычным правом и «общим международным правом»

Замечание 29

В определенных случаях применительно к недоговорным международно-правовым нормам в целом Комиссия использует термин «общее международное право»¹³². Кроме того, в некоторых случаях, Комиссия, как представляется, использует понятия «общее международное право» и «международное обычное право» как взаимозаменяемые¹³³. Выражение «общее международное право» используется

¹³² См., например, пункт 2 комментария к проекту статьи 30 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 289 (в котором указывается, что договорные положения, согласно которым военным кораблям в некоторых случаях предоставляются полицейские права в отношении иностранных судов, еще не могут считаться Частью «общего международного права»); замечания Комиссии по тексту постановлений преамбулы Образцовых правил арбитражного процесса, *Ежегодник ... 1958 год*, том II, стр. 86, пункт 24 (эти постановления ... регулируют его [арбитражный процесс] как принципы общего международного права, а не принципы, вытекающие из соглашения сторон); проект статьи 1(b) о предотвращении и наказании за преступления против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 385 («[«Лицо, пользующееся международной защитой» означает] всякое должностное лицо государства или международной организации, имеющее право в соответствии с общим международным правом или международным соглашением, на специальную защиту...» (выделено в настоящем документе); пункт 8 комментария к этому проекту статьи, *Ежегодник ... 1972 год*, том II, стр. 387 («Выражение “общее международное право” употребляется для того, чтобы дополнить ссылку на “международное соглашение”...»); пункт 3 комментария к проекту статьи 18 по праву трансграничных водоносных горизонтов, A/63/10, стр. 83 («[“Клаузула Мартенса”], которая была впервые включена в преамбулу Гаагских конвенций 1899 и 1907 годов, а впоследствии вошла в ряд конвенций и протоколов, в настоящее время стала нормой общего международного права»); пункт 2 комментария к проекту статьи 10 о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, A/66/10, стр. 224; пункт 4 комментария к проекту статьи 14 о высылке иностранцев, A/67/10, а/67/10, стр. 47 («Само собой разумеется, что высылающее государство обязано уважать в отношении подлежащего высылке иностранца все обязательства защиты прав человека, которые лежат на нем в силу как его международных договоров, так и общего международного права»), а также комментарий к проекту статьи 25 о высылке иностранцев, A/67/10, стр. 71.

¹³³ См., например, следующие разделы комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 246–247 (“[1] Такое существующее в праве мнение нашло свое подкрепление и было консолидировано подтверждением уголовного характера агрессивной войны в статутах союзных военных трибуналов, учрежденных для суда над военными преступниками стран оси, совершенно определенным запрещением угрозы силой или ее применения, содержащимся в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, и практикой самой Организации Объединенных Наций.... [5] *Изложенные в Уставе принципы относительно угрозы силой или ее применения являются, по мнению Комиссии, нормами общего международного права, имеющими теперь универсальное применение* ... [8] ... Как указано выше в пункте 1, недействительность договора, являющегося следствием неправомерной угрозы силой или ее неправомерного применения, есть принцип, составляющий *lex lata* ... [3] *начительное большинство специалистов международного права, без колебаний считает, что в пункте 4 статьи 2, наряду с другими положениями Устава, авторитетно излагается современное обычное право в отношении угрозы силой или ее применения.*”(выделено в настоящем документе)).

также Комиссией как общий термин, обозначающий как международное обычное право, так и общие принципы¹³⁴.

Замечание 30

В ряде случаев Комиссия ссылается на общие принципы права, — возможно, по смыслу пункт 1(с) статьи 38, Статута Международного Суда¹³⁵, — или на так называемые общие принципы международного права¹³⁶. Комиссия также указывает, что такие общие принципы могут служить основой для международно-правовой регламентации конкретных вопросов¹³⁷ или даже всей международно-правовой системы¹³⁸.

¹³⁴ См. разъяснения, содержащиеся в докладе Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, A/CN.4/L.682, пункт 194(2)(а) («Общее международное право (т.е. общие обычаи и общие принципы права) заполняет пробелы в специальном режиме и обеспечивает толковательную направленность для его функционирования» (выделено в настоящем документе)) и пункт 493(3) («Понятие „общего международного права“ явно отсылает к общему обычному праву, а также „общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями“, согласно статье 38(1)(с) Статута Международного Суда. Но оно может также охватить принципы самого международного права и аналогии из внутреннего права, особенно принципы юридического процесса (*audiat et altera pars, in dubio mitius*, эстоппель и т.п.). В практике международных трибуналов, включая Апелляционный орган ВТО или Европейский и Межамериканский суды по правам человека, принято ссылаться на различные виды “принципов”, подчас заимствованных из внутреннего права, иногда — из международной практики, но зачастую без уточнения их авторитетности»).

¹³⁵ См., например, пункт 4 комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник ... 1966 год*, том II, стр. 257 (принцип *rebus sic stantibus*); пункт 1 комментария к проекту статьи 7 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник ... 1999 год*, том II (Часть вторая), стр. 32 («Комиссия признает, что одним из общих принципов права является принцип отсутствия у законодательства обратной силы»); и пункт 3 комментария к статье 14 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 49 (в котором поясняется: «Круг возможных обстоятельств, исключающих вину в совершении преступлений, охватываемых Кодексом, [ограничивается] теми обстоятельствами, которые прочно вошли в практику и широко признаются в качестве приемлемых в отношении преступлений сходной степени тяжести по внутригосударственному или международному праву»). Дополнительные примеры см. в сноске 137 ниже.

