

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
22 May 2014
Russian
Original: English

Комиссия международного права**Шестьдесят шестая сессия**

Женева, 5 мая — 6 июня и 7 июля — 8 августа 2014 года

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

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Сфера охвата темы и результаты работы	5
III. Употребление терминов	6
IV. Основной подход: два конститутивных элемента	8
V. Всеобщая практика	17
VI. Признание в качестве правовой нормы	52
VII. Будущая программа работы	80

Приложение

Предлагаемые проекты выводов относительно выявления международного обычного права	82
---	----

* Второе переиздание по техническим причинам (1 октября 2014 года).

** Специальный докладчик хотел бы поблагодарить Омри Сельдера за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада.



I. Введение

1. В 2012 году Комиссия международного права включила тему «Формирование и доказательство существования международного обычного права» в свою текущую программу работы и провела первоначальные прения на основе доклада Специального докладчика¹. Кроме того, в 2012 году Генеральная Ассамблея после обсуждения в Шестом комитете с удовлетворением отметила решение Комиссии включить эту тему в ее программу работы².

2. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия провела общие прения³ на основе первого доклада Специального докладчика⁴, который носил вводный характер, а также меморандума Секретариата под названием «Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме»⁵. С учетом обсуждений и после неофициальных консультаций Комиссия решила изменить название темы, с тем чтобы она называлась следующим образом: «Выявление международного обычного права». Отчасти это было сделано во избежание трудностей с переводом слова «доказательство» на другие официальные языки Организации Объединенных Наций, а также с тем, чтобы особо подчеркнуть, что главная цель этой темы заключается в ориентации тех, к кому был обращен призыв определить наличие той или иной нормы международного обычного права. Название было изменено при том понимании, что вопросы, касающиеся, как отметил один из членов Комиссии, «образующихся элементов» и доказывания, или свидетельства наличия международного обычного права остались в сфере охвата этой темы⁶.

3. Кроме того, Специальный докладчик сделал следующие выводы⁷ по итогам прений и неофициальных консультаций:

а) члены Комиссии в общем поддержали «двухэлементный» подход, а именно: выявление существования нормы обычного международного права требует анализа как общей практики, так и признания в качестве правовой нормы. Практически все выступившие в явно выраженной форме поддержали этот подход, и в его пользу свидетельствует большой массив материалов, ука-

¹ См. A/CN.4/663, Записка по вопросу о выявлении международного обычного права, пункт 1.

² Резолюция 67/92 Генеральной Ассамблеи, пункт 7.

³ См. краткие отчеты A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185 и 3186 (17, 18, 19, 23, 24 и 25 июля 2013 года); см. A/68/10, пункты 66–107.

⁴ См. A/CN.4/663.

⁵ См. A/CN.4/659.

⁶ См. A/CN.4/SR.3186. Следует напомнить в этом контексте соображение Дженнингса о том, что «в международном праве вопросы о том, существует ли та или иная обычно-правовая норма и как формируется обычное право, как правило, на практике совпадают». R. Jennings, "What is international law and how do we tell it when we see it?", *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. 37, 1981, pp. 59–60; см. также K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd ed. (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), p. 116 («Установление и формирование норм международного обычного права всегда тесно взаимосвязаны, поскольку, с одной стороны, процесс формирования определяет средства идентификации обычных норм, а с другой стороны, действия по установлению обычая или его элементов оказывают влияние на его дальнейшее развитие. Эта взаимозависимость уже явствует из содержания статьи 38.1(b) Статута [Международного] Суда»).

⁷ См. A/CN.4/SR.3186.

занных в первом докладе, и никто этого не оспаривал. В то же время было признано, что два элемента могут порой быть «тесно переплетены» и что относительная значимость, придаваемая каждому из них, может варьироваться в зависимости от обстоятельств;

b) очень многие выразили согласие с тем, что основные материалы для установления ориентиров по этой теме, по всей видимости, — это подход государств, а также подход международных судов и трибуналов, в первую очередь Международного Суда;

c) было достигнуто общее согласие с мнением о том, что итоги работы по этой теме должны носить практический характер и должны быть облечены в форму «выводов» с комментариями. Кроме того, было достигнуто общее согласие с тем, что при разработке выводов Комиссии не следует использовать чересчур директивный подход;

d) было достигнуто общее согласие о том, что Комиссии потребуется в определенной степени рассмотреть вопрос о связи между международным обычным правом и другими источниками международного права, в частности договорами и общими принципами права. Кроме того, была проявлена заинтересованность в изучении такого вопроса как «специальное» или «региональное» международное обычное право;

e) большинство членов Комиссии выразили мнение о том, что императивные нормы международного права не должны рассматриваться в рамках настоящей темы.

4. Во время обсуждений в Шестом комитете в 2013 году делегации поддержали «двухэлементный подход», подчеркнув при этом необходимость рассмотрения вопроса об относительной роли, которую играют практика государств и *opinio juris*. Были выражены различные мнения относительно того, следует ли включать подробный анализ *jus cogens* в сферу охвата настоящей темы. Намерение Комиссии рассмотреть вопрос о взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права в общем было поддержано, хотя отмечалось, что вопрос об иерархии источников — это предмет для отдельного рассмотрения. Была подчеркнута важность рассмотрения вопроса о «специальных» или «региональных» нормах международного обычного права, включая «двусторонний обычай»⁸.

5. Делегации вновь подтвердили важность учета при выявлении норм обычного международного права, насколько это возможно, практики государств со всех регионов, однако при этом отметили, что относительно небольшое число государств на систематической основе занимается сбором информации и публикацией материалов о своей практике. Высказывались осторожные мнения по поводу анализа государственной практики, в частности относительно решений внутригосударственных и региональных судов. Кроме того, была высказана идея о том, что следует рассмотреть вопрос о практике международных организаций⁹.

6. Одна или две делегации выдвинули предложение о том, что вопрос о форме окончательных итогов работы Комиссии над этой темой должен быть

⁸ A/CN.4/666, пункты 43–44.

⁹ Там же, пункты 45–46.

рассмотрен на более позднем этапе; тем не менее сейчас Комиссия намеревается, чтобы результаты ее работы были облечены в форму «выводов» с комментариями, и это намерение получило широкую поддержку. Была подчеркнута важность неприменения чересчур ограничительного подхода в силу необходимости сохранения гибкости норм международного обычного права¹⁰.

7. На своей сессии 2013 года Комиссия обратилась к государствам с просьбой:

«представить к 31 января 2014 года информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, приемлемых для установления существования норм такого права в той или иной ситуации, а именно: а) официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и б) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов»¹¹.

На дату составления настоящего доклада письменные материалы были получены от девяти государств¹², за что Специальный докладчик выражает им особую признательность. Представление новых материалов будет приветствоваться в любое время.

8. Специальный докладчик также приветствует вклад, который могут внести академические органы для целей обсуждения этого вопроса. На протяжении прошедшего года или двух прошлых лет различные институты организовывали совещания по аспектам этой темы, которые носили как конструктивный, так и стимулирующий характер. За период после шестидесятой пятой сессии Комиссии был издан ряд новых релевантных публикаций, а также решения международных судов и трибуналов, которые учтены в настоящем докладе.

9. В первом докладе была предпринята попытка охарактеризовать основные материалы, с которыми следует ознакомиться для целей настоящей темы, и были рассмотрены некоторые предварительные вопросы. Во втором докладе затрагиваются центральные вопросы, касающиеся подхода к выявлению норм «общего» международного обычного права, в частности двух составных элементов и порядка определения их наличия. В разделе II доклада затрагивается вопрос о сфере охвата этой темы и итогах работы над ней и разъясняется, что проекты выводов касаются метода выявления норм международного обычного права и не затрагивают реального существования таких норм. Раздел III, касающийся употребления терминов, включает дефиницию международного обычного права, которая навеяна формулировкой статьи 38.1(b) Статута Международного Суда, однако не содержит прямой ссылки на это положение. В разделе IV описывается в общем виде основной «двухэлементный» подход, при этом под этими элементами подразумеваются «общая практика» и «признание в качестве правовой нормы» (обычно упоминаемые соответственно как «государственная практика» и “*opinio juris*”). В разделах V и VI начнется более подробный анализ этих двух элементов (как разъясняется в разделе VII, посвященном будущей программе работы), который будет продолжен в третьем докладе.

¹⁰ Там же, пункт 47.

¹¹ A/68/10, пункт 26.

¹² Бельгия; Ботсвана; Куба; Чешская Республика; Сальвадор; Германия; Ирландия; Российская Федерация; и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

10. Представляется желательным охватить в одном и том же докладе как практику, так и “*opinio juris*” с учетом тесной взаимосвязи между обоими этими понятиями. В то же время это свидетельствует о неизбежной необходимости рассмотрения в настоящем докладе большого массива информации, и следует отметить, что в Комиссии и Шестом комитете обстоятельные обсуждения проведены не будут. Поэтому содержание разделов V и VI неизбежно будет носить весьма предварительный характер; Специальному докладчику может потребоваться провести обзор и доработку как текста, так и предложенных выводов в следующем докладе.

11. В настоящем докладе предлагаются 11 проектов выводов, которые воспроизводятся в приложении. Как там указывается, предлагается, чтобы проекты выводов были разделены на четыре части (введение; два конститутивных элемента; общая практика; признание в качестве правовой нормы). Это определяет общую структуру, предусмотренную Специальным докладчиком. Новые проекты выводов будут предложены в следующем докладе — однако всегда с учетом мнений членов Комиссии, — и маловероятно, что они скажутся на структуре.

II. Сфера охвата темы и результаты работы

12. Прения в Комиссии и Шестом комитете в 2013 году подтвердили целесообразность рассмотрения настоящей темы, которая, в частности, нацелена на выработку практических ориентиров для тех, независимо от их статуса, к кому обращен призыв выявить нормы международного обычного права, в частности к тем, кто не всегда являются специалистами в общей области международного публичного права. Важно обеспечить определенную степень ясности с точки зрения практического применения этого центрального элемента международного права, при признании того, что обычный процесс является имманентно гибким. Как широко признано, «вопрос об источниках... имеет чрезвычайно важное значение; и юриспруденциальные и философские споры, которые продолжают бушевать, имеют более чем академическую значимость. Было бы правильным и надлежащим учитывать их и участвовать в интеллектуальных обменах. Однако мы не должны игнорировать тот факт, что их необходимость — это прискорбное признание неадекватности правовой системы»¹³.

13. Разумеется, что предмет настоящей темы не заключается в определении материально-правового содержания норм международного обычного права или рассмотрении важного вопроса о том, кто обязан соблюдать конкретные нормы (государства, международные организации, другие субъекты международного права). Тема касается исключительно методологического вопроса выявления международного обычного права.

14. Задача рассмотрения настоящей темы и ее выводов заключается в том, чтобы не влиять на текущую работу над другими темами. Кроме того, будет важно по мере продвижения работы над этой темой избегать рассмотрения вопросов, касающихся других источников международного права, включая общие принципы права (статья 38.1(c) Статута Международного Суда). Эта работа

¹³ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 17.

также не будет касаться вопросов, связанных с *jus cogens*, которые могут стать отдельной темой для рассмотрения.

15. С учетом вышеизложенного предлагается следующий проект вывода:

Проект вывода 1

Сфера охвата

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.
2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (*jus cogens*).

III. Употребление терминов

16. В своем первом докладе Специальный докладчик предложил определение «международного обычного права», которое состояло в простой перекрестной ссылке на статью 38.1(b) Статута Международного Суда¹⁴. Несколько членов Комиссии выразили мнение о том, что эта ссылка не является в полной мере удовлетворительной как по соображениям того, что она не является самостоятельной, так и поскольку она может рассматриваться как слишком сильно опирающаяся на Статут, который с точки зрения терминов применим по отношению только к Международному Суду¹⁵.

17. Поэтому Специальный докладчик предлагает Комиссии принять определение международного обычного права, основывающееся на формулировке Статута Международного Суда без прямого указания на него. Это позволило бы сохранить основные концепции («общая практика»; признание в качестве правовой нормы), которые лежат в основе подхода не только самого Международного Суда, но и других судов и трибуналов и других государств¹⁶. Формулировка статьи 38.1(b), которая имеет почти столетнюю историю, продолжает широко использоваться и вовсе не потеряла своей актуальности. В действительности, по сравнению с тем, что, по-видимому, термины, более широко используемые сегодня («государственная практика» и “*opinio juris*”), формулировка в Статуте представляется менее проблематичной и даже более современ-

¹⁴ A/CN.4/663, пункт 45.

¹⁵ Там же, пункт 32 («Статья 38.1 часто упоминалась или воспроизводилась в принятых впоследствии документах. Хотя с точки зрения условий она применяется только по отношению к Международному Суду, источники, определенные в статье 38.1 в общем рассматриваются как действительные также для других международных судов и трибуналов с учетом каких-либо конкретных норм, зафиксированных в их соответствующих статутах» [сноски опущены]). Вводная часть статьи 38.1 Статута Международного Суда в том виде, в котором она была принята в 1945 году («Суд, который обязан решать переданные ему споры *на основании международного права* применяет» (курсив добавлен)), дает серьезные основания полагать, что цель этого положения Статута заключается в указании источников международного права.

¹⁶ См. пункты 24–25 ниже.

ной. В любом случае, разделение на два разных элемента, вытекающее из формулировки Статута, «является чрезвычайно полезным инструментом» для выявления «обычных норм»¹⁷.

18. Другой термин, который, по-видимому, было бы целесообразным определить, — это термин «международная организация». Представляется уместным использовать определение, употребленное в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера¹⁸, а также в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями¹⁹, а именно, что «международная организация» означает «межправительственную организацию». Как явствует из комментария Комиссии, более детальное определение, использованное в проектах статей об ответственности международных организаций, было разработано с учетом конкретных обстоятельств, касающихся этой темы²⁰. В настоящем контексте, как представляется, более предпочтительным является более общее и широкое определение.

19. По мере разработки темы возникнет вопрос о необходимости в новых терминах. Возникнет ли, в конечном счете, необходимость включения в положение относительно употребления терминов исключающие оговорки по примеру оговорок, содержащихся в ранее принятых текстах на основе проектов Комиссии, таких как статья 2.3 Конвенции Организации Объединенных Наций 2004 года об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности²¹.

20. В свете вышеизложенного предлагается следующий проект выводов:

¹⁷ A. Pellet, “Article 38”, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed. A. Zimmermann and others, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 731 and 813; см. также G. M. Danilenko, “The theory of international customary law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, pp. 9 and 10–11 («определение обычая, предусмотренное в статье 38 Статута, является чрезвычайно важным для теории и практики в области международного обычного права. Во-первых, статья 38 подтверждает признание всеми государствами международного обычая в качестве одного из основных источников международного права. Во-вторых, статья 38 отражает согласие всех членов международного сообщества относительно базовых составляющих элементов, необходимых для формирования и функционирования обычных норм международного права, а именно практика, с одной стороны, и признание этой практики в качестве права, с другой»); G. Arangio-Ruiz, “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet, ed. (Brussels, Bruylant, 2007), pp. 93 and 105.

¹⁸ Статья 1, пункт 1(1).

¹⁹ Статья 2, пункт 1(a)(i).

²⁰ Статьи об ответственности международных организаций (A/66/10, глава V, раздел E); см. статью 2(a) и комментарий (1)–(15) (там же, стр. 73–78).

²¹ Эта статья гласит следующее: «Положения пунктов 1 и 2, касающиеся употребления терминов в настоящей Конвенции, не наносят ущерба употреблению этих терминов или значениям, которые могут быть им приданы в других международных документах или во внутреннем праве любого государства».

Проект вывода 2

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов выводов:

- а) термин «международное обычное право» означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы и отражают ее;
- б) термин «международная организация» означает межправительственную организацию;
- с) ...

IV. Основной подход: два конститутивных элемента

21. Настоящий доклад основывается на посылке о том, что для выявления той или иной нормы международного обычного права требуется анализ как практики, так и ее признания в качестве правовой нормы («двухэлементный подход»)²². Этот подход получил широкую поддержку в Комиссии в ходе ее прений в 2013 году, а также в Шестом комитете²³. Как разъясняется ниже, двухэлементный подход действительно в общем используется в практике государств и при принятии решений международными судами и трибуналами, в том числе Международным Судом. Он пользуется широко распространенной поддержкой в научных трудах.

22. Согласно этому подходу можно констатировать наличие нормы международного обычного права в том случае, когда «всеобщая практика» «признается в качестве правовой нормы». Эти два требования, «критерии, которые [Международный Суд] неоднократно излагал для выявления нормы международного обычного права»²⁴, должны быть идентифицированы в том или ином конкрет-

²² См. также пункт 3(а) выше.

²³ См. также пункт 24 ниже.

²⁴ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 122, para. 55; в этом же пункте Международный Суд указал следующее: «В частности ... наличие нормы международного обычного права требует существования «установившейся практики» наряду с *opinio juris*; см. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77 («... должны быть удовлетворены два условия. Соответствующие деяния не только должны приравниваться к установившейся практике, но должны и быть таковыми или осуществляться таким образом, чтобы можно было сделать вывод о том, что они являются доказательством убежденности в том, что эта практика стала обязательной в силу наличия соответствующих норм права»); *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 29, para. 27 («Разумеется, аксиомой является то, что мотив международного обычного права следует рассматривать в первую очередь с точки зрения реальной практики и *opinio juris* государств»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 97, para. 183 («... затем Суду следовало рассмотреть вопрос о том, какие нормы международного обычного права применены по отношению к настоящему спору. Для этой цели он должен рассмотреть вопрос о практике и *opinio juris* государств»); P. Tomka, «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, No. 2 (2013), p. 195, at p. 197 («Фактически, Суд никогда не отказывался от своей позиции, прочно утвердившейся в формулировке

ном случае в поддержку вывода о том, что возникла соответствующая норма международного обычного права. Таким образом, для целей тщательного анализа наличия той или иной нормы международного обычного права «было бы необходимым убедиться в том, что такая норма отвечает условиям, предъявляемым к формированию того или иного международного обычая»²⁵.

23. В действительности, для того чтобы та или иная норма международного обычного права могла так называться, необходимы два следующих элемента: как один автор разъяснил, «без практики (*consuetudo*) международное обычное право может стать неправильно употребляемым термином, поскольку только практика является главным характерным отличием такого рода международного права. С другой стороны, без субъективного элемента признания практики в качестве правовой нормы исчезнет различие между международным обычаем и простым обыкновением (*usus*) или другими неправовыми нормами поведения»²⁶.

24. Двухэлементный подход пользуется широкой поддержкой в государственной практике. В качестве лишь двух недавних примеров можно указать на то, что Руанда, Соединенные Штаты Америки и Уругвай заявили в двусторонних инвестиционных договорах «об их общем понимании», согласно которому международное обычное право «... вытекает из общей и последовательной практики государств, которой они следуют, руководствуясь чувством правовой обязанности»²⁷. Нидерланды и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии аналогичным образом заявили о том, что «... двумя конститутивными элементами международного обычного права [являются] широко распространенная и последовательная практика государств (практика государств) и их убеждение в том, что соблюдение является обязательным согласно той или иной норме права (*opinio juris*)»²⁸. На такую позицию встали все государства — члены Европейского союза, приняв руководящие принципы Европейского союза, относительно содействия соблюдению норм международного гуманитарного права, в которых международное обычное право определяется в качестве одного из источников международного права, который «формируется практикой государств, воспринимаемой ими в качестве обязательной для

Статута о том, что международное обычное право — это «международная практика, признанная в качестве правовой нормы»).

²⁵ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 47, para. 7 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda).

²⁶ K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, pp. 40–41 (см. сноску выше).

²⁷ См. annex A to the Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2008); and annex A to the Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2005); в этих документах стороны «подтверждают свое общее понимание, согласно которому “международное обычное право” в общем плане и конкретно указанное в статье 5 и приложении В вытекает из общей и последовательной практики государств, которой они следуют, руководствуясь чувством правовой обязанности».

²⁸ Brief by the Governments of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands as amici curiae in support of the respondents in the case of *Esther Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum Co et al* (3 February 2012) before the United States Supreme Court, p. 8.

них»²⁹. Верховный суд Сингапура постановил, что «обширная и практически единообразная практика всех государств... наряду с *opinio juris* — это то, что необходимо, для того чтобы рассматриваемая норма стала нормой международного обычного права»³⁰, и в Словении подобным образом Конституционный суд постановил, что нормы «могут стать обязательными в качестве норм международного обычного права, когда применяются большим числом государств с намерением соблюдения той или иной нормы международного права»³¹. Конституционный суд и Верховный суд Чешской Республики также признали существенно важное значение этих двух элементов³², равно как и Апелляционный суд Новой Зеландии, который отметил, что «в международном обычном праве (неписанные) нормы международного права, имеющие обязательную силу для всех государств... возникают, когда государства следуют определенной практике в общем и последовательно исходя из чувства правовой обязанности»³³. Тот факт, что как всеобщая практика, так и признание в качестве правовой нормы необходимы для формирования и идентификации международного обычного права был признан; более того, было признано, в частности Австрией, Индией, Израилем, Исламской Республикой Иран, Малайзией, странами Северной Европы, Португалией, Российской Федерацией, Южной Африкой и Вьетнамом, во время их выступлений в прениях в Шестом комитете, посвященных докладам Комиссии международного права о ее работе за 2012 год и 2013 год³⁴. В своих недавно поданных состязательных бумагах в Международный Суд государства по-прежнему основывают свою аргументацию на двухэлементном подходе³⁵.

²⁹ Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (Official Journal of the European Union, C 303, 15 December 2009), para. 7.

³⁰ *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore — Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 96–98.

³¹ Decision No. U-I-146/07, dated 13 November 2008, footnote 19; см. также case No. Up-13/99, decision of 8 March 2001, para. 14.

³² File No. II. ÚS 214/98 (30 January 2001) and file No. 11 Tcu 167/2004 (16 December 2004), respectively.

³³ *Attorney General v. Zaouvi*, CA20/04, Judgment (30 September 2004), para. 34.

³⁴ С текстами заявлений различных государств в ходе этих прений можно ознакомиться на портале Организации Объединенных Наций “PaperSmart” по адресу www.un.org/en/ga/sixth/.

³⁵ Например, в деле *об юрисдикционных иммунитетах государства (Германия против Италии)* Германия выдвинула следующий аргумент: «отсутствует всеобщая практика, поддерживаемая *opinio juris*, в отношении расширения возможностей отхода от принципа государственного иммунитета в отношении нарушений гуманитарного права, совершенных военнослужащими во время вооруженного конфликта», и Италия, которая не полагается на международное обычное право, высказала в своем контрмеморандуме мнение о том, что «рассматриваемый в настоящем деле вопрос не заключается в том, существует ли распространенная и последовательная практика, поддерживаемая *opinio juris* и указывающая на существование обычной международно-правовой нормы, позволяющей в общем плане отказывать в иммунитете в делах, сопряженных с грубыми нарушениями международного гуманитарного права или международных стандартов в области прав человека». (Memorial of the Federal Republic of Germany (12 June 2009), para. 55; Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), para. 4.108). Что касается другого недавнего примера, то см. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* case, in particular *Questions put to the Parties by Members of the Court at the close of the public hearing held on 16 March 2012: compilation of the oral and written replies and the written comments on those replies*, pp. 20–48, especially at pp. 24–25 (Belgium) — “Question put to Belgium — Senegal being invited to comment — by Judge

25. Подобным образом, другие международные суды и трибуналы согласны с тем, что для выявления норм международного обычного права требуется анализ двух элементов. Как отмечалось в первом докладе, несмотря на конкретные контексты, в которых действуют другие суды и трибуналы, в целом в существенной степени используется этот подход и прецедентное право Постоянной палаты Международного Суда и Международного Суда, включая нормообразующую роль, придаваемую двум элементам — практике государств или *opinio juris*³⁶.

26. Большинство авторов также используют двухэлементный подход. Он зафиксирован как в учебниках, так и научных трудах по международному публичному праву³⁷, так и в монографиях, касающихся обычая, будь то конкретно

Greenwood at the end of the public sitting of 16 March 2012”. Кроме того, в других случаях, поскольку государства не выдвигали аргумента относительно наличия той или иной нормы международного обычного права на основе наличия практики или только *opinio juris*, они не пытались ставить под сомнение наличие той или иной предполагаемой нормы международного обычного права, аргументируя, что двухэлементный подход с теоретической точки зрения является несостоятельным.

³⁶ A/CN.4/663, пункты 66–82.

³⁷ См., например R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, *Peace* (London, Longmans, 1991), pp. 25–31; A. Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford, University Press, 2005), pp. 153–169 («основополагающие элементы, образующие обычай: государственная практика (*usus* или *diuturnitas*) и соответствующие мнения государств (*opinio juris* или *opinio necessitatis*)»); P. M. Dupuy and Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10th ed. (Paris, Dalloz, 2010), p. 364 (“The binary nature of custom is directly reflected in its portrayal by the different strands in the doctrine, whether objectivist or voluntarist. For all the strands, bolstered by the aforementioned provision contained in article 38 (b) of the Statute of The Hague Court (the PCIJ, later the ICJ), the presence of two elements is necessary in order for custom to become a rule of law”); M. Bos, *A Methodology of International Law* (Amsterdam, North Holland, 1984), p. 109 («для того чтобы обычай существовал, необходимо установить наличие предполагаемых его фактологических аспектов, т.е. материальные и психологические компоненты, и сопоставить их с определением обычая»); V. Lowe, *International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 36–63; M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), pp. 72–93 («возможно установить два базовых элемента в процессе формирования обычая. Ими являются материальные факты, а именно реальное поведение государств и психологическое или субъективное убеждение в том, что такое поведение является правовой нормой»); L. Damrosch and others, *International Law: Cases and Materials*, 5th ed. (West, 2009), p. 59 («Ясно, что определение обычая состоит из двух различных элементов...»); P. Dailler, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th ed. (Paris, L.G.D.J., 2009), pp. 352–379 (“It is accepted by all that the customary process is not complete unless two elements are present”); S. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd ed. (West, 2012), pp. 92–101 («В своей практике государства и юристы-международники в своих трудах и судебных решениях достигли согласия о том, что международное обычное право существует всякий раз, когда удовлетворяются два следующих ключевых требования: 1) относительно единообразная и последовательная практика в том или ином конкретном вопросе; и 2) убеждение государств, что такая практика является с юридической точки зрения необходимой»); A. Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 57–63; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 23–30 («наличие обычая — это ... вывод кого-либо (юрисконсульт, суд, правительство, комментатор) относительно двух связанных вопросов: а) существует ли всеобщая практика; б) признана ли она как международное право?»); M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18th ed. C. Escobar Hernández, ed. (Madrid, Tecnos, 2013), pp. 136–141 (“an existing practice among

источников³⁸, или же некоторых других тем международного права³⁹. Например, в курсе международного права Оппенгейма говорится, что «в статье 38(1)(b)... четко указывается на наличие двух существенно важных элементов обычая, а именно практики и *opinio juris*»⁴⁰. И в недавнем издании курса Брайерли (*Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*) говорится, что «в юридическом смысле обычай означает нечто большее, чем привычку или обыкновение; именно обыкновение, которое используется, является обязательным... по смыслу статьи 38(1)(b) Статута мы должны анализировать на предмет установления того, является ли предполагаемый обычай всеобщей практикой, признанной в качестве правовой нормы»⁴¹.

27. Как было отмечено в первом докладе, некоторые авторы пытаются разработать альтернативные подходы, часто отдавая предпочтение одному конститутивному элементу по сравнению с другим, будь то практика или *opinio juris*, или даже вовсе исключая один элемент⁴². В определенной степени это также касается усилий Ассоциации международного права, которые завершились принятием в 2000 году Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права⁴³, в котором несколько занижена роль субъективного элемента⁴⁴. Хотя эти работы всегда содержат интересные моменты и дают пищу для размышлений и были надлежащим образом (как и должно быть) приняты во внимание, однако, судя по всему, они до сих пор не оказали значительного воздействия на подход государств и судов. Двухэлементный подход продолжает доминировать⁴⁵.

international actors that is generally accepted as law”); J. Klabbers, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pp. 26–34 («два главных требования: должна существовать всеобщая практика, и эта всеобщая практика должна быть признана в качестве правовой нормы...»); C. Santulli, *Introduction au droit international* (Paris, Pedone, 2013), p. 45 (“the classic doctrine of the two elements of custom: practice, which is the material element, and compliance or *opinio juris*, which is the voluntary (or ‘psychological’) element”).

³⁸ См., например, L. Millán Moro, *La “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990); H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), chap. III («Традиционными критериями в международном праве в плане признания того или иного имеющего обязательную силу обычая являются наличие в достаточном объеме государственной практики ... и что это должно сопровождаться или подтверждаться доказательствами, которые традиционно называются *opinio juris* или *opinio juris sive necessitatis*»).

³⁹ Например, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2nd ed. (Brussels, Bruylant, 2014), chap. 1; for an earlier edition in English, см. O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Oxford, Hart, 2010), chap. 1.

⁴⁰ Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 27 (см. сноску 37 выше).

⁴¹ Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57 (см. сноску 37 выше).

⁴² См. A/CN.4/663, пункты 97–101.

⁴³ Лондонское заявление о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права, и сопроводительный комментарий приняты резолюцией 16/2000 о формировании общего международного обычного права 29 июля 2000 года на шестьдесят девятой конференции Ассоциации международного права, состоявшейся в Лондоне 25–29 июля 2000 год»; см. также A/CN.4/663, пункты 89–91.

⁴⁴ В Лондонском заявлении о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права, говорилось о «предполагаемой необходимости “субъективного элемента”» (см. введение, пункт 10 и Часть III).

⁴⁵ См. также O. Sender and M. Wood, “The emergence of customary international law: between theory and practice”, in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Y. Radi and C. Brölmann, eds. (forthcoming) («двухэлементный подход ...

28. В первом докладе был поднят вопрос о том, могут ли в разных областях существовать разные подходы к выявлению норм международного обычного права⁴⁶. Например, в литературе высказывались мнения⁴⁷ (которые иногда повторяли на практике)⁴⁸ о том, что в таких областях, как, например, международное право прав человека, международное гуманитарное право и международное уголовное право, для выявления международного обычного права достаточно одного элемента, а именно *opinio juris*⁴⁹. Однако правильнее считать,

позволил обеспечить формирование и выявление норм международного права, которые в своем большинстве получили широкое признание, позволяя при этом международному обычному праву сохранять свойственную ему гибкость. Он доказал как свою полезность, так и стабильность и сохраняет свою авторитетность благодаря Статуту Международного Суда, который является обязательным для 193 государств. Другие теории в отношении того, каким образом возникают нормы международного обычного права, по существу отражают политические подходы; как таковые, они могут давать полезную ориентацию, при этом остаются частью политики, а не права»).

⁴⁶ A/CN.4/663, пункт 19.

⁴⁷ Там же, см. сноски 32–34; см. также R. Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 50, No. 2 (2003), pp. 119 and 128 («... пришло время досконально разобраться с теорией обычая и сформулировать различные его виды (а значит, элементы) применительно к различным темам и областям. Не существует какого-то одного международного обычая; налицо множество международных обычаев, общую родственную связь которых еще предстоит вскрыть. Следовательно, необходимо создать новую карту международного обычного права, отражающую различные контуры международной жизни, а не загонять искусственно расширяющееся многообразие этого опыта в прокрустово ложе традиционной практики и *opinio juris*»); Cassese, *International Law*, pp. 160-161 (см. сноску 37 выше) («“Usus” и “*opinio*” как элементы обычного права играют разную роль в разных отраслях международного права, гуманитарного права вооруженных конфликтов ... Вследствие [формулировки оговорки Мартенса] можно логически сделать вывод (который подтверждается практикой) о том, что требование в отношении *практики* государств может и не применяться к формированию принципа или нормы, основанных на законах гуманности или велениях общественного сознания ...»).

⁴⁸ См., например, *Prosecutor v. Kupreškić et al. (Judgement)*, Case No. IT-95-16-T (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), Judgement of 14 January 2000, para. 527 («принципы международного гуманитарного права могут возникать через обычно-правовой процесс в ответ на требования в отношении гуманности или веления общественного сознания, даже когда практика государств невелика или непоследовательна. Другой элемент в форме *opinio necessitatis*, возникающий в результате императивов гуманности или общественного сознания, может оказаться решающим элементом, воздвигающим о возникновении общей нормы или принципа гуманитарного права»); см. также Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 February 2012), para. 93 («В отношении международного обычного права камера Верховного суда считает, что при оценке появления принципа или общей нормы в отношении поведения, которое нарушает законы гуманности или веления общественного сознания, в частности, традиционное требование в отношении наличия «обширной и практически единообразной» практики государств может на самом деле быть менее строгим, чем в других областях международного права, а требование в отношении *opinio juris* может преобладать над “usus” как элементом обычая»).

⁴⁹ Аналогичным образом, было указано, что «в зависимости от вида деятельности и разумности приводимой обычной нормы» можно было бы применять «скользящую шкалу», с помощью которой последовательная практика государств смогла бы устанавливать норму международного обычного права даже безо всяких доказательств признания такой практики в качестве правовой нормы, а четко установленное признание в качестве правовой нормы могло бы устанавливать норму международного обычного права

что это не так⁵⁰. С другой стороны, двухэлементный подход может по-разному применяться в разных областях (или, точнее говоря, в отношении различных видов норм): например, «для целей ... [конкретного] случая наиболее значимая практика государств»⁵¹ может быть обнаружена в одном конкретном виде практики, который будет играть «главную роль»⁵². Однако основополагающий

безо всяких доказательств сложившейся практики (см. F. L. Kirgis, Jr., “Custom on a sliding scale”, *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 146-151 (эта модель также касается ситуаций, когда соответственно каждый из элементов существует лишь в «небольшом» количестве).

⁵⁰ См. также заявления, сделанные от имени Израиля, Исламской Республики Иран, Китая, Польши, Российской Федерации, Сингапура и Южной Африки в ходе обсуждения в 2013 году в Шестом комитете работы Комиссии международного права (имеется по адресу <http://www.un.org/en/ga/sixth>), причем все они призвали применять единообразный подход; T. Treves, “Customary International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), para. 3 («Принципиальная особенность, которая отличает нормы обычного международного права, заключается в том, каким образом они возникли и каким образом может быть установлено их существование»); J. Kammerhofer, “Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship”, in *International Law in a Multipolar World*, M. Happold, ed., (New York, Routledge, 2012), pp. 138-157.

⁵¹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 132, para. 73.

⁵² Ibid., at p. 162, para. 4 (Separate Opinion of Judge Keith); см., например, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 582, at p. 614, para. 88 («в современном международном праве защита прав компаний и прав их акционеров и урегулирование связанных с ними споров по сути регулируется двусторонними или многосторонними соглашениями о защите иностранных инвестиций, например, договорами о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонской конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 года, в силу которой был создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, а также контрактами между государствами и иностранными инвесторами. В этом контексте роль дипломатической защиты немного отступает на второй план, поскольку на практике она используется только в редких случаях, когда договорных режимов не существует или когда они не действуют»); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 99 («Прежде чем указывать на определенные принципы и нормы обычного права, возникшие в международном сообществе для целей регулирования гражданских беспорядков, необходимо напомнить об осторожности применительно к нормотворческому процессу в области права вооруженных конфликтов. Когда предпринимается попытка выяснить практику государств с целью установления наличия обычной нормы или общего принципа, трудно и даже невозможно указать на фактическое поведение войск на поле боя для выяснения того, соблюдали они определенные стандарты поведения или игнорировали их. Анализ такого рода является крайне затруднительным, поскольку стороны в конфликте не только, как правило, не пускают независимых наблюдателей (часто даже Международный комитет Красного Креста), но и часто скрывают информацию о фактическом ведении боевых действий; хуже того, часто используется прием дезинформации, с тем чтобы запутать противника, а также общественное мнение и иностранные правительства. Поэтому при оценке формирования обычных норм или общих принципов следует помнить о том, что в силу особого характера данного предмета следует в первую очередь опираться на такие элементы, как официальные заявления государств, военные наставления и судебные решения»); см. также *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 15 July 1999, para. 194; B. Conforti and A. Labella, *An Introduction to International Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2012), 32 («То, какой придается деяниям вес, зависит от содержания нормы международного

подход остается неизменным: оба элемента должны быть налицо. Применение любого другого подхода чревато искусственным разделением международного права на отдельные области, а это противоречило бы его системному характеру⁵³. В любом случае, как будет показано ниже, зачастую трудно рассматривать эти два элемента в отдельности⁵⁴.

29. Все доказательства должны рассматриваться с учетом их контекста⁵⁵. При оценке наличия или отсутствия обоих конститутивных элементов, будь то посредством изучения первичных доказательств или использования субсидиарных средств, необходимо действовать весьма осторожно. Хотя «доказательства могут быть получены [из целого ряда источников]... всегда необходима величайшая осторожность»⁵⁶. Многое зависит от конкретных обстоятельств при определении того, какая практика действительно является относимой и в какой

обычного права. Например, в вопросах выдачи договоры имеют огромное значение, а в вопросах юрисдикционных иммунитетов иностранных государств и органов иностранных государств большее значение имеют решения национальных судов и т.д.». Ср. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 175, 176 and 178 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Решение вопроса о том, существуют ли эти два фактора в процессе формирования обычного права, представляет собой деликатную и сложную проблему... Оценка факторов должна соотноситься с обстоятельствами и поэтому обладать эластичностью; она требует телеологического подхода... Короче говоря, процесс формирования обычного права носит относительный характер и зависит от разных областей права, как я уже указывал выше. Фактор времени, а именно длительность существования обычая, является относительным; то же самое касается фактора объема, а именно практики государств. Необходимо оценивать не только каждый фактор формирования обычного права в зависимости от случая и обстоятельств, но и формирование в целом должно рассматриваться как органичный и динамичный процесс. Мы не должны формально подходить к анализу условий, необходимых для обычного права, забывая при этом о социальной необходимости, а именно о важности целей и задач, которые должны быть реализованы с помощью такого обычного права»).

⁵³ Как подчеркивалось в начале исследования 2006 года относительно фрагментации, «международное право является правовой системой» (A/61/10, глава XII, пункт 251, вывод (1)). Кроме того, «когда суды игнорируют традиционные требования в отношении международного обычного права или не подвергают их подробному анализу, они рискуют молчаливо поддержать то, что принято называть поспешным провозглашением новых норм права»... [В таких случаях] практически не уделяется внимания тонкостям согласия государств или вероятности соблюдения таких скороспелых норм» (сноски опущены) (A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 285).

⁵⁴ См. также H. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 62 (см. сноску 38 выше) («Практика и *opinio juris* вместе дают необходимую информацию для того, чтобы убедиться, существует ли обычная норма, однако роль каждого элемента — практики и *opinio* — не изучается в отдельности; они дополняют друг друга»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, introduction, para. 10(c) («Часто по сути трудно и даже невозможно разъединить эти два элемента»).

⁵⁵ См. также *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200 («В дипломатической переписке можно обнаружить отдельные выражения, которые, если их рассматривать вне контекста, могли бы быть восприняты как признание притязаний Соединенных Штатов на осуществление консульской юрисдикции или иных капитуляционных прав. С другой стороны, Суд не может игнорировать общую тональность переписки...»).

⁵⁶ J. L. Kunz, «The Nature of customary international law», *American Journal of International Law*, vol. 47, No. 4 (1953), p. 667.

мере она действительно признана в качестве правовой нормы⁵⁷, и разные доказательства могут иметь разный вес. Например, «особо значимыми являются примеры из практики, которые идут вразрез с интересами государства, из которого они поступают, или которые влекут за собой значительные расходы в политическом, военном, экономическом и ином отношениях, поскольку здесь меньше вероятность того, что они отражают соображения политической целесообразности, вежливости и т.д.»⁵⁸. Аналогичным образом весомым фактором является и та тщательность, с которой сделано то или иное заявление; меньшую значимость могут иметь спонтанные замечания, прозвучавшие в острый момент.

30. Определение того, существует ли норма международного обычного права, представляет собой поиск «практики, которая... приобрела настолько широкое признание государств, что теперь может рассматриваться как требование в соответствии с общим международным правом»⁵⁹. Такая задача может представлять собой «напряженный и сложный процесс»⁶⁰, не в последнюю очередь потому, что «применительно к любой предполагаемой норме обычного права должно быть [безусловно] доказано, что она является действительной нормой международного права, а не просто неким неподтвержденным предложением»⁶¹. Как указывается ниже, при выполнении этой задачи «насуточно необходимо соблюдать осторожность и баланс не только при определении правильного сочетания того, что государства говорят и делают, чего хотят и во что верят, но также в плане учета двусмысленностей, которыми изобилуют многие практические примеры»⁶².

⁵⁷ См. также Treves, "Customary international law", para. 28 (см. сноску 50 выше) ("[практические примеры] способствуют определению того, что представляет собой международное обычное право в конкретный момент. При выполнении этой задачи насуточно необходимо соблюдать осторожность и баланс не только при определении правильного сочетания того, что государства говорят и делают, чего хотят и во что верят, но также в плане учета двусмысленностей, которыми изобилуют многие практические примеры").

⁵⁸ Treves, "Customary international law", para. 30.

⁵⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 83, para. 204.

⁶⁰ E. Petrič, "Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia" (forthcoming): см. также the brief by the Governments of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of The Netherlands as amici curiae in support of the respondents in the case of *Esther Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum Co et al*, p.13 (см. сноску 28 выше) («Поэтому методология определения того, что составляет новую норму международного права, ... не является простым вопросом и требует тщательного анализа для установления того, имеются ли необходимые элементы в виде практики государств и opinio juris»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 100, para. 9 (Separate Opinion of Judge De Castro) («Не так легко доказать существование общей практики, признанной в качестве правовой нормы»); Kunz, "The nature of customary international law", p. 667 (см. сноску 56 выше) («Установление того, были ли в конкретном случае выполнены оба условия процедуры определения обычая... представляет собой сложную задачу»).

⁶¹ Shaw, *International Law*, p. 144 (см. сноску 37 выше).

⁶² Treves, "Customary international law", para. 28 (см. сноску 50 выше). См. также Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 279 (см. сноску 53 выше) («применение критериев для выявления обычая не является научным процессом, точность которого может быть измерена. Он, скорее требует, оценки факторов и доводов»); P.W. Birnie and A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press,

31. В свете вышеизложенного предлагается следующий проект заключения:

Проект вывода 3

Основной подход

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

Проект вывода 4

Оценка доказательств

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства.

V. Всеобщая практика

32. Практика⁶³, часто называемая «материальным» или «объективным» элементом, играет «принципиально важную роль» в формировании и выявлении международного обычного права⁶⁴. Ее можно рассматривать как «сырой материал» международного обычного права, поскольку последнее возникает из практики, которая «и определяет, и ограничивает его»⁶⁵. Такая практика состоит из «материальных и очевидных»⁶⁶ деяний субъектов международного права, и именно эти «эпизоды поведения»⁶⁷ могут образовывать «прецедентную ткань»⁶⁸, в которой можно разглядеть поведенческую модель.

2002), p. 16 («выявление обычного права всегда было и остается особо проблематичным процессом, для которого необходим навык, рассудительность и значительный объем исследовательской работы»).

⁶³ Практику иногда также называют «обыкновением», “usus”, “consuetude” или “diuturnitas”, используя эти термины как взаимозаменяемые.

⁶⁴ Как отметил Международный Суд в деле, касающемся военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против нее, «будучи обязан в силу статьи 38 своего Статута применять, среди прочего, международный обычай «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», Суд не может игнорировать принципиально важную роль, которую играет всеобщая практика» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 97–98, para. 184).

⁶⁵ См. особое мнение судьи сэра Перси Спендера по делу, касающемуся права на проход по индийской территории (существо дела), *Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 99 («Надлежащий способ оценки содержания и объема любого такого обычая, если таковой будет установлен, заключается в рассмотрении практики, которая как таковая и определяет, и ограничивает его. Первым элементом обычая является постоянная и единообразная практика, которая должна быть выявлена до того, как будет определен обычай»).

⁶⁶ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), sect. 110) (где «обыкновение» названо конститутивным элементом международного обычного права, цитируется по A.A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Ithaca, Cornell University Press, 1971), p. 49).

⁶⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 108, para. 207; см. также

33. От «всеобщей практики» к «практике государств». Государства продолжают оставаться главными субъектами международного права⁶⁹. Практика государств выполняет в международном праве несколько важных функций, в том числе последующая практика как элемент (или средство) толкования договоров согласно статьям 31.3(b) и 32 Венской конвенции о праве международных договоров⁷⁰. Именно поведение государств имеет первостепенное значение для формирования и выявления международного обычного права, поэтому материальным элементом международного обычного права часто называют «практику государств», т.е. поведение, которое присваивается государствам⁷¹. «Фактиче-

определение Вейсбурда: «различные виды деятельности... практика означает именно это» (A.M. Weisburd, "Customary international Law: The Problem of Treaties", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, No. 1 (1988), p. 7).

⁶⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 329 (Separate Opinion of Judge Ammoun); см. также *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949*: I.C.J. Reports 1949, p. 4, at pp. 83 and 99 (Dissenting Opinion of Judge Azevedo) («Обычай возникает из признанных прецедентов... [Международное обычное право требует] наличия значительных или постоянных фактов, которые могли бы оправдать предположение о том, что государства согласны признавать обычную [норму]»); *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 175 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) (где говорится об «обыкновении, или непрерывном повторении одних и тех же деяний... Оно представляет собой количественный фактор обычного права»); B. Stern, 'Custom at the Heart of International Law', *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, 2001, pp. 89 and 95 («весьма широко признано, что материальный элемент заключается в повторении определенного числа фактов в течение определенного периода времени, причем эти разные переменные изменяются в зависимости от различных ситуаций»).

⁶⁹ См. также C. Walter, 'Subjects of International Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>).

⁷⁰ В настоящее время рассматривается Комиссией в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»: см., в частности, проекты выводов 4(2) и 5 (A/68/10, глава IV, раздел C); см. также A.M. Weisburd, 'The International Court of Justice and the Concept of State Practice', *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, No. 2 (2009), pp. 295 and 299 (где отмечается, что «Значение практики государств в международном праве трудно переоценить»); W.J. Aceves, 'The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), pp. 995–1068; C. Parry, 'The Practice of States', *Transactions of the Grotius Society*, vol. 44 (1958), pp. 145 and 165 («Мы обращаемся к практике государств, так сказать, для выявления новых норм в новых темах международного права или изменений в ранее существовавших нормах»).

⁷¹ См. также M. Wood and O. Sender, 'State Practice', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>); Y. Dinstein, "The interaction between customary law and treaties", in *Collective Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 322 (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 242 and 266 («Общая практика, составляющая *font et origo* международного обычного права, есть по существу практика государств»); M.H. Mendelson, "The formation of customary international law", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 155 and 201 («то, что обычно традиционно называется практикой государств... есть, говоря точнее, практика субъектов международного права»)). Относительно исторического развития доктрины практики государств в качестве основы международного обычного права см. A. Carty, "Doctrine versus State practice", in *The Oxford Handbook of the History of International Law*, B. Fassbender and A. Peters, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 972–996.

ская практика государств... есть выражение или создание обычных норм»⁷². Как постоянно подчеркивает Международный Суд, именно из «практики государств произрастает обычное право»⁷³.

34. *Присвоение практики государствам*. Как и в других случаях, например в случае ответственности государств и последующей практики в связи с толкованием договоров, для того чтобы практика имела значение для формирования международного обычного права, она должна быть присвоена государству⁷⁴. Для этой цели значимыми могут быть действия всех ветвей власти (осущест-

⁷² *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 46, para. 43.

⁷³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 143, para. 101. Таким образом, когда говорят «международная практика», то имеют в виду практику государств: см., например, *Interpretation of Peace Treaties (Second Phase)*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 221, at p. 242 (Dissenting opinion of Judge Read); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 261 (Separate Opinion of Judge Padilla Nervo), and p. 344 (Dissenting Opinion of Judge Riphagen); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 83 (Separate Opinion of Judge De Castro); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 236 (Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski); *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 432, at p. 554 (Dissenting Opinion of Judge Ranjeva); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 75 and 76 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 170 (Separate Opinion of Judge Keith); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 457.

⁷⁴ См., подготовленные Комиссией статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи, приложение), часть первая, глава II; и проект выводов по последующим соглашениям и последующей практике в связи с толкованием договоров, проект вывода 5 (A/68/10, глава IV, раздел C); см. также I. Brownlie, "Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (Editoriale Scientifica, 2004), pp. 313 and 318 (где говорится со ссылкой на статьи 2001 года (4, 5 и 8), что «аналогичные принципы, без сомнения, должны применяться при выявлении органов и лиц, компетентных делать заявления и представлять материалы, которые могут считаться практикой государств»). Вовсе не обязательно, что правила о присвоении будут одинаковыми в разных контекстах; см., например, H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 1190 («Практика, подтверждающая существование нормы обычного права, должна быть практикой государства, т.е. практикой органов государства, хотя здесь будет применяться иной критерий, чем критерий, применяемый при установлении ответственности государства»).

ляющих исполнительные, законодательные, судебные или иные функции)⁷⁵. Поведение органов государства де-факто, т.е. «тех лиц или структур, которые должны рассматриваться как органы государства в соответствии с международным правом, хотя они не считаются таковыми в соответствии с внутренним правом⁷⁶, также может считаться практикой государства⁷⁷. Это может иметь место «независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицей этого государства»⁷⁸.