¹³⁶ См. например, *Ежегодник ... 1949 год*, стр. 290, пункт 52 (где поясняется, что в статьях проекта декларации о правах и обязанностях государств изложены «общие принципы международного права»); пункт 8 комментария к проекту статьи 68 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 298 («[Принцип суверенных прав прибрежного государства], основанный на общих принципах, отвечающих текущим потребностям международного сообщества, вовсе не противоречит принципу свободы морей»). См. также следующие две сноски.

¹³⁷ В этом контексте упоминаются как общие принципы права, так и общие принципы международного права. Касательно общих принципов права, см., в частности, пункт 1 комментария к проекту статьи 7 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник ... 1999 год*, том II (Часть вторая), стр. 32 (в котором идет речь о принципе отсутствия у законодательства обязательной силы как об одном из общих принципов права, который «призван сыграть важную роль» в том, что касается вопросов гражданства); статью 14 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, том II (Часть вторая), стр. 49 («Компетентный суд определяет допустимость исключаящих вину обстоятельств в соответствии с общими принципами права в свете характера каждого преступления»); пункт 1 комментария к

проекту статьи 3 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 153 («В основу статьи 3 положен фундаментальный принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, нашедший свое отражение в принципе 21 Стокгольмской декларации...») (сноска опущена). Касательно общих принципов международного права см., в частности, пункт 8 комментария к проекту статьи 3 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 266 («Из сказанного следует, что Комиссия совершенно определенно высказывается против притязаний на расширение территориального моря до таких пределов, которые, по ее мнению, угрожают существованию принципа, регулировавшего морское право со времени Гроция, а именно — свободе открытого моря»); пункт 1 комментария к проекту статьи 27 о морском праве, *Ежегодник ... 1956 год*, том II, стр. 278 («Общепризнанный в международном праве принцип, согласно которому открытое море открыто для всех наций, лежит в основе всей относящейся к данной области регламентации»); комментарий к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который, как указала Комиссия в своем комментарии к соответствующей статье 5 проектов статей по этой теме в окончательной редакции, «по-прежнему в общем применим»: см. *Ежегодник ... 1991 год*, том II (Часть вторая), стр. 24), *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 147, пункт 12 («Это логическое обоснование иммунитета суверена, как представляется, основывается на ряде основных принципов, таких как общее согласие или обычай, международная вежливость или любезность, независимость, суверенитет и достоинство каждой суверенной власти, представляющих собой постепенный переход от атрибутов личных суверенов к теории равенства и суверенитета государств и принципу согласия»); и *Ежегодник ... 1980 год*, том II (Часть вторая), стр. 138, пункт 55 (в котором идет речь о «рациональных основах иммунитета государства» и приводятся понятия «суверенитета, независимости, равенства и достоинства государств», которые «видимо, взаимосвязаны и в целом составляют прочную международно-правовую основу иммунитета государства»).

¹³⁸ См. в этой связи следующее замечание Комиссии в отношении проекта декларации о правах и обязанностях государств:

В заключение следует отметить, что приводимые в Проекте декларации права и обязанности формулированы в общих выражениях без указания ограничений или исключений, как это и подобает при составлении декларации основных прав и обязанностей. *Статьи Проекта декларации провозглашают общие принципы международного права, объем и порядок применения которых должны быть определены более точными правилами.* Статья 14 Проекта декларации является признанием этого положения. Она заключает всеобщее положение, доминирующее над всем проектом, и, по мнению комиссии, служит правильным ключом к другим положениям Проекта декларации тем, что провозглашена «супрематия международного права» (выделено в настоящем документе) (*Ежегодник ... 1949 год*, стр. 290, пункт 52).

См. также пункт 2 комментария к проекту статьи 4 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2001 год*, том II (Часть вторая), стр. 189 (где идет речь о принципе добросовестности, пронизывающем «всю структуру международных отношений» (в связи с чем цитируется R. Rosenstock, “The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey”, *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), p. 734)); а также замечания, сделанные Комиссией в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации и принципа недискриминации, *Ежегодник ... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 14, пункт 48 («Несколько лет назад Комиссия признала, что правило недискриминации “является общей нормой, вытекающей из равенства государств”, и что недискриминация является “общей нормой, присущей суверенному равенству государств”»), и стр. 15, пункт 50 (со ссылкой на «очевидную норму, согласно которой государства, хотя они и связаны обязательством, возникающим из принципа недискриминации, тем не менее могут предоставлять особые преимущества другим государствам на основе каких-либо особых взаимоотношений географического, экономического, политического или иного характера»).

Замечание 31

Кроме того, в работе Комиссии выражение «общее международное право» использовалось также применительно к общим нормам международного права в отличие от норм, относящихся к конкретным областям, включая право прав человека, экологическое право, морское право и пр.¹³⁹.

¹³⁹ См., в частности, доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, A/61/10, пункт 243 («Фрагментация международного социального мира приобретает юридическое значение в силу того, что она сопровождается появлением специализированных и (относительно) автономных норм или комплексов норм, правовых институтов и сфер юридической практики. Что когда-то казалось регулируемым «общим международным правом» стало сферой действия таких специализированных систем, как «торговое право», «право в области прав человека», «экологическое право», «морское право», «европейское право», и даже таких узкоспециализированных форм знания, как «инвестиционное право» или «международное право беженцев» и т.п., — каждое из которых обладает своими собственными принципами и институтами»). См. также пункт 251, подпункт 10, сноски 1017 («Общепринятого определения «общего международного права» не существует. Однако в настоящих выводах достаточно определить, что есть «общее» путем отсылки к его логической противоположности, а именно к тому, что есть „специальное“»).