⁷⁵ В статье 4 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния говорится, что «поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции...» (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи, приложение); J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (New York, Cambridge University Press, 2013), Part II (Attribution to the state), especially pp. 113–126; см. также *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999*, p. 62, at p. 87 («Согласно широко признанной норме международного права поведение любого органа государства должно рассматриваться как деяние этого государства»); *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, at p. 242; 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 51 («Для данной цели [изучение соответствующей практики государств] Суд изучает поведение органов государственной власти, которые отвечают за правовые отношения в соответствии с международным правом; по общему правилу, таковыми будут правительство или глава государства. Помимо этого, практика государств может также складываться из актов других органов государственной власти, например актов законодательного органа или судов, постольку поскольку их поведение является непосредственно значимым в соответствии с международным правом»); M. Bos, *A Methodology of International Law*, p. 229 (см. сноску 37 выше) («практикой может быть что угодно в пределах юрисдикции государства. Любые действия или в более общем плане квалифицированные как таковые формы поведения могут послужить основой для обычной нормы»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 17 (см. сноску 43 выше). Прежняя позиция, согласно которой практикой государств могут считаться только деяния тех, кто назначен представлять государство во внешних сношениях («международные органы государства») (отстаиваемая, например, в издании *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 47 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1934), pp. 313–315), более не является общепринятой.

⁷⁶ P. Palchetti, “De facto organs of a State”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>).

⁷⁷ См. также K. Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht — Festschrift für Rudolf Bernhardt*, U. Beyerlin and others, eds. (Berlin, Springer, 1995), pp. 289 and 305 («конституционные полномочия органов, совершающих деяния, не имеют значения, поскольку постольку поведение с точки зрения иностранных государств, дающих ему оценку с должным старанием и добросовестностью, представляется присваиваемым указанному государству и выражающим или реализующим его позицию в отношении какой-либо нормы обычного права»).

⁷⁸ См. статью 4 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи, приложение). Заявление Комитета Ассоциации международного права, согласно которому в государствах, имеющих федеративную структуру, «действия органов территориального управления в пределах государства, которые не имеют самостоятельной международной правосубъектности, как таковые обычно не являются практикой государств, если только они не осуществляются от имени государства или не были санкционированы («ратифицированы») им» (London

35. Одна из значительных трудностей заключается в подтверждении практики государств. Несмотря на развитие технологии и информационных ресурсов, распространение и обнаружение практики по-прежнему является одним из важных практических вопросов в условиях современного мира⁷⁹. Как указывается в разделе VII ниже, вопрос, который Комиссия рассматривала несколько десятилетий назад под названием «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права», будет вновь рассмотрен в третьем докладе Специального докладчика.

36. Предлагаются следующие проекты выводов:

Проект вывода 5

Роль практики

Требование — как элемент международного обычного права — в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

Проект вывода 6

Присвоение поведения

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции.

37. *Виды практики.* Время от времени звучат заявления о том, что «практикой государства» для целей международного обычного права следует считать только такую практику, которая связана с ситуациями такого вида, который относится к области международных отношений⁸⁰, или с каким-то фактическим инцидентом или эпизодом, который приводится в качестве основания для заявления (в отличие от абстрактных утверждений)⁸¹. Такой подход слишком узок; вполне можно утверждать, что «в международной системе ... каждое деяние

Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 16) (см. сноску 43 выше), не представляется верным.

⁷⁹ S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (London, Oceana Publications, 1984), p. 56 («Доказательства обычного права [по-прежнему носят] разобщенный, неуловимый и в целом несистемный характер»).

⁸⁰ Kunz, "The nature of customary international law", p. 666; London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 9 (см. сноску 43 выше) (где справедливо указывается, однако, что «ответ на вопрос о том, касается ли проблема международно-правовых отношений государства или же относится к сугубо внутренней юрисдикции, зависит от состояния развития международного права и отношений в данный момент»); S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56.

⁸¹ См., например, H.W.A. Thirlway (writing in 1972), *International Customary Law and Codification* (Leiden, Sijthoff, 1972), p. 58 («Практика государств в качестве материального элемента формирования обычая носит — и это следует подчеркнуть — материальный характер: она состоит из деяний государства в отношении конкретного лица, судна, определенного района территории, каждое из которых равносильно утверждению или отклонению притязания в отношении конкретного яблока раздора»).

государства потенциально является законодательным актом»⁸². Такие деяния могут включать как физическое, так и вербальное (письменное и устное) поведение: обратная точка зрения, согласно которой «сами заявления, хотя и могут являться выражением правовой нормы, не могут составлять материальный элемент обычая»⁸³, носит чересчур ограничительный характер⁸⁴. Признание

⁸² Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, p. 31 (см. сноску 67 выше); см. также Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, pp. 313–314 (см. сноску 74 выше) (где говорится, среди прочего, что «материалы, не связанные с внезапными кризисами, с большей вероятностью могут содержать продуманный и последовательный взгляд на право»); V.D. Degan, *Sources of International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), p. 149 (где отмечается, что если некоторые старые авторы ограничивали доказательство обычая теми случаями, которые способны обязать государство на международном уровне, «тем не менее ... обычные нормы могут возникать из согласующихся законодательных или иных односторонних актов ряда государств или что даже некоторые решения национальных судов могут оказывать влияние на практику»).

⁸³ D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 88 (см. сноску 66 выше), (где поясняется, что «государство еще ничего не сделало, когда оно выступило с заявлением; до тех пор пока оно не приняло меры по обеспечению исполнения, заявление не обладает большой ценностью как предсказание о том, что государство фактически сделает»); см. также *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 191 (Dissenting Opinion of Judge J.E. Read) («[Международное обычное право] невозможно установить посредством цитирования случаев, в которых прибрежные государства заявляют обширные притязания, однако не подтверждают их посредством фактического установления суверенитета в отношении иностранных судов нарушителей ... Единственное убедительное доказательство практики государств можно обнаружить в арестах, когда прибрежное государство устанавливает свой суверенитет в отношении конкретных вод, арестовывая иностранное судно или отстаивая свою позицию в ходе дипломатических переговоров и международного арбитража»); A. D’Amato, “Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, No. 3 (1988), p. 465 («то, что правительства говорят, есть в лучшем случае теоретические выкладки в отношении международного права, но не само международное право»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 42 (см. сноску 6 выше) («обычай возникает из актов поведения, а не из обещаний совершить такие акты»); G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), p. 108. Давнюю и крайнюю позицию см. Conradie J in *S v. Petane*, 1988 (3) SA 51 (C), at 59F-G, 61D-E (Cape Provincial Division, South Africa) («международное обычное право основано на практике, а не на слове ... Практику государств следует искать в том, что государства сделали на самом деле в суровых условиях бурлящего мира, а не в том, что их представители заявляют в идеологически раскаленной обстановке Организации Объединенных Наций, где выражение негодования, судя по всему, часто заменяет конкретные дела»).

⁸⁴ См. также M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd ed. (The Hague, Kluwer Law International, 1997), pp. 19–20 («вербальные акты вполне можно считать практикой государств. Во-первых (и что важнее всего) ... сами государства, а также суды рассматривают комментарии, сделанные на конференциях в качестве конститутивного элемента практики государств»); Parry, “The practice of States”, p. 168 (см. сноску 70 выше) («довольно часто практически не наблюдается различия между тем, что государство делает, и тем, что оно говорит, поскольку его действия могут заключаться только в его заявлениях»); M. Akehurst, “Custom as a source of international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 47, No. 1 (1977), pp. 1 and 53 («Практика государства означает любое деяние или заявление государства, из которого можно сделать вывод о мнениях относительно обычного права»); R. Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), pp. 341 and 342 («даже если кто-то попытается провести четкое разграничение между «фактической» практикой и другими формами практики (нефактической?), это будет не просто, а иногда и вообще невозможно»); R. Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, in *Collected Courses of*

такой точки зрения может также рассматриваться как поощрение конфронтации, а в некоторых случаях даже применения силы⁸⁵. В любом случае представляется бесспорным, что «способы коммуникации между государствами расширились. Излюбленные «реальные» акты стали менее частыми, поскольку международное право, и в частности Устав Организации Объединенных Наций, устанавливают все больше ограничений для государств в этом отношении»⁸⁶. Кроме того, «термин «практика» (согласно статье 38 Статута Международного Суда) довольно широк (и потому соответствует гибкости самого обычного права) и охватывает любые деяния или поведение государства, и не совсем понятно, в каком отношении вербальные акты, исходящие от государства, будут ущербными, и поэтому их нельзя будет присвоить поведению этого государства»⁸⁷. В то же время, как будет показано ниже, необходимо проявлять осторожность при оценке того, что государства (и международные организации) говорят: словам не всегда можно верить.

the Hague Academy of International Law, vol. 205 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1987), pp. 247, 265 and 267 («Часто также говорят, что только фактические поступки, а не слова, представляют собой соответствующую практику государств ... Слова, декларации, сообщения, даже сигналы должны быть включены в большое разнообразие видов практики, которая может составлять обычное право ... юридически неприемлемо исключать сообщения, написанные и сказанные слова, из области практики государств. Не существует предельного количества актов государств или практики государств, которые исключительно необходимы или имеют решающее значение для создания или вступления в силу обычного права. С другой стороны, следует признать, что вербальные заявления не могут создавать обычных норм, если реальная практика от них отличается»); K. Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, p. 810, at p. 812 («практика государств состоит из их деяний и реакций. Это «процесс взаимодействия». Это не означает, что практика государств состоит исключительно из деяний в строгом смысле слова. Слова и бездействие также являются доказательствами поведения государств» (сноски опущены)); R.R. Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», *British Yearbook of International Law*, vol. 41 (1965-1966), p. 275, at p. 300 («Твердое заявление государства в отношении того, что оно считает нормой, является намного более четким доказательством его позиции, чем собранные по кусочкам доказательства деяний этой страны в разное время и в различных обстоятельствах»). Следует также напомнить в этом контексте слова из Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права, международного права, где признается, что практикой государств считаются «вербальные акты, а не только физические акты государств», стр. 13 и 14 английского текста (см. сноску 43 выше): «При определении практики государств ... необходимо учитывать различие между тем, какое поведение считается практикой государств, и какой ему придается вес ... Обсуждение объективного элемента обычая было смазано неспособностью установить такое различие»).

⁸⁵ См. также R. Müllerson, «The interplay of objective and subjective elements in customary law», in *International Law: Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, K. Wellens, ed. (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), pp. 161 and 162 («... если практикой государств были бы только аресты, вторжения, геноцид и другие аналогичные деяния, то тогда в некоторых областях международного права (например, в международном гуманитарном праве) развитию обычного права могли бы способствовать только так называемые «государства-изгои» ... это бы [также] еще более укрепляло роль сильных государств в международном нормотворческом процессе. И наконец, во многих областях международного права лишь несколько государств могут иметь такую [«фактическую»] практику или же государства могут включаться в «фактическую» практику лишь время от времени»).

⁸⁶ Zemanek, «What is 'State practice' and who makes it?», p. 306 (см. сноску 77 выше).

⁸⁷ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 21 (см. сноску 84 выше).

38. После того как и физические, и вербальные акты признаны в качестве форм практики для целей выявления международного обычного права, выясняется, что «различия между «конститутивными актами» и «доказательствами конститутивных актов»... носят искусственный и произвольный характер»⁸⁸. В настоящем докладе мы будем избегать таких различий. Как было отмечено в ходе обсуждений в Комиссии в 2013 году, «материалом [который необходимо изучить для выявления международного обычного права] могут быть доказательства существования обычной нормы, а в других ситуациях это также может быть сам источник практики»⁸⁹. Поэтому «доказательства [того, возникла или не возникла норма международного обычного права] могут иметь различные формы, включая поведение. Значение здесь имеет то, что источник должен быть надежным и недвусмысленным и должен отражать последовательную позицию соответствующего государства»⁹⁰.

39. Практика (и доказательства ее существования) выступает в самых разнообразных формах, поскольку «в своих отношениях и сообщениях... государства не ограничиваются только догматически определенными видами актов. Они используют все формы, которые служат их цели»⁹¹. Сама Комиссия при

⁸⁸ K. Zemanek, "What is 'State practice' and who makes it?", p. 292 (см. сноску 77 выше) (где поясняется, что «одно может скрывать другое» и далее указывается, что «кроме того, о «конститутивном» акте можно было бы никогда не узнать, если бы он не был зафиксирован»); см. также D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 268 (см. сноску 66 выше) («... норма права не есть нечто, существующее в абстракции, как и *opinio juris* не есть нечто, что мы можем потрогать руками. Нормы права и умонастроение проявляются только в виде поведения; они представляют собой обобщения, которые мы делаем, когда обнаруживаем повторяющуюся модель поведения и/или последовательные правовые аргументы. Если мы должны употреблять термин «доказательство», то мы можем сказать, что нормы права проявляются только в «доказательстве»; если это доказательство представляет собой подлинное доказательство нормы права, тогда оно является прямым проявлением самой нормы. Доказательство является необходимым, а не случайным компонентом нормы. Однако ввиду путаницы, возникающей в результате употребления термина «доказательство», этот термин наряду с термином «источники» лучше отнести к области контрпродуктивной терминологии»).

⁸⁹ См. A/CN.4/SR.3183, выступление г-на Хмуда.

⁹⁰ Brownlie, "Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom", p. 318 (см. сноску 74 выше) (выделено автором настоящего доклада); см. также Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 58 (см. сноску 37 выше) («такие доказательства [полагаемого обычая] безусловно будут обширными, а также разнообразными. Существуют разнообразные обстоятельства, когда лица, не действующие или выступающие от имени государства, совершают действия или делают заявления, которые прямо содержат или подразумевают мнения по какому-либо вопросу международного права. Любое такое действие или заявление может само по себе являться доказательством того, что обычай — и, следовательно, норма международного права — существует или не существует. Однако его ценность как доказательства естественно будет определяться в целом в зависимости от случая и обстоятельств»).

⁹¹ K. Zemanek, "What is 'State practice' and who makes it?", p. 299 (см. сноску 77 выше). Кроме того, «нет такой нормы международного права, которая бы описывала фактические обстоятельства, наступление которых ведет к формированию обычая... нет таких конкретных фактических элементов, только наступление которых доказывает существование нормы»: L. Fumagalli, "Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom", in *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, N. Boschiero and others, eds. (The Hague, Asser Press, 2013), pp. 137 and 146.

оценке практики для цели выявления норм международного обычного права полагается на самые разнообразные материалы⁹².

40. Некоторые авторы составили перечень основных форм, в которые может быть облечена практика. Например, в работе Броунли «Принципы международного публичного права» содержится следующий исчерпывающий перечень: «дипломатическая переписка, политические заявления, пресс-релизы, заключения официальных юридических советников, официальные руководства по правовым вопросам (например, руководства по военному праву), решения и практика исполнительной власти, распоряжения по вооруженным силам (например, правила ведения боевых действий), комментарии правительств по проектам и соответствующим комментариям Комиссии международного права, законодательство, решения международных и национальных судов, декларативные положения договоров и других международных документов (особенно когда они имеют форму «все государства»), ряд аналогичных международных договоров, практика международных органов и резолюции органов Организации Объединенных Наций, в частности Генеральной Ассамблеи, по правовым вопросам»⁹³.

41. С учетом неизбежности перемен, как политических, так и технологических, и их темпов попытка представить исчерпывающий перечень этих «материальных источников» международного обычного права не является ни возможной, ни желательной: как и в 1950 году, Комиссии нецелесообразно «перечислять все многочисленные категории материалов, в которых раскрывается практика государств в связи с каждой из многих проблем, возникающих в меж-

⁹² A/CN.4/659, пункт 22, замечание 7 («При оценке практики государств для цели выявления нормы международного обычного права Комиссия полагается на самые разнообразные материалы»).

⁹³ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24 (см. сноску 37 выше) (сноски опущены); автор говорит далее, что «ценность этих источников неодинакова и будет зависеть от конкретных обстоятельств. Существуют и другие перечни, например в издании L. Ferrari Bravo, "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 192 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1985), pp. 233 and 257–287; M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 17 (см. сноску 84 выше); A. Pellet, "Article 38", pp. 815–816 (см. сноску 17 выше). Ирландия опубликовала аналогичный перечень на веб-сайте своего министерства иностранных дел: «в отсутствие договора, регулирующего отношения между двумя или несколькими государствами в отношении того, что является правом, или иными словами, практика государств в сочетании с признанием того, что определенный вид практики является обязательным, если он достаточно распространен и последователен, такая практика и консенсус могут составлять международное обычное право. Доказательствами существования обычая могут служить следующие источники: дипломатическая переписка; заключения официальных юридических советников, заявления правительств; резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций; комментарии правительств по проектам, подготовленным Комиссией международного права; решения национальных и международных судов»; см. также *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany* (Case No. 6/2002), in *International Law Reports*, vol. 129, H. Lauterpacht and others, eds. (Cambridge, Cambridge University Press, 2007), pp. 525 and 528, para. 9; K. Wolfke, "Some persistent controversies regarding customary international law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24, 1993, pp. 1 and 15 («Что касается этих путей и способов доказывания того, что обычай уже существует, то исчерпывающий перечень руководящих указаний составить невозможно»).

дународных отношениях»⁹⁴. В то же время может оказаться полезным указать некоторые из основных видов практики, на которые опираются государства, суды и трибуналы и которые используются в специальной литературе. Таким образом, нижеследующий перечень не является исчерпывающим; более того, некоторые из приведенных ниже категорий частично совпадают, так что тот или иной конкретный пример или вид практики государств может попадать более чем в одну из них:

а) Физические действия государств, т.е. их поведение «на местах»⁹⁵. К примерам такой практики может относиться проход судов по международным водным путям⁹⁶, проход по территории⁹⁷, задержание рыболовных судов; предоставление дипломатического убежища⁹⁸; поведение на поле боя или при проведении операций; или проведение ядерных испытаний в атмосфере или развертывание ядерных вооружений⁹⁹;

б) Акты исполнительной власти. К таковым могут относиться указы и постановления¹⁰⁰ и другие «административные меры»¹⁰¹, а также официальные заявления правительства, такие как декларации¹⁰², прокламации¹⁰³, заявления правительства в парламенте¹⁰⁴, позиции, выраженные государствами в национальных или международных судах и трибуналах (в том числе меморандумы

⁹⁴ *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II (United Nations publication, Sales No. 1957.V.3), p. 368.

⁹⁵ Судья Дж.Э. Рид сослался на «фактическое утверждение суверенитета» в своем особом мнении по делу о рыболовных промыслах, решение от 18 декабря 1951 года, *I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 191; см. также сноску 83 выше.

⁹⁶ *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 99 (Dissenting Opinion of Judge Azevedo).

⁹⁷ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 40–41.

⁹⁸ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.

⁹⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (Separate Opinion of Judge Petřén); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel).

¹⁰⁰ См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104 and 107 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun).

¹⁰¹ См., например, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 280 (Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor).

¹⁰² См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 295 (Separate Opinion of Judge Ranjeva); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 3, at p. 43 (Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84 (Separate Opinion of Judge De Castro).

¹⁰³ См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104, 105, 107 and 126 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84 (Separate Opinion of Judge De Castro).

¹⁰⁴ См., например, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 197 (Separate Opinion of Judge Jessup).

государств в качестве *amicus curiae*)¹⁰⁵, и заявления на международном уровне¹⁰⁶;

с) Дипломатические акты и корреспонденция¹⁰⁷. В их число входят протесты против практики других государств и других субъектов международного права. Дипломатическая корреспонденция может существовать в различных формах, включая вербальные ноты, циркулярные ноты, ноты, составленные в третьем лице, и даже неофициальные документы;

d) Законодательные акты. Начиная с конституций и заканчивая законопроектами¹⁰⁸, «законодательство является одним из важных аспектов практики государств»¹⁰⁹. Как отметила в 1926 году Постоянная Палата Международного

¹⁰⁵ См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55; см. также Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, p. 315 (сноска 74 выше) («кажется очевидным, что заявления представителей и советников в международных трибуналах составляют практику государств»).

¹⁰⁶ См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 312 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel).

¹⁰⁷ См., например, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 197 (Separate Opinion of Judge Jessup), and pp. 298 and 299 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

¹⁰⁸ См., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 24; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55; *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 220 (Dissenting Opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 105, 107 and 129 (Отдельное мнение судьи Фуада Аммуна, в котором он отмечает, помимо прочего, что «законопроект [представленный в Палату представителей Бельгии,] ... выражает официальную точку зрения правительства. Он представляет собой один из тех актов в рамках национального правопорядка, которые в надлежащих случаях должны приниматься во внимание при признании существования обычая»), and p. 228 (Dissenting Opinion of Judge Lachs); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment of the Court, I.C.J. Reports 1973, p. 3, at p. 44 (Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo), and *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 51 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda), and p. 84 (Separate Opinion of Judge De Castro); Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, paras. 87, 91–98 (см. STL Casebook); *Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, p. 13, at para. 18; *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alema* (Brazilian Federal Supreme Court), Apelação Cível No. 9.696-3/SP, 31 May 1989, pp. 4–5; *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC*, in the Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, Final Appeal Nos. 5, 6 & 7 of 2010 (Civil), 8 June 2011, para. 68 («Как бы то ни было, та или иная норма внутреннего права в любой конкретной юрисдикции может как происходить от нормы международного обычного права, так и предшествовать ей, способствуя закреплению того или иного обычая в качестве нормы международного обычного права»). О конституционных положениях, в частности как о практике государств (и в качестве свидетельства *opinio juris*), см. работы R. Crootoof, “Constitutional convergence and customary international law”, *Harvard International Law Journal* (online), vol. 54, 2013, pp. 195–203.

¹⁰⁹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 310, para. 3 (Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja). Судья

Суда, «с точки зрения международного права и Суда, который является его органом, муниципальные законы являются просто фактами, которые отражают волю и представляют собой деятельность государств точно таким же образом, как юридические решения и административные меры»¹¹⁰. Нелишне напомнить о мнении, выраженном Комиссией в этом контексте в 1950 году, согласно которому «термин «законодательство» употребляется здесь в широком смысле; он обнимает конституции различных государств, постановления их законодательных органов, а также распоряжения и декларации, издаваемые исполнительными и административными органами. Он включает все формы регулятивных актов, издаваемых публичной властью»¹¹¹;

е) Решения национальных судов. Судебные решения и заключения национальных судов могут использоваться как практика государств¹¹² и «ценны как доказательство применения данным государством известной практики, даже если они не могут ни в каком другом смысле служить материалами, сви-

Гайя далее указал: «Это также имеет важное значение в том случае, когда предметом нормы международного права является поведение судебных органов, как, например, осуществление юрисдикции судами».

¹¹⁰ *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Publication of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 7, p. 19.

¹¹¹ *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II (United Nations Publication, Sales No. 1957.V.3, vol. II), p. 370.

¹¹² См., например, *The Case of the S.S. "Lotus"*, Publication of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 10, pp. 28–29; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 24; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 292 (Separate Opinion of Judge Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1964, p. 6, at p. 63 (Separate Opinion of Vice-President Wellington Koo); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 88 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, *Judgment* (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 15 July 1999, paras. 255–270; *Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC (Supreme Court Chamber), 3 February 2012, paras. 223 and 224; *Prosecutor v. Šainović and Others*, Case No. IT-05-87-A, *Judgment* (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 23 January 2014, paras. 1627–1642; *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-A, *Judgment* (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 21 July 2000, Declaration of Judge Patrick Robinson, para. 281; Case No. Up-13/99 (Slovenian Constitutional Court), Decision of 8 March 2001, para. 14; *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* (Austrian Supreme Court), *Judgment* of 10 May 1950, *International Law Reports*, vol. 17, pp. 155 and 157–161; см. также H. Lauterpacht, “Decisions of municipal courts as a source of international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 10, 1929, pp. 65–95; P.M. Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32, No. 2 (2006), pp. 259 and 265–290; A. Roberts, “Comparative international law: the role of national courts in creating and enforcing international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 57 and 62; и лекцию судьи Гринвуда в Британском институте международного и сравнительного права, озаглавленную “The contribution of national courts to the development of international law” («Вклад национальных судов в развитие международного права») (4 февраля 2014 года), доступную в интернете по адресу www.biccl.org/news/view/-/id/201/.

детельствующими о существовании международного обычного права»¹¹³. При оценке решений национальных судов необходимо учитывать место международного права в праве, применяемом различными судами и трибуналами, и специальные положения и процедуры, которые могут существовать на различных внутригосударственных уровнях в целях выявления норм международного обычного права¹¹⁴. Кроме того, «ценность этих решений весьма различна; отдельные решения могут отражать узкие, локальные взгляды или основываться на ненадлежащем использовании источников»¹¹⁵. Решения судов высшей инстанции, разумеется, имеют больший вес. Дела, решения по которым были отменены по тому или иному пункту, скорее всего, более не будут рассматриваться как практика;

f) Официальные публикации в области международного права. Такие публикации включают военные уставы и инструкции для дипломатов¹¹⁶;

g) Внутренние меморандумы должностных лиц государства. Впрочем, зачастую, такие меморандумы не публикуются. В то же время следует иметь в виду, что, как было сказано в другом, но аналогичном контексте, они «не обязательно представляют мнение или политику того или иного правительства и могут быть лишь личным мнением одного гражданского служащего, который счел необходимым выразить другому конкретному гражданскому служащему свое мнение в данный момент; не всегда легко отделить личное от того, что в конечном итоге представляли собой внутренние, частные и конфиденциальные меморандумы в тот период, когда они были написаны»¹¹⁷;

h) Практика в связи с договорами. Ведение переговоров по двусторонним или многосторонним договорам, их заключение и вступление в них, их ратификация и осуществление (как и выдвижение возражений и оговорок) является еще одной формой практики¹¹⁸. Эта практика связана не только с правом

¹¹³ *Yearbook of International Law Commission, 1950, vol. II* (см. сноску 111 выше). В этой связи в работе Кроуфорда *Brownlie's Principles of Public International Law* (см. сноску 37 выше) говорится, что некоторые решения национальных судов «предоставляют косвенные свидетельства практики государства суда по соответствующим вопросам» (р. 41).

¹¹⁴ A/CN.4/663, пункт 84; см. также Moremen, "National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?", pp. 290–308 (см. сноску 112 выше).

¹¹⁵ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 41 (см. сноску 37 выше).

¹¹⁶ См., например, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 30 November 2006, para. 89; *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 341.

¹¹⁷ *Red Sea Islands (Eritrea/Yemen)* arbitration award of the Arbitral Tribunal of the Permanent Court of Arbitration, 9 October 1998, para. 94; см. также Brownlie, "Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom", pp. 316–317 (см. сноску 74 выше).

¹¹⁸ См., например, *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: *I.C.J. Reports* 1955, p. 4, at pp. 22–23; *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*: *I.C.J. Reports* 1951, p.15, at pp. 24–25; *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3, at p. 43 and pp. 104–105, 126 and 128 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, *I.C.J. Reports* 1970, p. 3, at p. 347 (Dissenting Opinion of Judge Riphagen); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports* 1974, p. 3, at p. 26; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1982, p. 18, at p. 79; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1985, p. 13, at pp. 38 and 48; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*,

международных договоров; она также может касаться обязательств, принятых посредством соответствующего международно-правового документа¹¹⁹;

i) Резолюции органов международных организаций, таких как Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, и международных конференций¹²⁰. Это касается главным образом практики государств в связи с

I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 138, para. 89, and p. 143, para. 100; *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at pp. 241–242 (Dissenting opinion of Judge Read); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 292 (Separate Opinion of Judge Guillaume), and pp. 312 and 314 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel); *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at pp. 163–164 (Dissenting Opinion of Judge Sir Arnold McNair); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 220 (Dissenting Opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 41–42, and pp. 55–56 (Separate Opinion of Judge V. K. Wellington Koo), and p. 104 (Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender); *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 192, at p. 223 (Dissenting Opinion of Judge Urrutia Holguín);

Prosecutor v. Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, p. 13, paras. 18–21; Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, paras. 87–89; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (United States Supreme Court, 1900), 686–700; см. также A.M. Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, pp. 1–46 (см. сноску 67 выше) («договоры являются просто еще одной формой практики государств»); A/HRC/22/44, пункт 43.

¹¹⁹ См. также A. D’Amato, “Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd”, p. 462 («Содержание того или иного договора рассматривается как элемент обычая в силу того, что стороны этого договора взяли на себя имеющее обязательную силу обязательство действовать согласно его условиям. Независимо от того, будут ли они впоследствии действовать в соответствии с этим договором, их обязательство действовать подобным образом остается фактом. Соответственно, само обязательство является в обычаяе компонентом “практики государств”»); J. Barboza, “The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly”, in *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda*, C.A. Armas Barea and others, eds. (The Hague, Kluwer Law International, 2000), pp. 1 and 2–3 («Тексты более точно выражают содержание практики, чем действия, особенно в тех случаях, когда эти тексты тщательно составляются группой технических и правовых экспертов»); но см. K. Wolfke, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, in *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers and R. Lefeber, eds. (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), pp. 31 and 33 («Таким образом, договор *per se* не является элементом практики [за исключением, разумеется, обычного договорного права]. Однако он может способствовать признанию сторонами соответствующей правовой нормы»).

¹²⁰ См., например, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 26; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 302–303 (Separate Opinion of Judge Ammoun) («В дополнение я бы отметил, что позиции делегатов государств в международных организациях и на международных конференциях, прежде всего в Организации Объединенных Наций, естественным образом являются частью практики государств... нельзя отрицать, что резолюции, принимаемые этими органами, или участие в проводимых ими голосованиях от имени государств, являются прецедентами, способствующими формированию обычая»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (Особое мнение вице-Председателя Шwebеля, который упоминает «решения Совета Безопасности Организации Объединенных Наций» в разделе «практика государств»); *East Timor (Portugal*

принятием резолюций органов международных организаций или на международных конференциях, а именно голосования за или против них (или воздержание от голосования), и объяснений (если таковые имеются) в связи с такими актами¹²¹. В то же время следует иметь в виду, что «окончательный текст ре-

v. *Australia*), *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, at p. 188 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry) («Различные резолюции Генеральной Ассамблеи, в общих чертах затрагивающие это право, которые помогли сформировать международное публичное право... являются важным материальным источником международного обычного права в этом отношении»). Эта потенциальная роль резолюций имплицитно признается также в резолюции 2125 (2013) Совета Безопасности, в которой подчеркивается, что «настоящая резолюция не должна рассматриваться как устанавливающая нормы международного обычного права» (пункт 13).

¹²¹ См. также R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (London, Oxford University Press, 1963), p. 2 («Организация Объединенных Наций является весьма подходящим органом, наблюдая за которым можно следить за развитием международного права, поскольку международный обычай должен выводиться из практики государств, включающей их международные отношения, о которых свидетельствуют их дипломатические действия и публичные заявления. С развитием международных организаций голоса и позиции государств приобрели юридическое значение в качестве доказательства существования норм обычного права. Более того, практика государств включает их коллективные акты, а также все их индивидуальные акты... Существование Организации Объединенных Наций... в настоящее время обеспечивает весьма четкий и локализованный центр практики государств»); Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, pp. 35 and 42–43 (см. сноску 52 выше) («Резолюции международных организаций также важны для установления существования обычая, будучи *актами государств*, т.е. совокупным выражением воли государств, проголосовавших за эти резолюции... Международные организации наделены определенными элементами международной правосубъектности. Однако применительно к формированию обычного права резолюции организаций должны рассматриваться, скорее, как коллективные действия всех государств, проголосовавших за их принятие, а не как действия самих этих организаций. Это объясняет, почему такие резолюции влияют на формирование обычая только в том случае, если они принимаются единогласно, консенсусом или, по меньшей мере, подавляющим большинством голосов»); I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), pp. 19–20 («Процесс обобщения практики государств опирается на несколько механизмов. Прежде всего свидетельствами практики государств являются резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, затрагивающие правовые вопросы. Так же обстоит дело и с резолюциями конференций глав государств»); *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, p. 19 («в контексте формализации международного обычного права... [резолюцию органа международной организации, включающую заявления относительно международного обычного права,] уместнее всего рассматривать, вероятно, как последовательность вербальных актов отдельных государств-членов, участвующих в этом органе»); но см. I. MacGibbon, «General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», in *International Law: Teaching and Practice*, B. Cheng, ed. (London, Stevens, 1982), pp. 10 and 19 (London, Stevens, 1982), pp. 10 and 19 («хотя резолюции Генеральной Ассамблеи (которые сложно осмысленно рассматривать как практику государств) представляют собой различные формы поведения государств в Генеральной Ассамблее или, скорее, являются их результатом, отражая тем самым своего рода практику государств, речь идет о периферийной и — в контексте развития международного обычного права — в определенном смысле искусственной практике»); H. Meijers, «On international customary law in the Netherlands», in *On the Foundations and Sources of International Law*, I.F. Dekker and H.H.G. Post, eds. (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003), pp. 77 and 84 («Действует ли государство, голосующее за принятие резолюции, к примеру на Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций, как государство или как часть органа Организации Объединенных Наций,

шения международной организации никогда не сможет отразить все предложения и варианты, сформулированные каждой из сторон переговоров... Поэтому не следует чрезмерно полагаться на эти обходные пути и ориентироваться на процессы принятия решений в рамках международных организаций для выявления практики государств»¹²². (Данный вопрос будет более подробно рассмотрен в третьем докладе).

42. *Бездействие как разновидность практики.* Воздержание от совершения действий, известное также как «негативная практика государств»¹²³, также

самостоятельного субъекта международного права? Ответ кажется очевидным: как часть органа Организации Объединенных Наций... [только в том случае, когда] оно объявляет причины, побудившие его голосовать тем или иным образом, или высказывает свою позицию в отношении этой резолюции, мы можем рассматривать это как акт государства»).

¹²² J. Wouters and P. De Man, "International organizations as law-makers", in *Research Handbook on the Law of International Organizations*, J. Klabbers and A. Wallendahl, eds. (Edward Elgar, 2011), pp. 190 and 208 (сноски опущены); см. также R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pp. 23–24 (см. сноску 13 выше) («Резолюции — это лишь одно из проявлений практики государств. Однако в последние годы всепоглощающий интерес прикован к *резолюциям* как к изолированному явлению. Этому сложно найти разумное объяснение или оправдание. Можно лишь предположить, что проще — т.е. требует меньших усилий, меньшей тщательности, менее внимательного анализа, — комментировать правовые последствия той или иной резолюции, чем изучать коллективную практику по определенному вопросу во всех ее комплексных проявлениях. Политические органы международных организаций проводят прения; осуществляют публичный обмен мнениями и объявляют о своих позициях; заявляют оговорки в связи со взглядами, высказанными другими сторонами; готовят проекты договоров, деклараций, имеющих обязательный характер резолюций или кодексов; принимают решения, которые могут предполагать, а могут и не предполагать ту или иную правовую оценку конкретного вопроса. Однако сейчас зачастую рассматривают лишь резолюцию, исключая все остальное»).

¹²³ См., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 144 and 145 (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert); P. Tomka, "Custom and the International Court of Justice", p. 210 (см. сноску 24 выше).

может считаться практикой¹²⁴. Бездействие государств может иметь центральное значение для развития и установления норм международного обычного права, прежде всего в том случае, когда оно представляет собой (или воспринимается как) молчаливое согласие¹²⁵. Этот вопрос предполагается более по-

¹²⁴ См., например, *The Case of the S.S. "Lotus"*, Publication of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 10, pp. 28–29; *Nottebohm Case (second phase)*, *Judgment of April 6th, 1955*: *I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 99 (воздержание от угрозы применения силы против территориальной целостности или политической независимости любого государства как практика); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 253, para. 65 (Суд ссылается на сторонников запрещения, пытающихся апеллировать к «последовательной практике неприменения ядерного оружия государствами»); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 135, para. 77 («Практически полное отсутствие судебной практики, свидетельствующей о противном, также имеет значение, как и отсутствие того или иного заявления государств»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 134 (отдельное мнение судьи Петрена, который ссылается на практику непризнания, отмечая, что этот термин «предполагает не позитивное действие, но воздержание от актов, означающих признание»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952*: *I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 221 (Dissenting Opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 198 and 199 (отдельное мнение судьи Джессапа, который ссылается на отказ Государственного департамента Соединенных Штатов представлять интересы американской компании и на неиспользование Соединенными Штатами определенного аргумента в качестве основания для возражения против иска в межгосударственном споре). Сходные позиции в научной литературе см., например, в работах *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, p. 15; G.I. Tunkin, "Remarks on the juridical nature of customary norms of international law", *California Law Review*, vol. 49, No. 3 (1961), pp. 419 and 421 («Практика государств может заключаться в принятии ими конкретных мер в определенных условиях или, напротив, в воздержании от принятия мер»); S. Sefériadès, "Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, pp. 129 and 143 («... даже негативным актам — актам бездействия — при последовательном повторении свойственно рано или поздно превращаться в обычай, влекущие за собой правовое обязательство не предпринимать тех или иных действий. ... Равным образом и в международном праве, как нам кажется, невозможно не признать, что обязательство государств воздерживаться в отношении представителей других стран от любых действий, посягающих на их личную свободу или неприкосновенность помещения их дипломатических представительств, как и обязательство оккупирующих армий уважать в ходе наземных действий частную собственность врага, происходят из обычаев»); H. Meijers, "How is international law made? — The stages of growth of international law and the use of its customary rules", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, 1978, pp. 3 and 4–5 («бездействие сопутствует действию... отсутствие протеста — отсутствие открытых возражений против выработки новой нормы — является достаточным основанием для создания нормы обычного права (и для обязательства следовать ей)»); J.L. Kunz, "The nature of customary international law", p. 666 (см. сноску 56 выше); M. Mendelson, "The subjective element in customary international law", *British Yearbook of International Law*, vol. 66, No. 1 (1995), pp. 177 and 199 («акты бездействия, если они носят достаточно однозначный характер, вполне могут составлять акты практики государств»).

¹²⁵ См. также Kolb, "Selected problems in the theory of customary international law", p. 136 (см. сноску 47 выше) («Вряд ли будет преувеличением заявить, что обычаем является

дробно рассмотреть в третьем докладе с учетом обсуждения в Комиссии в 2014 году.

43. *Практика международных (межправительственных) организаций.* Это важная область, которая будет более подробно рассмотрена в третьем докладе¹²⁶. С учетом того, что «субъекты права в любой правовой системе necessarily одинаковы по своему характеру или объему прав и их характер зависит от потребностей сообщества»¹²⁷, деятельность международных организаций, которым государства делегировали полномочия, может также способствовать формированию общей практики в областях, в которых эти организации работают, или ее подтверждать¹²⁸. При оценке практики таких организаций следует проводить различие между практикой, касающейся внутренних дел организа-

преимущественно молчание и бездействие, а не действие»); Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, p. 7 (см. сноску 67 выше) («если во всеобщем характере, в смысле принятия позитивных действий большинством государств, нет необходимости, должно быть, возможно, по меньшей мере сделано заключение о молчаливом согласии с соответствующей нормой подавляющего большинства государств»). Даниленко проводит различие между «активными и пассивными обычаями», отмечая, что последние «повышают ценность проявления активных обычаев и становятся таким образом одним из главных факторов в процессе создания общепринятых норм обычного права»: G.M. Danilenko, “The theory of international customary law”, p. 28 (см. сноку 17 выше).

¹²⁶ Ведущей работой в этой области является G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur les processus coutumier* (Paris, Pédone, 2001).

¹²⁷ *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 178.

¹²⁸ См. например, *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 25; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 95 (отдельное мнение Вице-Председателя Вирамантри, который ссылается на «практику международных финансовых учреждений»), см. также A/CN.4/659, стр. 27 («В определенных обстоятельствах для выявления существования нормы международного обычного права Комиссия руководствуется практикой международных организаций. В этой связи рассматриваются различные аспекты практики международных организаций, включая их внешние связи, осуществление ими своих функций, а также позиции, занимаемые их органами по конкретным ситуациям или общим вопросам международных отношений»); Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 31 (см. сноску 37 выше) («концентрация практики государств, которая сложилась на настоящий момент и отражается в работе международных организаций, и коллективные решения и деятельность самих организаций могут быть ценным доказательством всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы в областях, в которых работают эти организации»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 19 («Практика межправительственных организаций самих по себе является формой “практики государств”»); однако см. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pp. 16–17 (см. сноску 84 выше). Для ознакомления с более общей информацией по этой теме см. J. Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law”, в *Customary International Law on the Use of Force: A Methodological Approach*, E. Cannizzaro and P. Palchetti, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), pp. 179–195 (также поднимает вопрос о том, может ли практика ultra vires таких организаций считаться «практикой»); L. Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”, в *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006), pp. 125–141. Разумеется, международные организации могут существенно отличаться друг от друга, и это необходимо учитывать при оценке значимости их практики (см. также комментарий 8 к статье 6 проекта статей Комиссии об ответственности международных организаций (A/66/10, глава V, раздел E).

ции, с одной стороны, и практикой организации, связанной, среди прочего, с ее отношениями с государствами и международными организациями — с другой¹²⁹. Для настоящей целей значение имеет именно эта вторая практика, которая в основном состоит из «оперативной деятельности», которую один автор определил как «деятельность международных организаций по реализации программ, осуществляемую в рамках их миссии в целом или конкретного мандата»¹³⁰. Еще одно важное различие следует провести в этом контексте между практикой органов или других структур, состоящих из представителей государств, и практикой органов, которые состоят из лиц, выступающих в своем личном качестве, поскольку нельзя считать, что последние представляют государства¹³¹. Кроме того, следует проводить различие между «продукцией секретариатов международных организаций и продукцией межправительственных органов международных организаций. В то время как оба вида органов могут быть источником материалов, которые можно использовать в справочных целях... больше значения следует придавать продукции последних, поскольку их авторы также являются основными авторами практики государств»¹³². Хотя высказывалось мнение о том, что «практика международных организаций — это кратчайший путь для поиска обычных норм»¹³³, при оценке их практики необходимо проявлять крайнюю осмотрительность¹³⁴. Соображения, которые применяются к практике государств, могут также применяться к практике международных организаций, и настоящий доклад следует читать в этом свете.

44. Практика таких международных организаций (например, Европейского союза), которым государства-члены иногда передают исключительные полно-

¹²⁹ Например, управление территорией или осуществление операций по поддержанию мира. Действительно, такая практика уже не считается ограниченной «отношениями между государствами и организациями» (*Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 372) (см. сноску 111 выше).

¹³⁰ I. Johnstone, "Law-making through the operational activities of international organizations", *George Washington International Law Review*, vol. 40, No. 1 (2008), pp. 87 and 94 (однако рассматривает такую деятельность в несколько ином контексте; и добавляет, что эта деятельность «отличается от более явно выраженных нормативных функций международных организаций, таких как заключение договоров или принятие резолюций, деклараций и положений межправительственными органами»).

¹³¹ В этой связи и работа Комиссии, которая часто используется в качестве вспомогательного средства для определения наличия или отсутствия какой-либо нормы международного обычного права, «не может быть приравнена к практике государств или доказательству наличия *opinio juris*» (H. Thirlway, "Law and procedure, part two", *British Yearbook of International Law*, vol. 61 (1990), pp. 1 and 59–60).

¹³² Как это предложил г-н Тлади в своем выступлении в ходе прошлых прений в Комиссии (см. A/CN.4/SR.3182, 18 июля 2013 года).

¹³³ J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 592 (поясняет, что «современное использование видов доказательств существования обычая, создаваемых международными организациями, может рассматриваться ... в качестве относительно более справедливого подхода к поиску этого источника права, даже если это происходит за счет того, что иногда больше внимания уделяется заявлениям государств, а не их действиям, как, например, утверждают критики, в случае резолюций Генеральной Ассамблеи»).

¹³⁴ См. также Wouters and P. De Man, "International organizations as law-makers", p. 208 (см. сноску 122 выше) («Таким образом, не следует забывать о том, что нельзя ставить знак равенства между практикой международных организаций и практикой государств. Вопрос о том, могут ли действия международных организаций быть присвоены сообществу государств в целом, является сложным вопросом, и ответ на него зависит от ... различных факторов»).

мочия, может быть приравнена к практике государств, поскольку в определенных областях такие организации действуют от имени государств-членов¹³⁵. Это относится к деятельности таких организаций независимо от ее вида, будь то исполнительная, законодательная или судебная деятельность. Если не ставить знак равенства между практикой таких международных организаций и практикой государств, то фактически это будет означать не только то, что практика определенной организации не будет считаться практикой государств, но и то, что государства-члены будут лишены возможности вносить вклад в практику государств в случаях, когда государства-члены делегировали этим организациям некоторые публичные полномочия, или эта возможность будет ограничена.

45. *Роль других негосударственных субъектов.* Иногда высказывается мнение, согласно которому следует признать, что деятельность «других негосударственных субъектов», таких как неправительственные организации и даже отдельные лица, способствует развитию международного обычного права¹³⁶. Не-

¹³⁵ См. также заявление от имени Европейского союза (A/C.6/68/SR.23, пункт 37 («На международной арене ЕС действует исходя из полномочий, делегированных ему в соответствии с его учредительными договорами. Он является, наряду с государствами, договаривающейся стороной многих международных соглашений. Более того, в некоторых сферах, подпадающих под действие международного права, он обладает исключительной компетенцией. Эти особенности позволяют ему играть особую роль в формировании международного обычного права, и проводимая им практическая деятельность может внести непосредственный вклад в эту работу»)); см. также F. Hoffmeister “The contribution of EU practice to international law” в *Developments in EU External Relations Law*. M. Cremona, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 37–128; Wood and Sender, “State practice”, paras. 20–21 (см. сноску 71 выше); E. Paasivirta and P. J. Kuijper, “Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36. No. 1 (2005), pp. 169 and 204–212. Г-жа Якобсон также высказала мнение о том, что «нельзя игнорировать ... [] практику международной организации, если эта организация обладает компетенцией принимать законодательство по определенному вопросу. Такую практику нельзя считать только мнением этой организации по международному обычному праву. Она может быть приравнена к практике государств» (A/CN.4/SR.3184). Но см. J. Vanhamme, “Formation and enforcement of customary international law: the European Union’s contribution”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39, 2008, pp. 127 and 131 («Акты ЕС [Европейского сообщества] составляют практику ЕС [Европейского союза]. Говорить о них как о практике государств [т.е. присваивать их государствам-членам] было бы равносильно отрицанию одной из основных характеристик Европейского сообщества, а именно его автономного функционирования на основе законодательных, исполнительных и судебных полномочий, делегированных ему государствами-членами. Кроме того, международно-правовая практика Европейского сообщества реально представляет собой *opinio juris* всех 27 государств-членов [которые взяли на себя обязательство безусловно принимать его решения как имеющие для них обязательную юридическую силу]»).

¹³⁶ Для ознакомления с таким динамичным видением «участия» в международном нормотворчестве или призывом сделать такие процессы «всеохватными» см., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 155 (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert) («в настоящее время мнение гражданского общества ... нельзя полностью сбрасывать со счетов при формировании международного обычного права»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at pp. 69–70 and 74 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun) («главным фактором в формировании обычной нормы, в рамках которой признается право народов на самоопределение ... [может быть] борьба народов [за самоопределение] до того, как они

которые авторы напоминали в этой связи о том, что «в соответствии со статьей 38 Статута Международного Суда не требуется, чтобы обычай ... соблюдался или признавался только «государствами», как это требуется в соответствии с той же нормой в отношении конвенций. Таким образом, в принципе, практика может создаваться государственными и негосударственными субъектами»¹³⁷. Однако правильнее считать, что, хотя отдельные лица и неправительственные организации действительно могут «играть важную роль в поощрении международного права и его соблюдении»¹³⁸ (например, путем поощрения практики государств посредством возбуждения в национальных судах международных исков или содействия при оценке такой практики), их действия не являются «практикой» для целей формирования или доказательства существования международного обычного права¹³⁹.

[теперь члены международного сообщества] были признаны в качестве государств. ...Если существует какая-либо «всеобщая практика», которую бесспорно можно считать правом по смыслу подпункта (b) пункта 1 статьи 38 Статута Суда, то она, безусловно, должна состоять из сознательных действий самих народов, которые ведут решительную борьбу»); *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at p. 100 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd ed. (New Haven, Yale University Press, 2000), p. 344 («акцент на «государствах» нереалистичен ... соответствующие модели поведения распространяются ... также на модели поведения частных лиц и представителей неправительственных организаций»); D. Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3, 1995, pp. 105 and 108 (где идет речь о поведении государств и «международных организаций, транснациональных корпораций и других неправительственных групп»); I. Gunning, «Modernizing customary international law: the challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, 1991, pp. 211 and 212–213 («В частности, в этой статье, где ставится под вопрос всеобъемлющий характер традиционных формулировок национального суверенитета, будет изучена перспектива предоставления транснациональным и неправительственным группам права голоса в правовом смысле при создании обычая»); C. Steer, «Non-State actors in international criminal law», в *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*. J. d'Aspermont, ed. (London, Routledge, 2013), pp. 295–310 (где утверждается, что в международном уголовном праве именно такие негосударственные субъекты, как неправительственные организации, судьи и юристы, определяют нормативное содержание); J. J. Paust, «Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion», *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, No. 4 (2011), pp. 977–1004; A. Roberts and S. Sivakumaran, «Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law», *Yale Journal of International Law*, vol. 37, № 1 (2012), pp. 107–152; и W.M. Reisman, «The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application», в *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum and V. Röben eds. (Berlin, Springer, 2005), pp. 15–30.

¹³⁷ J.P. Bohoslavsky, Y. Li and M. Sudreau, «Emerging customary international law in sovereign debt governance?», *Capital Markets Law Journal*, vol. 96, No. 1 (2013), pp. 55 and 63. Барон Декам в своем первоначальном предложении в отношении норм, которые должны применяться Постоянной Палатой Международного Суда, назвал обычай «практикой между государствами, принятой ими в качестве правовой нормы»: см. K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 3 (см. сноску 6 выше).

¹³⁸ T. Buergenthal and S.D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th ed. (St. Paul, Minnesota, West, 2013), p. 75.

¹³⁹ Ср. вывод 5, пункт 2, проектов выводов Комиссии о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров (A/68/10, глава IV, раздел C, пункт 38): «Другое поведение, в том числе со стороны негосударственных субъектов, не

46. Хотя в том, что касается существования норм международного обычного права и их формулирования, решения международных судов и трибуналов не являются «практикой»¹⁴⁰, такие решения играют важную роль в качестве

представляет собой последующей практики в силу статей 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора», см. также заявления от имени Израиля и Исламской Республики Иран в ходе обсуждения в Шестом комитете в 2013 году работы Комиссии международного права (можно ознакомиться по адресу: www.un.org/ru/ga/sixth); A. C. Arend, *Legal Rules and International Society* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 176 («Хотя негосударственные субъекты существуют и в некоторых случаях эти негосударственные субъекты заключили международные соглашения, эти субъекты непосредственно не участвуют в процессе создания общего международного права. Иными словами, взаимодействие негосударственных субъектов друг с другом и с государствами не создает международного обычного права»); J. d'Aspermont, "Conclusion: inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system", в *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, J. d'Aspermont, ed. (London, Routledge, 2013), pp. 425 and 430; Mendelson, "The formation of customary international law", p. 203 (см. сноску 71 выше) (где высказывается мнение о том, что вклад негосударственных субъектов в формирование международного обычного права есть «в более широком смысле ... косвенный вклад»); Dinstein, "The interaction between customary law and treaties" pp. 267–269 (см. сноску 71 выше); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 16 (см. сноску 43 выше). Что касается предложения некоторых авторов о том, что практика отдельных лиц, таких как рыбаки, признана источником международного обычного права (см, например, Wolfke, "Some persistent controversies regarding customary international law", p. 4 (см. сноску 93 выше), вероятно, было бы точнее считать, что, хотя, «разумеется, нельзя отрицать, что действия отдельных лиц могут создавать определенные факты, которые могут затем стать предметом межгосударственного диалога ... в таких обстоятельствах действия отдельных лиц не составляют практику, создающую право: они представляют собой лишь простые факты, которые порождают международную практику государств» (G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), p. 84); см. также Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 58 (см. сноску 6 выше): «не важно, чье поведение способствует созданию практики; важно то, к кому эта практика может быть отнесена, и, самое главное, кто «принял ее в качестве правовой нормы»; C. Santulli, *Introduction au droit international*, pp. 45–46 (см. сноску 37 выше) («Для того, чтобы быть значимым для целей разработки обычных норм, прецедент должен быть привоен государству или международной организации. Только государства и международные организации действительно участвуют в создании обычая. Поведение отдельных лиц не менее важно, но оно является юридически значимым для оценки формирования международного обычая лишь в плане реакции, которую оно вызвало: принятие или осуждение»).

¹⁴⁰ См. также Mendelson, "The formation of customary international law", p. 202 (см. сноску 71 выше); но см. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 315 (Separate Opinion of Judge Ammoun): «международные прецеденты... считаются элементом [обычая]»; Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 83 («Решения трибуналов, и особенно решения Международного Суда, являются важным элементом практики сообщества»). Ср. L. Kopelmanas, "Custom as a Means of the Creation of International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 18 (1937), pp. 127 and 142 («создание правовых норм в силу обычая в результате действий международного судьи является бесспорным и несомненным фактом»); R. Bernhardt, "Custom and treaty in the law of the sea", p. 270 (см. сноску 84 выше) («В этой формулировке [статьи 38 Статута Международного Суда, в которой судебным решениям отводится функция вспомогательного средства для определения правовых норм] недооценивается роль решений международных судов в процессе нормотворчества. Убедительные и тщательно составленные решения часто имеют весьма важное влияние на

«вспомогательного средства для определения правовых норм»¹⁴¹. В частности, большое значение могут иметь документы Международного Суда¹⁴².

47. *Практика конфиденциального характера.* Значительная часть практики государств, такой как обмен секретной информацией между правительствами, не оглашается, и доступ к ней останется закрытым в течение некоторого времени¹⁴³. Трудно понять, как практика может способствовать формированию или выявлению общего международного обычного права до тех пор, пока она не предана гласности¹⁴⁴. В то же время практика, о которой известно лишь не-

процесс создания норм, даже если в теории суды применяют существующие правовые нормы и не создают новых»).

¹⁴¹ Статья 38.1(d) Статута Международного Суда; см. также A/CN.4/659, стр. 29 и 30 («В ряде случаев Комиссия ссылается на решения международных судебных органов или трибуналов как на документы, авторитетно отражающие статус той или иной нормы международного обычного права» (замечание 15); «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» (замечание 16); и «Иногда Комиссия также использует решения международных судов и трибуналов, включая арбитражные решения, в качестве вторичных источников для целей выявления соответствующей практики государств» (замечание 17)).

¹⁴² Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 19 (см. сноску 121 выше) («решения Международного Суда и других международных трибуналов играют определенную роль в деле признания и подтверждения существования норм международного обычного права»). В качестве недавнего примера см. judgment of the European Court of Human Rights in *Jones and Others v. the United Kingdom* (Applications Nos. 34356/06 and 40528/06), 14 January 2014, para. 198. Cp. Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 145 (см. сноску 6 выше) («... решения и заключения международных судов, особенно Гаагского суда, имеют решающее значение в качестве доказательства существования норм обычного права. Суд ссылается на них почти как на позитивное право»).

¹⁴³ Такую практику конфиденциального характера следует отличать от практики, которая просто труднодоступна. По ряду причин практика может по большей части оставаться незамеченной. Так, например, обстоит дело в тех случаях, когда практика отдельных государств не публикуется в какой-либо широкодоступной форме. Члены Комиссии и государства привлекали внимание к особой проблеме с практикой, в основном доступной на языках, на которых мало кто говорит (что, по сути, касается большинства языков).

¹⁴⁴ См. также Dinstein, “The interaction between customary law and treaties”, p. 275 (см. сноску 71 выше) («Еще одно условие учета поведения государств (если оно должно учитываться при оценке формирования обычной) заключается в том, что оно должно быть транспарентным, с тем чтобы другие государства могли отреагировать на него положительным или отрицательным образом»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 15 (см. сноску 43 выше) («Акты не считаются практикой, если они не являются публичными»). Для ознакомления с более общей информацией о «репрезентативной функции государственной политики, входящей в противоречие с государственной тайной», см. Carty, “Doctrine versus State practice”, pp. 979–982 (см. сноску 71 выше). Мейерс подчеркивает, что «государства соглашаются с созданием права, не высказывая возражений, т.е. не реагируя. Если это так, то заинтересованные государства должны иметь возможность реагировать. Из этого вытекают два дополнительных требования к формированию права: для создания нормы права должно быть возможно указать по крайней мере одно прямое волеизъявление, и это прямое волеизъявление должно быть доступно восприятию всех государств, и, если они не выскажут возражений, будет считаться, что они хотят согласиться с созданием новой нормы» (Meijers, “How is international law made?”, p. 19 (см. сноску 124 выше)); но см. M. Bos, “The identification of custom in international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 25, 1982, pp. 9 and 30 («даже при соответствующем содействии обнаружение доказательств существования [практики государств] иногда может

которым или даже двум государствам, может способствовать разработке региональных, специальных или местных (в отличие от общих) норм международного обычного права, действующих только в отношении этих государств¹⁴⁵.

48. Предлагается следующий проект вывода:

Проект вывода 7

Формы практики

1. **Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербальные действия.**

2. **К видам практики, среди прочего, относятся: поведение государств «на местах», дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.**

3. **Бездействие также может считаться практикой.**

4. **Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой.**

49. *Какая-либо изначально определенная иерархия отсутствует.* Ни один из видов практики а priori не является более важным по сравнению с другим; его значимость зависит от обстоятельств, а также от содержания рассматриваемой нормы¹⁴⁶. Например, принято считать, что «дела говорят громче слов», однако это, безусловно, не касается случая, когда действие будет признано незакон-

представлять собой проблему, поскольку не все случаи из практики будут опубликованы в сборниках и собраниях материалов. В связи с этим мы бы хотели слишком многого, если бы сказали, что помимо характеристик ... [почти полного единообразия, присвоения государствам и обобщенности] практика должна также быть достаточно заметна для других государств, для которых предполагаемая норма обычного права может быть обязательной в будущем»).

¹⁴⁵ Вопрос о региональном/специальном/двустороннем обычае будет рассмотрен в третьем докладе Специального докладчика.

¹⁴⁶ См. также Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 (см. сноску 52 выше) («Эти различные действия не подчиняются какой-либо установленной иерархии: акты национальных судов и исполнительных органов власти, органов, ведающих внешними сношениями, а также представителей в международных организациях имеют равное значение. Вес, придаваемый этим актам, зависит от содержания нормы международного обычного права»); Akehurst, "Custom as a source of international law", p. 21 (см. сноску 84 выше) («Нет никаких весомых оснований придавать больше значения одному виду практики по сравнению с другим»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 157 (см. сноску 6 выше) («Отсутствие каких-либо соответствующих указаний в Статуте [Международного] Суда, а также свобода, которой пользуется Суд в выборе и оценке доказательств обычного права, не дают никаких оснований для закрепления какой-либо официальной иерархии видов таких доказательств»).

ным¹⁴⁷. В то же время во многих случаях в конечном итоге от имени государства в международных делах выступает исполнительная власть¹⁴⁸.

50. *Практику государства следует рассматривать «в ее совокупности»*¹⁴⁹. Это означает, что, во-первых, в расчет следует принимать всю имеющуюся практику конкретного государства. Во-вторых, может оказаться так, что различные органы этого государства выступают с разных позиций. Например, суд или законодательный орган может занять позицию, противоречащую позиции органов исполнительной власти, причем различные точки зрения могут существовать даже в структурах одной и той же ветви власти. Чаще всего это может иметь место, когда речь идет о практике нецентральных органов (например, в федеративном государстве); возможно, необходимо рассматривать подобную практику с осмотрительностью, равно как и решения судов низшей инстанции. Когда в государстве есть несколько точек зрения, его практика выглядит неоднозначно, и подобное положение дел может в значительной степени снизить значимость, придаваемую такой практике¹⁵⁰.

51. Предлагается следующий проект вывода:

¹⁴⁷ См., в частности, решение Международного Суда по делу *Никарагуа* в части, касающейся рассмотрения принципа невмешательства: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 108–109, para. 207; см. также R. Müllerson, (см. сноску 84 выше) («Разумеется, различные категории практики государств могут иметь различную значимость в процессе формирования обычного права. Как правило, важнее то, что государства делают, чем то, что они говорят, однако, с другой стороны, по крайней мере в официальных сношениях между государствами, говорить также означает делать. «Фактическая» практика может иметь больше веса в процессе формирования обычного права, однако дипломатическая практика, как правило, является более четким выражением международно-правовой позиции государств. Зачастую лишь несколько государств могут создавать «реальную» практику, а практика других государств может быть ограничена сугубо дипломатической сферой или же может полностью отсутствовать»).

¹⁴⁸ См. также Roberts, “Comparative international law: the role of national courts in creating and enforcing international law”, p. 62 (см. сноску 112 выше) («В случае возникновения противоречия между различными видами практики, ее следует оценивать с учетом таких факторов, как, например, разновидность ветви власти, в ведение которой входит рассматриваемый вопрос»); однако см. I. Wuerth, “International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, No. 2 (2012), pp. 1 and 9 («Придание большего значения действиям исполнительной власти является необоснованным, поскольку в решении национального суда задействуется ответственность государства с точки зрения международного права и оно часто служит более четким выражением *opinio juris*, чем практика исполнительной власти»).

¹⁴⁹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 136, para. 83.

¹⁵⁰ См., например, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore — Court of Appeal, 14 May 2010), para. 96; см. Akehurst, “Custom as a source of international law” (см. сноску 84 выше), где представлена другая аргументация, согласно которой только после того, как расхождения в практике различных государственных органов будут устранены, можно считать, что практика этого государства «последовательна и, соответственно, вносит вклад в развитие обычного права».

Проект вывода 8

Оценка доказательств практики

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение.

52. *Всеобщность практики.* «Из четких положений пункта 1(b) статьи 38 Статута Суда, безусловно, очевидно, что практика, из которой можно вывести обычай, — это практика большинства государств, но не всех»¹⁵¹. Действительно, чтобы норма общего международного обычного права возникла или была выявлена, практика необязательно должна быть единодушной (всеобщей)¹⁵², однако она должна быть «обширной»¹⁵³ или, иными словами, достаточно широко распространенной¹⁵⁴. Речь не идет о чисто количественных критериях

¹⁵¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 330 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

¹⁵² См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun) («[Доказывание существования международного обычного права], таким образом, представляет собой процесс оценки того, насколько такая практика соблюдается, пусть и не абсолютно всеми государствами, но ... большинством государств, реально осознающих, что они возлагают на себя юридическое обязательство»), а также p. 229 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («для того, чтобы стать обычаем, норма или принцип международного права не обязательно должны соответствовать критерию всеобщего признания. Эта позиция нашла свое отражение в ряде заявлений Суда ... Не все государства, как я уже указал ранее в ином контексте, имеют шанс или возможность применить ту или иную норму. Доказательство следует искать в поведении подавляющего большинства государств, по возможности большинства государств, но в любом случае — в поведении подавляющего большинства заинтересованных государств»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 435 (Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick) («Обычное право в отношениях между странами, на мой взгляд, не зависит от всеобщего признания»); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 95 (Separate Opinion of Vice-President Weeramantry) («Общая поддержка со стороны международного сообщества, разумеется, не означает, что каждый член сообщества наций выразил свою явную и однозначную поддержку тому или иному принципу, равно как это не является обязательным требованием для установления какого-либо принципа обычного международного права»). Научные обоснования см., в частности, в публикации J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4th ed. (Cape Town, Juta, 2011), p. 28 («Для того чтобы норма могла считаться обычаем, она должна получить «общее» или «широкое» признание. Ее универсальное признание не обязательно»); Н. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 59 (см. сноску 38 выше) («Однозначно можно утверждать только следующее: единодушное принятие нормы всеми государствами не является обязательным условием в том смысле, что не требуется показывать, что все государства принимали участие [в той или иной практике], а также в том смысле, что существуют доказательства того, что opinio, т.е. мнения о том, что это обязательный обычай, разделяют все государства»).

¹⁵³ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74.

¹⁵⁴ См., например, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 102, para. 205 (ссылка на «[единообразную и] широко распространенную практику государств»); см. также *Delimitation of the Maritime*

оценки, поскольку также весьма репрезентативным должно быть и участие в этой практике¹⁵⁵, которое должно предполагать участие тех государств, интересы которых затрагиваются в особой степени.

53. При проведении «своего рода «поименного» анализа практики государств» невозможно теоретически определить точное число государств¹⁵⁶, которое необ-

Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 299, para. 111 (упоминается «достаточно широко распространенная и убедительная практика»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at pp. 45 and 52 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) (ссылка на «достаточно широко распространенную» и «достаточно общепринятую и единообразную» практику государств), и p. 161 (Dissenting Opinion of Judge Petrán) (со ссылкой на необходимость вовлеченности «достаточно большого» числа государств); *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004)*, para. 29 («... в настоящее время это не является общей практикой государств ... В этой связи следует согласиться с тем, что истцы не могут основывать свои претензии на международном обычном праве»); 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 59 («Такая практика, однако, не является достаточно широко распространенной, чтобы рассматриваться как закрепившаяся практика, создающая «международное обычное право»). Всеобщность, действительно, характеризуется как «ключевая концепция, лежащая в основе универсального обычного права»: Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, p. 7 (см. сноску 119 выше), см. также A/CN.4/659, стр. 10 («Распространенность практики среди большинства государств рассматривалась Комиссией в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права»).

¹⁵⁵ См. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («весьма широкое и репрезентативное участие ...»), и p. 227 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («Этот математический расчет, каким бы важным он сам по себе ни был, должен сопровождаться неким «спектральным анализом» представленности государств ... Поскольку в современном мире важно учесть один существенный фактор формирования новой нормы общего международного права, а именно то обстоятельство, что государства, на всех континентах, с различными политическими, экономическими и правовыми системами, участвуют в этом процессе»); *Mondev International Ltd v. United States of America* (International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), Award, 11 October 2002), para. 117 («Инвестиционные договоры заключаются между Севером и Югом и Востоком и Западом, а также между государствами этих регионов inter se. Государства на весьма широкой основе неоднократно брали на себя обязательство предоставлять зарубежным инвестициям именно такой режим. По мнению Трибунала, такая совокупность проявлений последовательной практики неизбежно окажет влияние на содержание норм, регулирующих режим иностранных инвестиций в современном международном праве»); 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 50 (упоминается «поведение, которое имеет продолжительный или как можно более единообразный характер и для которого характерно широкое и репрезентативное участие государств и других субъектов международного права, имеющих нормотворческие полномочия»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 23 (см. сноску 43 выше) («Для того чтобы возникла норма общего международного обычного права, необходимо, чтобы практика государств была как широко распространенной, так и репрезентативной»); Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 94 (см. сноску 139 выше) («Требование в отношении всеобщности означает, что обычная практика должна быть широко распространена и репрезентативна»).

¹⁵⁶ Цитата из отдельного мнения судьи Дилларда по делу о рыбопромысловой юрисдикции (*Соединенное Королевство Великобритании против Исландии*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 56.

ходимо для того, чтобы практика была признана «общей»¹⁵⁷. По сути, важно, чтобы «практике следовало подавляющее большинство государств, которые до этого момента имели возможность ей следовать»¹⁵⁸, (в том числе, в соответствующих случаях, в форме бездействия), и чтобы «имеющаяся практика ... [была бы] настолько широко распространена, чтобы любая непоследовательная практика была бы малозначительна и не имела непосредственной юридической силы»¹⁵⁹. В одних случаях даже «внушительное» число государств, следующих той или иной практике, не всегда может быть достаточно¹⁶⁰; а в других — вполне возможно, что некой практике следует лишь относительно небольшое число государств и бездействия других будет достаточно для создания нормы международного обычного права¹⁶¹.

54. *Особо затронутые государства*. Особое внимание следует уделить практике «государств, интересы которых затрагиваются особо»¹⁶², в тех случаях, когда

¹⁵⁷ См. также Clapham, *Brierly's Law of Nations*, pp. 59–60 (см. сноску 37 выше) («Этот критерий общего признания [государствами определенной практики в качестве обязательной] неизбежно будет иметь расплывчатый характер; однако такова природа обычного права, как национального, так и международного: не иметь точной или окончательной формулировки»); Barboza, “The customary rule from chrysalis to butterfly”, p. 8 (см. сноску 119 выше) («“Всеобщность” представляется довольно неоднозначной концепцией»).

¹⁵⁸ Kunz, “The nature of customary international law”, p. 666 (см. сноску 56 выше); и см. пункт 54 ниже в отношении «особо затронутых государств». См. также Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 22 (см. сноску 13 выше) («Мы не должны упускать из виду тот факт, что именно практика подавляющего большинства государств имеет решающее значение как для формирования новых норм, так и для их развития, изменения и возможного отмирания»). Федеральный Конституционный суд Германии постановил, что достаточно, если норма признана в качестве обязательной подавляющим большинством государств, среди которых не обязательно должна быть Германия (см. Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 33: «Норма международного права является «общей» по смыслу статьи 25 Основного закона, если она признана подавляющим большинством государств (см. BVerfGE 15, 25 (34)). Общий характер нормы касается его применения, а не содержания, при этом признание всеми государствами не является обязательным. Равно не обязательно, чтобы Федеративная Республика Германия, в частности, признала эту норму»).

¹⁵⁹ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 30 (см. сноску 84 выше).

¹⁶⁰ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73; см. также *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* (Singapore Court of Appeal), [2005] 1 SLR 103; [2004] SGCA 47, para. 92.

¹⁶¹ См., например, M. Akehurst, “Custom as a source of international law”, p. 18 (см. сноску 84 выше) («Практика, которой придерживается весьма небольшое число государств, может создавать норму обычного права, если нет практики, противоречащей этой норме»).

¹⁶² *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («... Что касается других элементов, которые обычно считаются необходимыми для того, чтобы можно было считать договорную норму общей нормой международного права, то можно утверждать, что, даже если прошло не так много времени, весьма широкого и репрезентативного участия в конвенции может быть само по себе достаточно, при условии, что оно включает государства, интересы которых затронуты в особой степени»), p. 43, para. 74 («Практика государств, в том числе государств, интересы которых затронуты в особой степени»), и pp. 175–176 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Нельзя отрицать, что вопрос повторяемости — это вопрос количества ... Я хочу подчеркнуть, что важно значение, которое [число или цифра] приобретают в конкретных обстоятельствах. Мы не можем оценивать ратификацию Конвенции [о континентальном шельфе] крупной морской державой или практику государства, выразившуюся в заключении ею соглашения на основе принципа равной удаленности, как имеющую точно такое же значение, что и

такие государства можно определить. Иными словами, при любом анализе международной практики следует принимать во внимание практику тех государств, которых рассматриваемая норма «затрагивает в большей степени, чем другие государства, и которые более заинтересованы в ней по сравнению с другими»¹⁶³, и такая практика должна иметь особый вес (в той мере, в какой, в соответствующих обстоятельствах, эта практика может помешать формированию нормы)¹⁶⁴. То, какие государства будут затронуты «в особой степени», будет зависеть от рассматриваемой нормы, и далеко «не во всех областях возможно четко определить “особо затронутые государства”»¹⁶⁵. Во многих случаях все государства

аналогичные акты страны, которая не имеет выхода к морю и не испытывает особого интереса к вопросу о делимитации континентального шельфа»); см. также *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (Separate Opinion of Judge De Castro) («Для формирования новой нормы международного права необходимо, чтобы практика государств, в том числе тех, чьи интересы затронуты особо, была в значительной мере или практически единообразна»), и p. 161 (Separate Opinion of Judge Petrén) («Таким образом, отсутствует еще один элемент, который необходим для формирования новой нормы обычного права, а именно — ее принятие теми государствами, интересы которых она затрагивает»); J.B. Bellinger and W.J. Heynes, ‘US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*’, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), pp. 443 and 445 (footnote 4); Treves, “Customary international law”, para. 36 (см. сноску 50 выше) («В частности, несмотря на то, что будет трудно определить, существует ли какая-либо норма, касающаяся морского права, в отсутствие соответствующей практики со стороны основных морских держав или основных прибрежных государств, или, в соответствующих случаях, — основных государств, ведущих рыбный промысел, молчание менее задействованных государств не будет препятствием для определения статуса нормы. Аналогичным образом, нормы в отношении экономических отношений, в частности нормы, регулирующие иностранные инвестиции, требуют того, чтобы этой практике следовали основные государства-инвесторы, а также основные государства, в которых эти инвестиции размещаются»).

¹⁶³ W.T. Worster, “The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 31, No 1 (2013), pp. 1 and 63. Мейджерс говорит о «государствах, на которые приходится львиная доля активности в определенной сфере» (Meijers, “How is international law made?”, p. 7) (см. сноску 124 выше); Даниленко говорит об «особом интересе к соответствующим принципам и нормам (Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 95) (см. сноску 139 выше)).

¹⁶⁴ См., например, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p 3, at p. 47 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («... эти заявления, как правило, провоцировали протесты или возражения со стороны ряда важных морских государств и государств, ведущих экспедиционный промысел, и в этой связи они не могут быть охарактеризованы как “общепринятые”»).

¹⁶⁵ Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 95 (см. сноску 139 выше); см. также Mendelson, “The subjective element in customary international law”, p. 186 (см. сноску 124 выше) («понятие “особо затронутые государства” не очень точное»); M.J. Aznar, “The contiguous zone as an archeological maritime zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29, No. 1 (2014), pp. 1 and 12. Один из примеров такой проблемы можно найти в деле Международного Суда о законности угрозы ядерным оружием или его применения, когда судья Шахабуддин в своем особом мнении указал, что «в случае, когда речь идет об оценке законности применения оружия, которое может уничтожить человечество, а значит и уничтожить все государства, анализ того, какое государство может быть затронуто особо, связан не с аспектом владения этим оружием, а с последствиями его применения. С этой точки зрения все государства оказываются затронуты в равной степени, поскольку, как и люди, их населяющие, они все имеют

оказываются затронуты в равной мере. Следует признать, что некоторые государства будут часто оказываться в категории «затронутых в особой мере»¹⁶⁶, однако в соответствии с принципом суверенного равенства их практика может быть оценена и ее значимость может быть определена только с этой точки зрения¹⁶⁷.

55. *Последовательность практики.* Для того чтобы установилась норма международного обычного права, соответствующая практика должна быть последовательной¹⁶⁸. Хотя конкретные обстоятельства каждого деяния могут по

равные права на существование» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 414. Та же точка зрения: см. pp. 535–536 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry).

¹⁶⁶ Де Виссер сравнивает развитие международного обычного права с «протоптыванием тропы на нехоженной земле»: «Среди идущих есть те, кто оставляет на земле более глубокие следы по сравнению с другими, либо из-за своего веса, то есть в силу своего влияния в мире, либо потому, что их интересы чаще приводят их на эту тропу»: C. de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (Princeton, Princeton University Press, 1968), p. 149.

¹⁶⁷ См. также *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, p. 26 (см. также сноску 43 выше): «Нет такого правила, согласно которому крупные державы обязаны участвовать в какой-либо практике, чтобы она могла стать нормой общего обычного права. С учетом широты их интересов, как с географической точки зрения, так и *ratione materiae*, они часто будут в положении государства, «затронутого особо» той или иной практикой; и именно в этом смысле, и ни в каком ином, их участие является необходимым»; см. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 278 (Declaration of Judge Shi) («Любое чрезмерное подчеркивание практики такого “особого положения” [«важных и влиятельных членов международного сообщества, [которые] играют существенную роль на этом этапе международных отношений»] будет не только противоречить самому принципу суверенного равенства государств, но также затруднит задачу точной и надлежащей оценки существования любой нормы обычного права»), и p. 533 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry) («С точки зрения создания международного обычая практика и политика пяти государств из 185, как представляется, не дают достаточных оснований для подтверждения обычая, каким бы значительным ни было глобальное влияние этих пяти государств»). Однако см. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 312 and 319 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel) («Эта практика в ядерной сфере не является практикой одиночного и второстепенного субъекта, который является последовательно возражающей стороной. Речь не идет о практике государства-парии, глас которого вопиет среди враждебно настроенного международного сообщества. Речь идет о практике пяти крупнейших мировых держав — постоянных членов Совета Безопасности, которых на протяжении почти 50 лет в значительной степени поддерживают их союзники и другие государства, укрывавшиеся под их ядерными щитами. Иными словами, речь идет о практике государств, а также практике, поддерживаемой значительным и весомым числом других государств, которые в совокупности представляют основную часть мировой военной, финансово-экономической и технологической мощи и весьма значительную долю мирового населения»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 306 (Separate Opinion of Judge Petřén) («Было бы нереалистично в этой связи не обращать внимания на позицию государства с самым многочисленным населением в мире»); Buergenthal and Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 28 (см. сноску 138 above) («Представляется очевидным, что она [практика] не должна быть всеобщей. Не менее бесспорным является вывод о том, что в целом эта практика должна быть принята крупными мировыми державами и государствами, которых она непосредственно затрагивает»).

¹⁶⁸ См. например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 276 and 277 («постоянное и единообразное обыкновение»); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of*

естественным причинам различаться, необходимо, чтобы общим для них было некое «ядро смысла, которое не меняется»: только тогда можно отметить систематичность поведения¹⁶⁹. Напротив, в тех случаях, когда практика показывает, что «в конечном итоге каждый конкретный случай отличается от всех других ... это исключает возможность возникновения условий, которые необходимы для формирования принципов и норм обычного права»¹⁷⁰. Иными словами, если факты свидетельствуют о том, что «в различных случаях так много неопределенности и противоречий, так много изменений и расхождений ... так много несоответствий ... и практика столь подвержена влиянию соображений политической целесообразности, [] то в связи с предполагаемой нормой во всем этом невозможно выделить какое-либо постоянное и единообразное обыкновение, признанное в качестве правовой нормы ...»¹⁷¹.

12 April 1960: *I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40 («постоянная и единообразная практика»); *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955*: *I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 30 (Dissenting Opinion of Judge Klaestad); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74 (практика должна быть «практически единообразной»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (Separate Opinion of Judge De Castro) («Для формирования новой нормы международного права необходимо, чтобы практика государств, в том числе тех, чьи интересы затронуты особо, была в значительной мере или практически единообразна») и p. 50 (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («Еще одно важное требование для того, чтобы практика государств приобрела статус обычного права, заключается в том, что такая практика государств должна быть общей, последовательной и согласованной. Таким образом противоречие в практике государств или непоследовательное поведение, в частности именно тех государств, которые, как утверждается, следуют обычаю или его устанавливают, будет препятствовать возникновению нормы обычного права»); см. также A/CN.4/659, пункт 16, замечание 2 («Единообразие практики государств рассматривалось Комиссией в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права»). Один исследователь пишет, что на практике два требования общности и единообразия «соединяются в едином аналитическом процессе. Юристы-международники не могут, например, определить, является ли практика государств общей, не выявив единообразной практики» (D.P. Fidler, "Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law", *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), pp. 198 and 202).

¹⁶⁹ Barboza, "The customary rule: from chrysalis to butterfly", p. 7 (см. сноску 119 выше) («Повторение поведения — это суть обычая. Разумеется, факты не всегда одинаковы: Гераклит говорил, что в одну и ту же реку нельзя войти дважды. Факты могут меняться, могут быть разные субъекты, могут варьироваться обстоятельства, но остается ядро смысла, которое не меняется. Всегда, когда есть повторение, есть отдельные факты, одного и того же рода; если мы говорим о повторении, то подразумеваем абстрагирование и исключение определенных предшествующих данных, относящихся к отдельным фактам, фактам, имевшим место в реальной жизни. В то же время ядро *генерального смысла* сохраняется, то есть сохраняется смысл, который можно применить к другим ситуациям ... Этот *генеральный смысл* повторяется в каждом прецеденте и определяет содержание того, что признано соответствующими государствами в качестве правовых норм в отношениях между ними»); см. также Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 96 (см. сноску 139 выше) («любая обычная норма является нормативным обобщением отдельных прецедентов»).

¹⁷⁰ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 290, para. 81.

¹⁷¹ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950*: *I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277; см. также *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949*: *I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 74 (Dissenting Opinion by Judge Krylov) («Практика государств по этому

56. При установлении последовательности практики, разумеется, важно рассматривать ситуации, которые, по сути, сопоставимы, поскольку в их рамках возникали одинаковые или похожие вопросы¹⁷². И хотя естественно, что частое повторение последовательной практики придаст ей большее значение, «степень частоты необходимо оценивать в сопоставлении с частотой возникновения обстоятельств, в которых действие, составляющее практику, должно быть совершено или является уместным»¹⁷³.

57. *Некоторая непоследовательность не страшна*. Полного единообразия практики не требуется: «не следует уделять слишком много внимания поверхностным противоречиям и несоответствиям»¹⁷⁴. Как отметил Международный

вопросу далеко не единообразна, и невозможно утверждать, что применительно к ней существует соответствующий международный обычай») и р. 128 (Dissenting Opinion by Dr. Eder) («Практика государств настолько разнообразна, что нельзя найти никаких доказательств существования такой нормы [международного обычного права]»); *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, р. 116, at р. 131 (где сделан вывод о том, что в тех случаях, когда «одни государства» приняли или применяли одну норму, а «другие государства» приняли иную практику, «вследствие этого данная [] норма не приобрела статуса общей нормы международного права»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, р. 3, at pp. 56–57 (Separate Opinion of President Bustamante y Rivero) (где утверждается, что в тех случаях, когда [практика] «носит спорадический характер, [то это] препятствует систематизации», возникновение международного обычного права «в таких обстоятельствах маловероятно»); *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, р. 175, at р. 212 (Declaration of Judge Nagendra Singh) («значительные расхождения и несоответствия в практике государств [не позволяют норме сформироваться]»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, р. 3, at pp. 117–118 (Separate Opinion of Judge Bula-Bula) («наличие множества несоответствий и расхождений, которые по сути характеризуют как одностороннюю, так и единичную практику ... [означает], что обычная норма не сложилась»).

¹⁷² См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, р. 3, at р. 45, para. 79; 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 42 («следует особо учитывать, что подавляющая часть соответствующей практики государств и доктрин, которые Высокий региональный суд принял во внимание, относится к ситуациям, которые касаются лишь двух государств. Однако в данном случае правовые отношения существуют между Йеменской Республикой как государством происхождения заявителя, Соединенными Штатами Америки как запрашивающим государством суда и Федеративной Республикой Германия как запрашиваемым государством проживания. Таким образом, правовые последствия предполагаемого нарушения международного права прямо не касаются уголовного разбирательства в государстве суда ... а касаются процедуры выдачи в запрашиваемом государстве проживания»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008, para. 406.

¹⁷³ Thirlway, *The Sources of International Law*, р. 65 (см. сноску 38 выше).

¹⁷⁴ G. Fitzmaurice, “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), pp. 1 and 45; см. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, р. 44 (см. сноску 84 выше) («... слишком строгие критерии поставят под угрозу ... формирование международного обычного права. Например, это будет означать игнорирование неизбежно общего характера обычного права при слишком подробном рассмотрении примеров практики. Кроме того, практика, которая, на первый взгляд, кажется непоследовательной, вполне может содержать в качестве общего знаменателя общую норму, или по меньшей мере она может быть единообразной в отношении частичных или специальных норм. После установления нормы в ее рамках вполне возможны различные варианты ... Отклонение от

Суд, «нельзя ожидать, что в практике государств применение норм, о которых идет речь, будет идеальным ... Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно соответствовать этой норме. Суд считает, что для установления существования норм обычного права достаточно, чтобы поведение государств в целом соответствовало таким нормам, и что случаи несоответствия поведения государств определенной норме следует в целом рассматривать как нарушение этой нормы, а не как знак признания новой нормы»¹⁷⁵.

58. *Продолжительность практики.* Хотя нормы международного обычного права традиционно складывались в результате практики, существовавшей в течение продолжительного периода времени, широко признается тот факт, что отсутствуют какие-либо конкретные требования в отношении того, сколько времени должна существовать практика, чтобы она могла превратиться в норму международного обычного права¹⁷⁶. Как постановил Международный Суд в

этой нормы может фактически свидетельствовать о допустимом исключении ...»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24 (см. сноску 37 выше) («Полного единообразия практики не требуется, однако необходимо значительное единообразие»); Bodansky, "Customary (and not so customary) international environmental law", p. 109 (см. сноску 136 выше) («обычные нормы являются закономерностями, но не обязательно единообразными характеристиками поведения ... возможны ошибки и нарушения норм»); Müllerson, "The interplay of objective and subjective elements in customary law", p. 167 (см. сноску 85 выше) (где сделано общее замечание о том, что «правовое регулирование необходимо только в случае отклонений от ожидаемых моделей практики»). По словам Бриггса, «отклонения от согласованности, общности или последовательности в практике являются материалом для юридического толкования»: H.W. Briggs, "The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law", *American Journal of international Law*, vol. 45 (1951), pp. 728 and 729. Согласно A/CN.4/659, «если в международной практике присутствовала какая-то объединяющая линия или тема, то Комиссия часто не обращала внимания на некоторые расхождения в практике при выявлении нормы международного обычного права» (стр. 14).

¹⁷⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 98, para. 186. Суд добавил, что «если государство prima facie действует в нарушение признанной нормы, но защищает свое поведение, ссылаясь на исключения или оправдывающие обстоятельства, содержащиеся в самой этой норме, то вне зависимости от того, является ли поведение государства по сути оправданным на этом основании, значение этого подхода заключается, скорее, в подтверждении, а не ослаблении данной нормы»; см. также *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 336 (Dissenting Opinion by Judge Azevedo); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 40 и pp. 104 and 107 (Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender); *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 229 (Dissenting Opinion of Judge Lachs). В деле о рыболовстве Суд отметил, что он «считает, что не нужно придавать слишком большое значение незначительному числу факторов неопределенности или противоречий, реальных или предполагаемых, которые правительство Соединенного Королевства обнаружило в практике Норвегии. Они могут быть легко истолкованы в свете различных фактов и условий, которые существовали в течение длительного периода, прошедшего после 1812 года, и не могут изменить выводы, сделанные Судом» (*Fisheries case*, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 138).

¹⁷⁶ См. например, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 27 (см. сноску 152 выше) («В большинстве случаев для превращения практики в обычную норму требуется некоторый период времени. Однако в некоторых случаях, когда для установления нормы необходим небольшой объем практики, эта норма может возникнуть очень быстро»); O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (Brussels, Editions de l'Université de

деле «Континентальный шельф Северного моря», «[хотя] краткость прошедшего периода не является непременно, или сама по себе, препятствием для формирования новой нормы международного обычного права ... необходимо, чтобы в течение этого периода, пусть даже непродолжительного, правоприменительная практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, была бы обширной и практически единообразной ... а также свидетельствовала бы о всеобщем признании правовой нормы или правового обязательства»¹⁷⁷. Хотя для возникновения некоторых норм неизбежно может потребоваться больше времени¹⁷⁸, при условии, что практика является достаточно общей и последо-

Bruxelles, 2009), pp. 150–151 («Если ранее в соответствии с доктриной, как представляется, требовалась весьма длительная практика, то недавние изменения в судебной практике привели к упразднению этого условия. В отношении *ratione temporis* обычай вполне может сложиться на основе практики, ограниченной во времени, при условии, что, как правило, она будет интенсивной и однозначной»); Kunz, “The nature of customary international law”, p. 666 (см. сноску 56 выше) («... международное право не содержит норм в отношении того, сколько раз или в течение какого времени эта практика должна повторяться»); Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, p. 3 (см. сноску 93 выше) («более не требуется, чтобы эта практика имела место в течение продолжительного периода времени»); *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, p. 20 (см. сноску 43 выше) («... определенной продолжительности не требуется»). Однако см. Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor in *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 279: «Время является еще одним важным элементом процесса создания международного обычного права ... Утверждение о существовании нормы обычного права, созданной в столь короткий промежуток времени, явно противоречит прошлым решениям Суда по этому вопросу» (ссылка на дело о праве прохода); R.Y. Jennings, “The identification of international law”, в *International Law: Teaching and Practice*, B. Cheng, ed., (London, Stevens & Sons, 1982), pp. 3 and 5 («Понимается, практика, имевшая место в течение более или менее длительного периода времени, является важным элементом обычного права»).

¹⁷⁷ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74; см. также p. 124 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun), p. 230 (Dissenting Opinion of Judge Lachs) («Что касается фактора времени, то формирование права на основе практики государств в прошлом было часто связано с длительным периодом времени. Нет сомнений в том, что в некоторых случаях это может быть оправдано. Однако, значительное ускорение социально-экономических перемен, а также перемен в науке и технике ставит перед правом серьезную задачу: задачу, которую необходимо решить, чтобы право не отстало от событий еще больше, чем это обычно происходит ... короткий период времени, в течение которого сформировались и закрепились правовые положения, касающиеся континентального шельфа, не является препятствием для признания их принципов и норм, в том числе нормы о равном отстоянии, частью общего права») и p. 244 (Dissenting Opinion of Judge Sørensen) («Таким образом, была зарезервирована возможность признания быстрого формирования новой нормы обычного права на основе недавней практики государств. Это особенно важно с учетом весьма динамичного процесса эволюции, который происходит в международном сообществе на данном историческом этапе»). Межамериканский суд по правам человека постановил в отношении «обычной практики», что «важный момент заключается в том, что практика существует непрерывно и постоянно, и что нет необходимости в том, чтобы поведение имело место в течение конкретного периода времени» (*Baena Ricardo et al.*, Judgment of November 28, 2003, Inter-American Court of Human Rights, (Series C) No. 104 (2003), para. 104).

¹⁷⁸ См. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 64 (см. сноску 38 выше) («Если вопрос, который необходимо решить, возникает часто и регулируется по сути одинаково в каждом случае, то необходимый период времени может быть коротким; если вопрос возникает только время от времени, то может потребоваться больше времени для выявления последовательности в решении этого вопроса ... По сути, наибольший вес имеют именно

вательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется¹⁷⁹. Тем не менее, в этом контексте следует помнить о том, что «у всех государств, для которых в результате их бездействия какая-либо норма может приобрести обязательную силу, должно быть время, необходимое для того, чтобы избежать подразумеваемого принятия посредством противодействия этой норме»¹⁸⁰.

59. Предлагается следующий проект вывода:

последовательность и повторение, а не продолжительность практики»); см. также H. Lauterpacht, "Sovereignty over submarine areas", *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950, pp. 376 and 393 (где утверждается, что «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», говоря словами статьи 38 Статута, не обязательно должно существовать на протяжении десятилетий. Любые попытки установить определенную продолжительность времени для закрепления обычая должны быть соразмерны степени и интенсивности изменения, которое он должен или предположительно должен установить»); H. Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Concepts and Sources of International Law) (Guizhou People's Press, 1994), p. 91 (цитируется в C. Cai, "International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, No. 3 (2008), pp. 659 and 661).

¹⁷⁹ См. также Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 19 (см. сноску 121 выше); E. Jiménez de Aréchaga, "International law in the past third of a century", в *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 159 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1978), p. 25 («Принятие Судом быстро складывающейся практики показывает, что традиционное требование в отношении продолжительности является не самоцелью, а лишь средством демонстрации общности и единообразия практики того или иного государства»); L. B. Sohn, "Unratified treaties as a source of customary international law", в *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, A. Bos and H. Siblesz, eds., (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986), pp. 231 and 234 («Продолжительность существования практики не имеет решающего значения для формирования обычая. Более важное значение имеет сила других факторов: частоты и повторяемости этой практики, числа государств, применяющих эту практику, и относительной силы конкурирующей практики»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55 (см. сноску 79 выше) («Нет необходимости в том, чтобы это поведение существовало в течение длительного периода времени, хотя к утверждениям о быстром или спонтанном формировании обычных норм следует относиться с осторожностью. Более важно установить, что существует широкое признание мнения о том, что такое поведение соответствует праву и предписывается правом, а также что существует фактическое поведение, соответствующее вышеприведенным положениям»). Ср. M. P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

¹⁸⁰ Meijers, "How is international law made?", pp. 23–24 (см. сноску 124 выше) (где утверждается, что «[в]се государства, которые, возможно, подпадут под действие формирующейся нормы, должны получить возможность высказаться против ее возникновения»). Однако см. Arangio-Ruiz, "Customary law: a few more thoughts about the theory of 'spontaneous' international custom", p. 100 (см. сноску 17 выше) («Сегодня в особенности любое действие или бездействие государства становится известным во всем мире со скоростью света»).

Проект вывода 9

Практика должна быть общей и последовательной

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.
2. Практика должна быть в целом последовательной.
3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.
4. При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

VI. Признание в качестве правовой нормы

60. Второй необходимый элемент для формирования и выявления норм международного обычного права (признание «всеобщей практики» в качестве правовой нормы) обычно называют *opinio juris* (или “*opinio juris sive necessitatis*”). Согласно этому «субъективному элементу» международного обычного права требуется, по сути, чтобы практика, о которой идет речь, осуществлялась, «исходя из того понимания, что такие действия предписываются законом»¹⁸¹. Государства должны «сами считать[], что они применяют обязательную норму международного обычного права»¹⁸², или, иными словами, «[считать], что они юридически обязаны... [совершить соответствующее действие] в силу обязывающей нормы обычного права»¹⁸³. Именно эта «внутренняя точка зрения»¹⁸⁴ позволяет закрепить повторяющиеся действия в качестве нормы права, а также провести различие между правом и неправом¹⁸⁵. Как отметил судья Чагла,

¹⁸¹ М. О. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920–1942: a Treatise* (New York, Macmillan, 1943), p. 609.

¹⁸² *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 76.

¹⁸³ *Ibid*, at pp. 44–45, para. 78.

¹⁸⁴ Bodansky, “Customary (and not so customary) international environmental law” p. 109 (см. сноску 136 выше).

¹⁸⁵ Практика, не сопровождающаяся такого рода чувством обязанности, не вносит вклад в международное обычное право; см. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77 («Соответствующие деяния не только должны отражать установившуюся практику, но они также должны быть такими или осуществляться таким образом, чтобы это свидетельствовало об убежденности в том, что эта практика стала обязательной в результате существования обязывающей нормы права. Необходимость наличия такой убежденности, т.е. наличия субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*»); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 123, para. 55 («Хотя в некоторых случаях государства принимают решение предоставить более широкий иммунитет, чем это предписывается международным правом, для настоящих целей основной момент заключается в том, что предоставление иммунитета в таком случае не сопровождается требуемым элементом *opinio juris* и поэтому не проливает свет на вопрос, который в настоящее время находится на рассмотрении Суда»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 48 (см. сноску 81 выше) («хотя

«... для признания обычая в международном праве требуется гораздо больше, чем [накопление большого числа случаев]. Недостаточно доказать его внешнее проявление; в равной мере необходимо установить его ментальный или психический элемент. Именно этот исключительно важный элемент позволяет отличить простую практику или обыкновение от обычая. Совершая то или иное действие либо воздерживаясь от того или иного действия, стороны должны чувствовать, что они совершают такое действие или воздерживаются от него из чувства обязанности. Они должны считать, что такое деяние обладает такой же силой, как и право... должно преобладать неопреодолимое чувство принуждения — не физического, а юридического»¹⁸⁶.

61. *Другие мотивы для действия.* «Признание в качестве правовой нормы» следует отличать от других, неправовых соображений, которые государство может иметь относительно соответствующей практики. В связи с определением существования нормы международного обычного права необходимо установить, что соответствующая практика не была мотивирована (исключительно) соображениями «любезности, добрососедства и политической целесообразности»¹⁸⁷, а также «удобством или традицией»¹⁸⁸. Государства должны проявлять

необходимость наличия *opinio juris*, безусловно, влечет за собой многочисленные проблемы на практике... безусловно трудно провести различие между обыкновением, которое стало обязательным в качестве нормы обычного права, и обыкновением, которое таковым не стало... без того, чтобы психологический элемент формирования обычая вновь заставил нас вернуться извилистым путем к обсуждению этого явления под другим названием»). По вопросу о важной функции *opinio juris* в предотвращении превращения в целом нежелательной общей практики в норму международного обычного права см. С. Dahlman, "The function of *opinio juris* in customary international law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, No. 3 (2012), pp. 327–339. Виллиджер отмечает, что «помимо этого, *opinio* позволяет, в частности, отличать нарушения норм обычного права от последующих изменений нормы, а это не лишено значимости с учетом динамичности международного обычного права. До тех пор, пока предыдущее *opinio* не оказалось размыто, а новое *opinio* установлено, расхождение в практике остается формой настойчивого или последующего возражения» (Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 48 (см. сноску 84 выше)).

¹⁸⁶ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 120 (особое мнение судьи Чаглы в связи с местным обычаем, в котором он при этом опирается на общую формулировку статьи 38.1(b) Статута Международного Суда).

¹⁸⁷ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 285 and 286 (где говорится, что «соображения удобства или простой политической целесообразности, похоже, обусловили решимость государства территориальной юрисдикции признать убежище, хотя это решение не было продиктовано каким бы то ни было чувством юридического обязательства»); см. также *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C.J. Reports 1957*, p. 125, at p. 177 (особое мнение судьи Чаглы) («кроме того, [государство] должно установить, что ... [практика] осуществлялась ... по праву, а не из чувства любезности или в качестве уступки»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (отдельное мнение судьи Петрена) («[воздержание от поведения должно быть] мотивировано не политическими или экономическими факторами, а убежденностью в том, что ... [то или иное поведение] запрещено международным обычным правом»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 109 (в котором Суд противопоставляет «заявления о международной политике» и «подтверждение норм действующего международного права»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952:*

уважение к норме «из чувства юридического обязательства, а не просто в порядке проявления взаимной терпимости или вежливости»¹⁸⁹. «Признание в качестве правовой нормы» не следует также путать с факторами социального или экономического характера¹⁹⁰, хотя последние вполне могут существовать, особенно на начальном этапе формирования практики.

I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 221 (Особое мнение судей Хекуорта, Бадави, Леви Карнейро и Бенегаль-Рая) (где говорится об «обыкновении в качестве по меньшей мере одного из оснований имеющихся прав ... [и] поэтому речь шла не только о простой “милостивой терпеливости”»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 423–424 (особое мнение судьи Шахабуддина) («Важно также иметь в виду, что простое доказательство действий или упущений, составляющих, как предполагается, практику государств, не избавляет от необходимости толкования таких действий или упущений. Того факта, что государства могут считать, что в сложившихся условиях у них не остается иного выбора, кроме как делать то, что они делают, недостаточно для того, чтобы исключить возможность отнесения того, что они делают, к практике государства, при том условии, однако, что то, что они делают, делается с убежденностью в том, что они действуют из чувства юридического обязательства...»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 145 (особое мнение судьи Ван ден Вингарта) («Негативная практика государств», которая заключается в том, что они воздерживаются от возбуждения уголовных дел, сама по себе не может считаться доказательством *opinio juris*. Воздержание от действия может объясняться многими другими причинами, в том числе любезностью, политическими соображениями, практическими задачами или отсутствием экстерриториальной уголовной юрисдикции. Только в том случае, когда такое воздержание стало результатом сознательного решения соответствующих государств, такая практика может сформировать норму международного обычного права»); de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 149 (см. сноску 166 выше) («Правительства придают большое значение проведению различия между обычаем, который они считают для себя обязательным, и простой практикой, которая зачастую продиктована соображениями целесообразности и поэтому не имеет четкого правового обоснования. Тот факт, что в этом вопросе зачастую замешаны политические интересы, не является причиной для отрицания его значимости»).

¹⁸⁸ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77 («Есть множество международных актов, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, однако они мотивируются лишь любезностью, удобством или традицией, а не каким бы то ни было чувством обязательства»); см. также *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgement, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 69 (отдельное мнение Вице-Председателя Сетте-Камары) («В поддержку принципа расстояния может быть указано на политическую и дипломатическую целесообразность, однако это вряд ли является *opinio juris sive necessitatis*»).

¹⁸⁹ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 58 (отдельное мнение судьи Дилларда).

¹⁹⁰ См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at p. 23 (в котором по вопросу о методе равного удаления в связи с делимитацией морских пространств Суд заявил: «Словом, по всей вероятности было бы справедливо утверждать, что ни один другой метод делимитации не сочетает в себе в той же степени практическое удобство и определенность применения. Однако эти факторы не являются сами по себе достаточными для преобразования того, что является методом, в норму права, которая делает признание результатов использования этого метода обязательным во всех тех случаях, когда стороны не договорились об ином... С юридической точки зрения, в случае наличия такой нормы, она должна черпать свою юридическую силу из других факторов, нежели наличие этих преимуществ, какими бы важными они ни были»); *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 34 («Соображения гуманности могут вдохновлять создание правовых норм ... Однако такие соображения сами по себе не являются правовыми нормами. Все государства заинтересованы — обладают интересом —

62. Аналогичным образом практика, мотивируемая (исключительно) необходимостью выполнения обязательств по договору (или некоторых других обязательств вне поля обычного права), не может считаться признаком «признания в качестве правовой нормы»¹⁹¹. Когда стороны договора действуют в порядке осуществления своих договорных обязательств, то это, как правило, не доказы-

в таких вопросах. Однако существование «интереса» само по себе не означает, что этот интерес является именно юридическим по своему характеру»).

¹⁹¹ См. также O. Schachter, "Entangled treaty and custom", in *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Y. Dinstein and M. Tabor, eds. (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 717 and 729; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), p. 81 («Практика соблюдения некоторых других норм вне поля обычного права не будет считаться независимым доказательством наличия *opinio juris* в отношении обычного права, как было установлено в деле о Северном море»). Бакстер в этой связи указал на парадокс, согласно которому «по мере расширения масштабов признания договора, сокращается число не являющихся его участниками государств, практика которых сохраняет свою актуальность» (R.R. Baxter, "Treaties and Customs", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 129 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1970), pp. 27 and 73; см. также R. Cryer, "Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, No. 2 (2006), pp. 239 and 244 («В некотором смысле может представлять большую сложность оценка практики применительно к норме, которая уже обладает существующей договорной основой, поскольку практика участников договоров *inter se* может объясняться существованием договора»)).

вает существование *opinio juris*¹⁹². Напротив, в тех случаях, когда государства действуют в соответствии с договором, который (еще) не является для них обязательным, или действуют по отношению к государствам, не являющимся участниками договора, то в таких случаях, действительно, может быть установлено «признание в качестве правовой нормы»¹⁹³. Это может также иметь место тогда, когда государства, не являющиеся участниками договора, действуют согласно содержащимся в нем нормам, как, например, в случае с некоторыми государствами, не являющимися участниками Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву¹⁹⁴.

63. В тех случаях, когда государства «могут свободно прибегать [к различным методам], с тем чтобы примирить свои национальные интересы», обычно отсутствует указание на «наличие любого рода *opinio juris*, которое связано с осознанием государствами обязательного характера осуществляемой практи-

¹⁹² См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 76 («свыше половины соответствующих государств, действующих как в одностороннем порядке, так и вместе, являлись или вскоре стали участниками Женевской конвенции, и поэтому предположительно в этой связи они действовали фактически или потенциально в рамках исполнения Конвенции. В связи с их действиями нельзя законно сделать вывод о том, что существует норма международного обычного права...»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at pp. 199–200 («в течение всего этого периода [150 лет] консульская юрисдикция Соединенных Штатов была фактически основана не на обычаях или обыкновении, а на договорных правах... не достаточно установить, что государства, осуществляющие консульскую юрисдикцию в исполнение своих договорных прав, помимо этого обладают дополнительным правомочием на основе обычая или обыкновения»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 531 (особое мнение судьи Роберта Дженингса) («... существуют очевидные трудности в связи с получением даже малой толики соответствующей «практики» по этим вопросам, исходя из поведения тех немногих государств, которые не являются участниками Устава; а поведение всех остальных, а также наличие *opinio juris*, которое в ином случае такое поведение могло бы доказывать, безусловно объясняется тем, что государства обладают обязательствами по самому Уставу»); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 479 (отдельное мнение судьи Абрахама) («такой подход не демонстрирует существование *opinio juris*, то есть убежденности в том, что обязательство существует... вне каких бы то ни было договорных обязательств»); *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 302. Верховный Суд Соединенных Штатов аналогичным образом в деле *Пакете Хабана* (1900) сослался на норму международного права, существующую «независимо от любого явного договора или другого публичного акта»: 175 U.S. 677, 708; см. также Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, p. 204 (см. сноску 24 выше) («определение того, кодифицируется ли в конвенции уже существовавшая норма права, не всегда является проблемой с учетом проведения обширной подготовительной работы, а также возможностей высказывать конкретные замечания в течение всего процесса принятия кодификационной конвенции, а также с учетом обстоятельств принятия, которые могут пролить свет на этот вопрос»).

¹⁹³ См., например, ссылку на практику Венесуэлы в *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 370 (особое мнение Кайседо-Кастильи).

¹⁹⁴ В деле *Перу против Чили*, которое слушалось в Международном Суде, представитель Перу заявил, что «Перу принимает и применяет нормы международного обычного морского права, как об этом говорится в Конвенции [по морскому праву]»: *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/34, p. 43, para. 10 (Wagner).

ки»¹⁹⁵. Иными словами, «практика государств не может служить обоснованием формирования какой бы то ни было общей правовой нормы» в тех случаях, когда такие государства могут выбирать надлежащую практику, исходя из своих конкретных обстоятельств (и таким образом не признают конкретную практику в качестве обязательной)¹⁹⁶.

64. Обычно концепция «признания в качестве правовой нормы» применима к заинтересованным государствам (как к тем, которые осуществляют практику, так и к тем, которые могут действовать в порядке реагирования на нее): «либо государства, принимающие такие меры, либо другие государства, могущие реагировать на них, должны вести себя так, чтобы их поведение являлось «доказательством убежденности в том, что эта практика является обязательной в силу наличия обязывающей правовой нормы»¹⁹⁷. Сейчас в условиях существования многочисленных международных форумов такой поиск того, что некоторые называют «индивидуальное *opinio juris*», может быть дополнен или облегчен за счет поиска наличия «скоординированного или общего *opinio juris*»¹⁹⁸, то есть признания некоторой практики в качестве правовой нормы (либо наоборот) на основе общего консенсуса государств¹⁹⁹. Помимо удобства изу-

¹⁹⁵ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 127 (отдельное мнение судьи Фуада Аммуна). Если только, конечно, сама норма не допускает нескольких вариантов действий.

¹⁹⁶ *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 131.

¹⁹⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 109 (сноска опущена); см. также *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 121 (особое мнение судьи Чаглы) («Необходимо также наличие такого же четкого осознания у другой стороны обязательства...»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 315 (отдельное мнение судьи Аммуна) («та или иная практика способствует формированию нормы обычного права лишь в том случае, если ... как государство, которое осуществляет такую практику или пытается навязать ее, так и государство, которое подчиняется этому или соглашается выполнять такую практику, полагают, что эта практика выражает юридическое обязательство, которое никто из них не может обойти»); Thirlway, *The Sources of International Law*, pp. 70–71 (см. сноску 38 выше). В отличие от этого авторы иногда говорили о том, что важнейшим значением обладает в основном *opinio juris* одной из этих групп государств. В связи с мнением о том, что наибольшей важностью обладает *opinio juris* «принимающего» государства, см., например, Wolfke, *Custom in Present International Law*, pp. 44 and 47 (см. сноску 6 выше) («В случае типичного обычая достаточно, чтобы признание практики в качестве правовой нормы осуществлялось с учетом всех обстоятельств дела, о котором идет речь, прежде всего отношения, а следовательно и поведения государства, которое соглашается признать для себя обязательной обычную норму... Следует добавить, что требование осознания действующим государством какого бы то ни было «чувства долга» или «убеждения» даже несколько нелогично, поскольку с правовой точки зрения важна только реакция других государств на практику, в частности считают ли они, что она обязательна или разрешена по закону»); I. C. MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, pp. 115 and 126 («Безусловно, наличие *opinio juris* важно для формирования обычных прав, но только с точки зрения государств, затрагиваемых в результате осуществления права, о котором идет речь...»).

¹⁹⁸ См., например, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pp. 102–107 (см. сноску 139 выше).

¹⁹⁹ См. также Pellet, «Article 38», p. 819 (см. сноску 17 выше) (приводит в пример ряд случаев, утверждая, что «наряду с практикой [Международный Суд] обычно полагается на общее мнение, а не на мнение отдельных государств»); Jiménez de Aréchaga, «International law in

чения совместной практики государств, такой подход может облегчить задачу определения того, действительно ли члены международного сообщества достигли согласия относительно обязательного характера той или иной практики, либо же между ними наблюдаются расхождения.

65. Хотя идея о том, что принятие в качестве нормы права необходимо для превращения практики в юридическую норму, берет свое начало в античном мире²⁰⁰, латинская фраза “*opinio juris sive necessitatis*” появилась гораздо позже. Означая буквально «убеждение (или мнение) права или необходимости»²⁰¹, это «техническое название»²⁰² субъективного элемента обычно сокращается до “*opinio juris*”, что «само по себе вполне может иметь самостоятельное значение. В целом необходимым элементом считается наличие *opinio* (мнения) о праве,

the past third of a century”, p. 11 (см. сноску 179 выше) («[Международный Суд] стремится добиться общего консенсуса среди государств вместо того, чтобы с точки зрения позитивизма требовать строгого доказательства согласия государства-ответчика»); P.B. Casella, “Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law”, 2013 Gilberto Amado Memorial Lecture before the Commission (с тезисами выступления можно ознакомиться у Специального докладчика) (“*Opinio juris* больше не рассматривается как индивидуальное мнение одного или нескольких государств, а рассматривается как коллективные заявления, изданные от имени международного сообщества в целом или значительной его части»); J. Charney, “Remarks on the contemporary role of customary international law”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference Held in The Hague, the Netherlands, July 13–15, 1995*. American Society of International Law and Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1996), p. 21 («Некоторые утверждают, что выбор в пользу признания нормы права должны делать отдельные государства. Однако очевидно, что требуется лишь признание со стороны международного сообщества, а не каждого отдельного государства или иных субъектов международного права»). В своем особом (частично) мнении по делу *Наимана и другие против Обвинителя* (Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по Руанде) судья Мерон заявляет, что в случае, когда «консенсус между государствами не складывается, очевидно, что никакой нормы международного обычного права не существует» (Case No. ICTR-99-52-A, 28 November 2007, paras. 5–8); см. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 315 (особое мнение Вице-председателя Швебеля) (“решительный протест и резервирование права, как показывают последующие резолюции Генеральной Ассамблеи ... препятствуют зарождению или сохранению *opinio juris* в обратном»).

²⁰⁰ Кроуфорд ссылается на работу Исидора Севильского (circa 540-636 C.E.) *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*, ch. 3, §§3–4, в которой говорится, что «обычай как правовая норма устанавливается в силу моральных привычек, которые признаются в качестве правовой нормы в тех случаях, когда отсутствует писаное право. Неважно, закреплен ли он в письменном виде либо же существует в соответствии со здравым смыслом, поскольку здравый смысл также подчиняется праву... Обычай так называется еще и потому, что он имеет общее употребление» (Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 26 (см. сноску 37 выше)). По вопросу «интеллектуальной генеалогии» «дополнительного элемента» международного обычного права см. E. Kadens and E.A. Young, “How customary is customary international law?”, *William & Mary Law Review*, vol. 4, No. 3 (2013), pp. 885–920.

²⁰¹ Терлуэй предложил следующий вариант перевода «с учетом его правового применения»: «мнение (или убеждение), что речь идет (или, возможно, должна идти) о требуемом элементе в силу закона или необходимости» (Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 57 (см. сноску 38 выше)).

²⁰² Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55 (см. сноску 79 выше).

что право существует или становится таковым, что требует или разрешает совершение того или иного действия»²⁰³.

66. Ученые, которые пытаются интерпретировать значение и функцию понятия *opinio juris*, испытывают сложности не только в связи с его лингвистической неопределенностью и неясностью происхождения²⁰⁴, но и с давними теоретическими проблемами, связанными с попытками описания в точных выражениях аморфного процесса, в соответствии с которым модель поведения государства приобретает юридическую силу²⁰⁵. В частности, одни авторы обсуждают, действительно ли субъективный элемент выражает убежденность (или мнение) государств или даже их согласие (или волю)²⁰⁶. Другие обсуждают «парадокс» *opinio juris*, приводя довод о «порочном круге», согласно которому ставится под сомнение то, как вообще может возникнуть новая норма международного обычного права, если соответствующая практика должна сопровождаться убежденностью в том, что такая практика уже является правовой нормой²⁰⁷. При этом другие ставят под сомнение утверждение о том, что госу-

²⁰³ Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 78 (see footnote 38 above); см. также L. Millán Moro, *La "Opinio iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo* (см. сноску 38 above); R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1991). Некоторые предложили, что *opinio juris* выполняет еще одну роль, помимо обычно отводимой ему в международном обычном праве. См., например, особое мнение судьи Кансаду Триндади в деле *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 283, para. 290 («не следует рассматривать *opinio juris* весьма узко, сводя это понятие к субъективному компоненту обычая и отдаляя его от общих принципов права»).

²⁰⁴ См., например, Mendelson, "The subjective element in customary international law", pp. 194 and 207 (см. сноску 124 выше) («отмечается, что лингвистическая непоследовательность словосочетания *opinio juris sive necessitatis* отражает некоторую непоследовательность концепции этого понятия... в свою очередь, [это] словосочетание имеет сомнительное происхождение и неясное значение»).

²⁰⁵ См. также Kadens and Young, "How customary is customary international law?", p. 907 (см. сноску 200 выше) («Центральная проблема в связи с обычаем заключается в «дополнительном элементе», который необходим для преобразования повторяющейся практики в обязательную норму. А один из главных уроков нашего обсуждения истории заключается в том, что это *всегда* было центральной проблемой»).

²⁰⁶ Как отмечают ученые, Постоянная палата Международного Суда и Международный Суд ссылаются как на понятие воли, так и на понятие убежденности (см. *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, Publications of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 10, p. 18; *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77). По вопросу о попытках примирить эти два подхода см., например, the London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 30 (см. сноску 43 выше) («Можно добиться нивелирования или видимого примирения этих двух подходов за счет использования таких терминов, как «принимается» или «признается» в качестве правовой нормы»); O. Elias, "The nature of the subjective element in customary international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, No. 3 (1995), pp. 501–520.

²⁰⁷ См., например, "Théorie du droit international coutumier" in *Hans Kelsen: Écrits français de droit international*, C. Leben (Paris, Presses universitaires de France, 2001), p. 61; см. также H. Taki, "Opinio juris and the formation of customary international law: a theoretical analysis", *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), pp. 447 and 450. (О некоторых из предлагаемых решений проблемы «парадокса» см. T. Maluwa, "Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law", *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), pp. 387–410; A. Verdross, "Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), pp. 635–653;

дарства могут в целом иметь убеждения²⁰⁸, а также возможно ли вообще доказать такие внутренние мотивы²⁰⁹. Одни авторы утверждают, что *opinio juris* следует понимать как воплощение принципов этики и морали²¹⁰, в то время как другие отрицают значение таких принципов в этом контексте²¹¹. Эти и

J. Tasioulas, "Comment: *opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the 'paradox'", *Australian Year Book of International Law*, vol. 26, 2007, pp. 199–205; D. Lefkowitz, "(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21, No. 1 (2008), pp. 129–148; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pp. 52–53 (см. сноску 66 выше); B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), p. 112; O. A. Elias and C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (The Hague, Kluwer Law International, 1998), pp. 3–21.

²⁰⁸ См., например, D'Amato, "Custom and treaty: a response to Professor Weisburd", p. 471 (см. сноску 83 выше) («будет ошибочным проводить антропоморфное сравнение, утверждая, что образования, которые мы называем государствами, могут быть в чем бы то ни было «убеждены»; поэтому нет основания при попытках описать, как работает международное право и как может быть доказано его содержание, призывать к проведению каких бы то ни было субъективных и абсолютно неопределенных проверок на предмет наличия убежденности»); B. Cheng, "Custom: the future of general State practice in a divided world", in *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, R.St.J. Macdonald, D.M. Johnston eds., (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1983), pp. 513 and 530 («в первую очередь, речь идет о том, могут ли государства, будучи субъектами права, «мыслить», однако это простой вопрос вменения в международном праве. Если государства могут «действовать» и «совершать противоправные деяния» через своих представителей, то почему они не могут «мыслить»? Являются ли все их акты бессознательными? Следующий вопрос заключается в том, можем ли мы установить о чем мыслит человек, не говоря уже о юридическом лице? Это старая проблема. В праве можно без труда установить «намерение сторон», «намерение законодателя», *mens rea*, «умысел» и целый ряд других психических элементов. В праве эти психические элементы не обязательно должны соответствовать действительности. По логике юристов, они являются лишь заключением, которое выносится из того, что было сказано или сделано»).

²⁰⁹ Akehurst, "Custom as a source of international law", p. 36 (см. сноску 84 выше) («Традиционный подход заключается в стремлении найти доказательства того, что считают государства; автор же предпочитает искать выражение государствами своей убежденности путем заявлений»); Taki, "Opinio juris and the formation of customary international law: a theoretical analysis", p. 447 (см. сноску 207 выше) («проблему доказательства» можно решить, сделав заключение о внутреннем сознании действующего лица по некоторым внешним явлениям (например, наблюдаемому поведению)»); J.L. Slama, "Opinio juris in customary international law", *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, No. 2 (1990), pp. 603 and 656 («Действия, прямые заявления, согласие, молчаливое согласие, протесты или отсутствие протестов со стороны государства — все это объективные факторы, которые могут позволить установить *opinio juris*»).

²¹⁰ См., например, R. Wolfrum, "Sources of International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 25 (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>) («Opinio juris, убежденность в том, что определенное поведение требуется или позволено по международному праву, на самом деле говорит об уверенности в том, что такое поведение является справедливым, честным и разумным и поэтому необходимым с точки зрения права»).

²¹¹ См., например, Skubiszewski, "Elements of custom and the Hague Court", p. 838 (см. сноску 84 выше) («отстаивание права одним государством или государствами, терпимое отношение или признание другими того, что первые вправе обладать этим правом, подчинение обязательству — все это свидетельствует о том, что государства считают, что они перешли из сферы фактов в область права. Поскольку права и обязанности, о которых здесь идет речь, имеют строго и исключительно правовую, а не моральную или этическую окраску и не основаны на чувстве вежливости или удобства»); Akehurst, "Custom as a source of international law", p. 37 (см. сноску 84 выше) («заявление о

другие научные споры, которые один автор назвал «архисложными»²¹², зачастую в широком плане отражают более глубокие противоречия в отношении (международного) права²¹³. Между тем субъективный элемент международного обычного права «создает больше трудностей в теоретической плоскости, чем на практике»²¹⁴, и буря теоретических споров, которая может возникнуть

том, что нечто является морально обязательным, может способствовать созданию международных норм морали; это не поможет созданию норм международного права»).

²¹² MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, p. 125 (см. сноску 197 выше).

²¹³ См. также Mendelson, “The subjective element in customary international law”, p. 177 (см. сноску 124 выше) («Одна из причин того, почему споры не могут быть разрешены в течение столь долгого времени, заключается в том, что сторонники различных теорий видят в этом явлении то, что они хотят в нем увидеть, что тем самым укрепляет их предвзятое мнение»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 (см. сноску 6 выше) («различия во мнениях по поводу этого субъективного элемента обычая тесно связаны с бесконечными спорами о том, что такое международное право в целом и что составляет так называемую «основу обязательной силы» этого права»); Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law”, p. 180 (см. сноску 128 выше) («Еще важнее, вероятно, то, что сама идея обычного права порождает всевозможные споры не только по причине практической значимости вместе с присущей этому понятию неопределенностью, но и в связи с его острой политической актуальностью. Именно посредством источников международного права (а обычай по-прежнему входит в число двух основных источников этого конкретного правового порядка) распространяются политические ценности, что делает доктрину источников права в целом весьма неустойчивой ... В таком случае неудивительно, что эта доктрина источников продолжает становиться предметом споров, и неудивительно, что большинство споров, как правило, являются методологическими по своему характеру»); Fidler, “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, p. 199 (см. сноску 168 выше) («проблемы, связанные с международным обычным правом, в конечном счете вытекают из коллидирующих взглядов на международные отношения»). Многие трудности и дебаты объясняются временным анализом субъективного элемента, т.е. его роли на ранней стадии формирования нормы в противовес более поздней стадии появления и выявления. См. также A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, pp. 80–84 (см. сноску 191 выше). Следующие замечания Чэна имеют наибольшую актуальность: «в противовес довольно распространенному мнению, *opinio juris* не обязательно является признанием обязательного характера уже существующей нормы, причем в таком случае встает вопрос о том, как возникла эта уже существующая норма. В такой горизонтальной правовой системе, как международное право, где субъекты являются также законодателями, *opinio juris* — это всего лишь то, что субъект/законодатель в любой момент времени признает в качестве правовой нормы, в качестве общего права...»: B. Cheng, “On the nature and sources of international law”, in *International Law: Teaching and Practice*, B. Cheng, ed. (London, Stevens & Sons, 1982), pp. 203 and 223.

²¹⁴ Briggs, “*The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law*”, p. 730 (см. сноску 174 выше) (где говорится, что «теоретическим трудностям, с которыми сопряжено определение этих элементов [необходимых для создания нормы международного обычного права], или методам и процедурам, с помощью которых обычные нормы международного права создаются или развиваются из необязательной практики, часто уделяется больше внимания, чем тому факту, что в том или ином деле суды без особых трудностей могут определить, существует или нет применимая норма международного обычного права» (p. 729)); см. также London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 30 (см. сноску 43 выше) («... в реальном мире дипломатии вопрос [о субъективном элементе международного обычного права] может быть менее проблематичным, чем в научных кругах»); S. Yee, “The news that *opinio juris* ‘is not a necessary element of customary [international] law’ is greatly exaggerated”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43, 2000, pp. 227 and 230 («Концепция *opinio juris* остается основным источником путаницы

вокруг этого понятия в книгах, редко препятствует его применению на практике²¹⁵.

67. Международный Суд для обозначения субъективного элемента, названного в его Статуте словами «признанный в качестве правовой нормы», использовал целый ряд различных выражений. В их числе были «ощущение юридической обязательности»²¹⁶; «убежденность в обязательности [такой] практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать ... сознание правового обязательства»²¹⁷; «признание необходимости»²¹⁸; «уверенность в необходимости»²¹⁹; «убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике»²²⁰; «осознанное намерение ... общее представление, отражающее уверенность... в отношении права»²²¹; «общее ощущение ... обязательного характера [практики]»²²²; «фактическое осознание подчинения [...] правовому обязательству» или «осознание обязательного характера этой нормы»²²³; «уверенность в том, что они [стороны] применяют право»²²⁴; и «присутствие в представлении [государств] уверенности, уверенности в законности,

среди ученых и специалистов практического толка в области международного права в целом, однако, вероятно, в большей степени среди теоретиков права»); de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 149 (footnote 29) (см. сноску 166 выше) («...доказательство наличия психического элемента обычая не вызывает непреодолимых сложностей, о которых иногда говорят»); Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, p. 24 (см. сноску 179 выше) (в связи с утверждением о том, что наличие *opinio juris* в конкретных случаях трудно доказать, отметил, что «эта проблема может быть несколько преувеличена»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 47 (см. сноску 81 выше) («Вопрос точного определения *opinio juris*, психического элемента формирования обычая, философского камня, который позволяет преобразовать инертную массу накопленных обыкновений в золото обязательных правовых норм, вероятно вызвал больше споров в академических кругах, чем все фактические оспариваемые требования государств на основании предполагаемого обычая вместе взятые»); Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 21 (см. сноску 121 выше) («на практике вопрос доказывания оказался не таким трудным, как предполагали авторы»); *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, reporter’s note 2 («Самой проблемной с концептуальной точки зрения является идея «циркулярности», которая заключается в том, что право основывается на практике, опирающейся на чувство юридического обязательства... Однако такие концептуальные трудности не препятствуют в целом признанию обычного права в соответствии с приводимым здесь определением»).

²¹⁵ В связи с утверждением о том, что чисто теоретические обсуждения, в частности о том, какие требования должны или могут предъявляться к международному обычному праву, не изменяют право см. J. Kammerhofer, “Law-making by scholars”, in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Y. Radi and C. Brölmann eds. (готовится к печати).

²¹⁶ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 286.

²¹⁷ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77.

²¹⁸ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 60 (Separate Opinion of Judge Wellington Koo).

²¹⁹ *Ibid.*, at p. 121 (Dissenting Opinion of Judge Chagla).

²²⁰ *Ibid.*, at p. 82 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon).

²²¹ *Ibid.*

²²² *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 370 (Dissenting Opinion of Judge ad hoc Caicedo Castilla).

²²³ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104, 130 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

²²⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 90 (Dissenting Opinion of Judge Moreno Quitana).

так что они ... принимали эту практику в качестве правовой нормы, от применения которой они, соответственно, не могли уклониться»²²⁵. Другие суды и трибуналы, равно как и государства, аналогичным образом задействовали все богатство языка для обозначения этого «психического»/«качественного»/«нематериального»/«оценочного» требования международного обычного права²²⁶. В целом, однако, все подобные упоминания, как представляется, отражают общее значение: признание государствами того, что их поведение или поведение других согласуется с международным обычным правом. «Убежденность, молчаливое согласие, молчаливое признание, согласие имеют одну общую черту — все они выражают субъективное отношение государств либо к их собственному поведению, либо к поведению других государств в свете международного права»²²⁷.

68. Так называемый «субъективный элемент», являющийся конститутивным для международного обычного права, относится, таким образом, к требованию о том, чтобы соответствующая практика «свидетельствовала бы о всеобщем признании правовой нормы [международного обычного права] или правового обязательства»²²⁸. Хотя термин *opinio juris* применительно к этому элементу, несомненно, стал общепринятым²²⁹, предполагается, что термин «признанный

²²⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 306 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

²²⁶ См. например, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada* (Award on Jurisdiction), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration under the North American Free Trade Agreement, chapter eleven (22 November 2002), para. 97 («осознание обязательства»); Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53 («... *opinio juris*, что означает, что законом является то, что говорят и делают государства»); см. также A/CN.4/659, стр. 19, 21 («Комиссия часто характеризует субъективный элемент как ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы ... В некоторых случаях Комиссия ссылаясь на субъективный элемент, употребляя иную терминологию» (ссылки опущены)).

²²⁷ Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, p. 163 (см. сноску 85 выше); см. также Н. Waldock, “General course on public international law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1962), p. 49 («... окончательный критерий [в определении нормы международного обычного права] всегда должен быть следующим: «Признается ли эта практика в качестве правовой нормы?» Это особенно справедливо в отношении международного сообщества, где в формировании обычая участвуют суверенные государства, которые сами принимают решения и создают нормы права в рамках сообщества. Признание ими практики в качестве правовой нормы самым непосредственным образом становится важнейшей основой обычного права».)

²²⁸ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74; см. также Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 (см. сноску 6 выше) («такая практика должна обеспечивать достаточные основания как минимум для презумпции того, что соответствующие государства признают ее в качестве юридически обязательной»).

²²⁹ Что, по словам Кроуфорда, «быть может, достойно сожаления»: Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 25 (см. сноску 37 выше); Вольфке назвал латинский термин «по-прежнему широко применяющимся, но вводящим в заблуждение», пояснив, что «недоразумения возникают вследствие того, что этот термин, имеющий определенный смысл в истории теории права, современными авторами и, как было показано, даже [Международным] Судом применяется с другими коннотациями или оттенками значения»: Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 45–46 (см. сноску 6 выше). См., однако, Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in

в качестве правовой нормы», возможно, подходит в большей степени²³⁰. Международный Суд, базируясь на формулировках своего Статута, использовал эти формулировки в деле *Right of Passage* («Право прохода»), одном из первых дел, в связи с которыми Суд высказал свое мнение о методологии выявления международного обычного права, сделав вывод о том, что «с учетом всех обстоятельств дела, [он] убедился в том, что эта практика была признана в качестве правовой нормы»²³¹. Употребление этого упомянутого в Статуте термина в значительной степени позволяет преодолеть «парадокс» *opinio juris*, о котором говорилось выше.

69. Предлагается следующий проект вывода:

Проект вывода 10

Роль признания в качестве правовой нормы

1. **Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.**
2. **Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения.**

70. Доказательства «признания в качестве правовой нормы». Для определения нормы международного обычного права необходимо четкое понимание мотивов, стоящих за определенной практикой: «практическое влияние на слож-

customary law”, p. 164 (см. сноску 85 выше) («В зависимости от контекста мы можем говорить о воле, согласии, консенсусе, убежденности, молчаливом согласии, протесте, эскапации или, быть может, даже о чем-то еще. Однако, поскольку термин *opinio juris* пустил столь глубокие корни в международной правовой практике и литературе, вряд ли был смысл пытаться избавиться от него».)

²³⁰ См. также MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, p. 129 (см. сноску 197 выше) («[По сравнению с термином “*opinio juris*”] выражение «признанный в качестве правовой нормы», однако, может допускать толкование смысловых оттенков, которые более точно отражают реальные процессы эволюции от практики или обыкновения к обычаю, как с точки зрения осуществления прав, так и с точки зрения выполнения обязательств»); C. Santulli, *Introduction au droit international*, p. 50 (см. сноску 37 выше) («Статут Международного Суда в статье 38 определяет, что обычай представляет собой «признанную» практику. Таким образом, Статут порывает с традицией, согласно которой *opinio iuris sive necessitatis* обычно рассматривалось в качестве «убежденности» в необходимости следовать правовой норме»); Pellet, “Article 38”, p. 819 (см. сноску 17 выше) (сославшись на историю разработки статьи 38.1(b) и практику Суда, высказал мнение о том, что «принятие» сводится не обязательно к воле государств, но также и к «признанию», что может быть истолковано менее строго»); Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague Court”, pp. 839–840 (см. сноску 84 выше).

²³¹ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6 at p. 40 («Принимая во внимание то, что такая практика в отношении промежуточной территории сохранялась в течение более чем столетия с четвертью независимо от смены режима, что произошло, когда Индия обрела независимость, Суд, с учетом всех обстоятельств дела, убедился в том, что эта практика признавалась сторонами в качестве правовой нормы и привела к возникновению права и соответствующего обязательства».)

ную задачу проведения различия между «правовым» обычаем и неправовым «обыкновением» может оказать лишь объективизация понятия *opinio*²³². На практике обнаружить признание в качестве правовой нормы или судить о нем можно по целому ряду соответствующих действий, совершаемых государствами. Некоторые виды практики могут, таким образом, сами по себе быть доказательством *opinio juris*, или, иными словами, подходить как для установления необходимой практики, так и для ее «признания в качестве правовой нормы»²³³. В этом смысле «все, что делают государства, ... представляет собой государственную практику, имеющую две грани или два аспекта: видимое, наблюдаемое поведение государств (или других субъектов международного права) и их субъективное отношение к такому поведению, которое может косвенно присутствовать в самом деянии или поведении или которое может доводиться до сведения других государств посредством различных поведенческих действий, представляющих собой, в свою очередь, государственную практику

²³² Slama, “*Opinio juris* in customary international law”, p. 656 (см. сноску 209 выше); см. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 48 (см. сноску 84 выше).

²³³ См. также *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 299 («присутствие [норм обычного права] в *opinio juris* государств может быть проверено методом индукции на основе анализа достаточно обширной и убедительной практики, а не путем дедукции из априорных представлений»); *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 305 (Separate Opinion of Judge Petrén) («Поведение этих государств [которые проводили ядерные испытания в атмосфере,] доказывает, что их правительства не придерживались мнения о том, что международное обычное право запрещает ядерные испытания в атмосфере»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 147 (Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert); Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, p. 24 (см. сноску 179 выше) («Многое из того, что описывается в качестве материального элемента практики государств, содержит в себе имплицитный субъективный элемент, признак *opinio juris*»); Bos, “The identification of custom in international law”, p. 30 (см. сноску 144 выше) («в целом, можно сказать, что доказательством [...] «всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» в рамках практики государств может служить что угодно»); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London, Routledge, 2011), p. 63 («В каком-то смысле в качестве “практики государств” может быть квалифицировано все, что государства делают или не делают, поскольку их поведение — это то, что они делают. Поведение государств в более широком смысле, однако, является также нашим единственным ориентиром, указывающим на то, что они хотят в качестве нормы права или считают таковой»); M. Koskeniemi, “Theory: Implications for the Practitioner”, in *Theory and International Law: An Introduction*, P. Allot and others (London, British Institute of International and Comparative Law, 1991), pp. 3 and 15 («В юридической практике не существует способа установить наличие или отсутствие субъективного элемента без установления наличия последовательного единообразного поведения»); Conforti and Labella, *An introduction to International Law*, p. 32 (см. сноску 52 выше) («Субъективный элемент ... связывает воедино все многообразные виды поведения государств»); Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, pp. 292–293 (см. сноску 77 выше) («отделение материальной фиксации «практики государств» от материальной фиксации *opinio juris*, хотя и, быть может, желательно теоретически, практически невозможно, поскольку первая может, посредством своих формулировок, служить доказательством второго»); Thirlway, *The Sources of International Law*, pp. 58, 62 and 70 (см. сноску 38 выше) («Поскольку *opinio juris* — это состояние ума, возникает очевидная трудность при его присвоении такому субъекту, как государство; и поэтому оно должно устанавливаться на основании заявлений и действий государства, особенно таких действий, которые предположительно представляют собой «практический» элемент обычая»).

инного рода»²³⁴. В любом случае, важно, чтобы суд или трибунал все же по факту отдельно идентифицировал эти два элемента.

71. Способ определения доказательства «признания в качестве правовой нормы» может зависеть от содержания нормы и от обстоятельств, при которых эта норма должна применяться. Можно, например, провести различие между случаями, связанными с установлением юридического права, и случаями, связанными с подтверждением юридического обязательства, когда соответствующая практика заключается в поведении «на местах», и случаями, связанными с вербальной практикой.

72. Соблюдение предполагаемой нормы само по себе, как правило, не является достаточным доказательством *opinio juris*: «такое применение не обязательно свидетельствует о том, что субъекты считают, что они действуют в силу юридического обязательства»²³⁵. По словам Международного Суда, «действие или согласие действовать определенным образом само по себе не является демонстрацией чего-то юридически значимого»²³⁶.

73. Аналогичным образом, несмотря на то, что, по мнению некоторых, большое число согласующихся действий²³⁷ или тот факт, что такие случаи проис-

²³⁴ Müllerson, "On the nature and scope of customary international law", p. 344 (см. сноску 84 выше). Международный Суд также ссылался, например, на «практику, демонстрирующую убежденность» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14 at p. 108, para. 206). См., однако, M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), p. 388 («мы не можем сделать каких-либо автоматических выводов о воле или представлениях государства — наличии или отсутствии обычая, — глядя на внешние проявления поведения этого государства. Нормативный смысл поведения может быть определен лишь после того, как мы сначала выясним «внутренний аспект», — т.е., как само государство понимает свое поведение ... Доктрина обычного права расплывчата, поскольку тавтологична. Она исходит из того, что поведение является доказательством *opinio juris*, а последнее служит доказательством того, какое поведение можно рассматривать в качестве обычая».)

²³⁵ Weisburd, "Customary international law: problem of treaties", p. 9 (см. сноску 67 выше); см. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. 423–424 (Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen) («Важно также иметь в виду, что простое доказательство действий или упущений, предположительно составляющих практику государств, не избавляет от необходимости толкования таких действий или упущений. Того факта, что, по мнению государств, реальность не оставляет им ничего иного, как делать то, что они делают, недостаточно, чтобы не квалифицировать их деяния как составную часть практики государств, при условии, однако, что они совершают свои деяния, исходя из убежденности, что действуют, руководствуясь чувством юридической обязательности».)

²³⁶ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 76.

²³⁷ См. например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950*: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 336 (Dissenting Opinion by Judge Azevedo) («согласующиеся эпизоды, в силу их количества, со всей очевидностью будут обнаруживать *opinio juris*»); заявление Португалии в деле о праве прохода о том, что «невозможно утверждать, что единодушие и единообразие [практики государств] не свидетельствуют об убежденности в существовании юридической обязанности (*opinio juris sive necessitatis*)» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 11); H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens, 1958), p. 380 («Если целью судебной деятельности не является умаление правовой значимости наиболее мощного источника норм международного права, а именно поведения государств, то представляется, что верный подход к этому вопросу заключается

ходят на протяжении длительного периода времени²³⁸, могут оказаться достаточными для установления наличия *opinio juris*, это не так. Хотя эти факты действительно могут повлечь за собой признание практики в качестве правовой нормы²³⁹, они не являются воплощением такого признания сами по себе. Как отметил Международный Суд, «даже если примеры таких действий ... были бы гораздо более многочисленными, чем на самом деле, они все равно сами по себе не были бы достаточными, даже в совокупности, для отражения *opinio juris* ... Повторяемость или даже привычный характер действий самих по себе не являются достаточными»²⁴⁰.

74. Таким образом, «признание в качестве правовой нормы» не следует, как правило, доказывать самой практикой, которая, как принято считать, предписывается международным обычным правом. Это к тому же означает, что одно и то же поведение в каком-либо конкретном случае не должно использоваться в качестве доказательства как практики, так и признания этой практики в качестве правовой нормы²⁴¹. Применение этого правила к «нематериальной» прак-

в том, чтобы рассматривать весь массив единообразного поведения правительств (или, в соответствующих случаях, отказ от него) в качестве доказательства *opinio necessitatis juris*, за исключением тех случаев, когда было продемонстрировано, что рассматриваемое поведение не сопровождалось каким-либо подобным намерением»), процитировано с выражением согласия в *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 246–247 (Dissenting Opinion of Judge Sørensen).

²³⁸ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 83 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon) («Факт, наблюдаемый на протяжении многих лет, ... приобретает обязательную силу и принимает свойства правовой нормы»).

²³⁹ См., например, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6 at p. 40 («Принимая во внимание то, что такая практика в отношении промежуточной территории сохранялась в течение более чем столетия с четвертью независимо от смены режима, что произошло, когда Индия обрела независимость, Суд, с учетом всех обстоятельств дела, убедился в том, что эта практика была признана сторонами в качестве правовой нормы и привела к возникновению права и соответствующего обязательства»); и p. 82 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon) («постоянное повторение действия в течение длительного периода времени не ослабляет такое применение; напротив, оно его укрепляет; отношения между этим действием и волей санкционировавших его государств развиваются. Повторение таких действий на протяжении столь длительного периода порождает как в государстве, их осуществляющем, так и в государстве, их допускающем, убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике (статья 38(I)(b) Статута Суда)»).

²⁴⁰ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77; см. также *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, Publications of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 10, p. 28; Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal, Case No. 002/19-09-2007-EEEE/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53 («обширность государственной практики обычно не предполагает презумпцию наличия *opinio juris*»).

²⁴¹ См. также Mendelson, «The formation of customary international law», pp. 206–207 (см. сноску 71 выше) («Не следует, однако, ни в коем случае допускать рассмотрения одного и того же действия в качестве проявления как субъективного, так и объективного элемента. Если придерживаться «преобладающего» мнения о необходимости присутствия обоих элементов, и в частности о необходимости дополнения субъективного элемента «реальной» практикой, то это заведомо исключает рассмотрение заявления в качестве как действия, так и проявления убежденности (или воли)»); M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), pp. 136–141.

тике может также служить гарантией того, что абстрактные заявления сами по себе не могут создавать право²⁴².

75. Проявления «признания в качестве правовой нормы». «Задача определения *opinio* пусть и трудная, но выполнимая (и она значительно облегчается в рамках современного процесса нормотворчества)»²⁴³. Прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной, поскольку относится к международному обычному праву, для начала служит «ярчайшим доказательством» того, что оно «считает себя связанным [этим] определенным принципом или нормой, или что отныне оно будет их соблюдать»²⁴⁴. И наоборот, когда государство заявляет, что нечто не является нормой международного обычного права, это является доказательством отсутствия *opinio juris*. Подобное подтверждение государствами прав или обязательств по международному (обычному) праву (или их отсутствия) могло бы, в частности, принимать форму официального заявления правительства или какого-либо министра этого правительства²⁴⁵, притязаний и юридических меморандумов в судах и трибуналах, сопроводительных заявлений, посредством которых правительства вносят законопроекты в парламент²⁴⁶, совместного заявления государств посредством официального документа или заявлений на многосторонних конференциях, та-

²⁴² См. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19 (см. сноску 84 выше) («Поскольку такие опасения [что отдельный орган или конференция могут «создать» правовую норму посредством абстрактных заявлений представителей государств,] являются оправданными, мы можем сначала попытаться обобщить мнения, проистекающие из утверждения судьи Рида о том, что «притязания могут иметь важное значение на начальных этапах». Разумеется, условия для формирования обычного права таковы, что один эпизод из практики или несколько эпизодов в рамках одного случая не могут создать правовую норму. Необходим, скорее, определенный ряд эпизодов, и заявления на конференции потеряли бы всякую ценность, если бы за ними не последовала единообразная и согласованная практика. Вместе с тем столь же очевидно, что эти условия представляют собой достаточные гарантии, и страх перед мгновенным возникновением обычного права вряд ли служит оправданием для присовокупления дополнительных условий к отдельным эпизодам практики» (ссылки опущены)).

²⁴³ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 50 (см. сноску 84 выше).

²⁴⁴ Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 235 (см. сноску 179 выше); см. также, например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 122–123, para. 55; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 50 (см. сноску 84 выше) («прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной (либо обычной, либо кодифицированной), служит ярчайшим доказательством правовой убежденности государства»).

²⁴⁵ См. например, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 367 (Dissenting Opinion by M. Caicedo Castilla); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at pp. 74–75 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, paras. 100, 105, 113–114 and 120–122.

²⁴⁶ См. также *Mondev International Ltd v. United States of America* (International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), Award, 11 October 2002), para. 111 («Могут ли объяснения, предоставленные подписавшим правительством своему законодательному органу в ходе ратификации или осуществления договора, быть частью истории разработки договора для целей его толкования, или нет, они, безусловно, могут пролить свет на лежащие в основе договора цели и подходы, и тем самым могут служить доказательством *opinio juris*»).

ких как конференции по принятию кодификационных конвенций или обсуждения в Организации Объединенных Наций²⁴⁷. Дипломатические протесты, в частности, «могут выражать и часто выражают мнение о праве по соответствующим вопросам, которого придерживаются выражающие протест государства: в этом отношении они могут стать доказательством признания практики в качестве правовой нормы»²⁴⁸.

76. Доказательство «признания в качестве правовой нормы» (или его отсутствие) можно также найти в целом ряде других видов практики²⁴⁹ в зависимости от конкретного случая и с учетом того, что «для типичного обычая достаточно, чтобы признание практики в качестве правовой нормы основывалось на всех обстоятельствах конкретного дела, прежде всего на отношении, а значит и поведении, признающих государств, для которых эта обычная норма станет обязательной»²⁵⁰. Как это было в случае с практикой (см. пункт 41 выше), приводимый ниже перечень не является исчерпывающим: он предназначен для того, чтобы предложить те материалы, в которых можно найти субъективный элемент:

а) межправительственная (дипломатическая) переписка²⁵¹, такая как меморандум от имени дипломатического представительства в адрес министра

²⁴⁷ См., например, *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p.15, at p. 26; Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 48* (Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («Что касается области, в которой практика является противоречивой и неточной, можно ли и разумно ли полностью отвергнуть как несущественное доказательство того, что именно государства готовы отстаивать и с чем соглашаться, раз оно было получено с позиций, занятых ими в связи с конференцией по кодификации и прогрессивному развитию права в этой области или в ходе ее подготовки? ... Самое малое, что можно сказать, ... заключается в том, что такие декларации и заявления, а также письменные предложения, представленные представителями государств, имеют существенно важное значение для определения мнения этих государств по вопросу права в отношении юрисдикции над рыбными промыслами и их *opinio juris* по вопросу, регулируемому международным обычным правом»); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 329* (Separate Opinion of Judge Tomka); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pp. 14 and 24 (см. сноску 197 выше) («обсуждения в ходе самой конференции полномочных представителей, даже до принятия конвенции и независимо от этого, могут сами по себе привести к формированию консенсуса государств, который в результате их фактической практики кристаллизуется в обычную норму. ... Прямые или косвенные признаки *opinio juris* особенно важны и часты, когда государство участвует в процессе кодификации и прогрессивного развития международного права под эгидой Организации Объединенных Наций»).

²⁴⁸ MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 124 (см. сноску 197 выше).

²⁴⁹ См. также A/CN.4/659, стр. 24 («В ходе оценки субъективного элемента для целей выявления норм международного обычного права Комиссия использует различные материалы»); *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, comment (c) («Явное доказательство осознания правового обязательства (например, содержащееся в официальных заявлениях) не является необходимым; наличие *opinio juris* может быть установлено на основе действий или бездействия»).

²⁵⁰ Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 (см. сноску 6 выше).

²⁵¹ См., например, *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I. C. J. Reports 1951, p. 116, at pp. 135-136; Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 42.*

иностранных дел государства, в котором оно аккредитовано²⁵², или ноты, которыми обмениваются правительства. Используемые в такой переписке формулировки должны быть тщательно проанализированы в контексте для определения того, высказывает ли государство мнение в отношении существования правовой нормы;

б) практика национальных судов²⁵³ четко отражает осознание правового обязательства. Вместе с тем, необходимо проявлять осмотрительность, поскольку «может быть трудно определить ... вытекает ли это осознание правового обязательства из международного права, национального права или национального толкования международного права»²⁵⁴. Только в тех случаях, когда при принятии подобных решений соответствующая норма применяется таким образом, который демонстрирует, в основном посредством аргументации, что эта норма признана, как это требуется в соответствии с международным обычным правом, они могут использоваться как доказательства «признания в качестве правовой нормы»;

с) заключения официальных советников по правовым вопросам о том, что что-либо соответствует или не соответствует международному обычному праву²⁵⁵, и такое заключение принято правительством в качестве юридически обязательного²⁵⁶;

²⁵² См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 371 (Dissenting Opinion by M. Caicedo Castilla).

²⁵³ См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 135, para. 77 (где субъективный элемент «явствовал из позиций государств и практики ряда национальных судов, которые ясно дали понять, что, по их мнению, в соответствии с международным обычным правом требуется предоставить иммунитет»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 76 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal); Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, para. 100.

²⁵⁴ Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, p. 274 (см. сноску 112 выше); см. также *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 171–172 (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert) («И даже в тех случаях, когда национальное законодательство требует присутствия правонарушителя, это не обязательно является выражением *opinio juris* в том смысле, в каком такое требование существует в международном праве. К решениям национальных судов следует относиться с большой осторожностью»). Г-н Хмуд также подчеркнул этот момент в своем выступлении в прошлом году, заявив, что решения национальных судов являются важным источником материала, но их необходимо тщательно анализировать, поскольку национальные суды обычно осуществляют внутренние правовые процедуры соответствующего государства и не обязательно обладают опытом или надлежащими ресурсами для выявления норм международного обычного права (A/CN.4/SR.3183, 19 июля 2013 года).

²⁵⁵ См., например, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 30 November 2006, para. 89.

²⁵⁶ Действительно, следует помнить о том, что такие мнения не обязательно становятся мнениями правительства и что иногда, как уже ранее отмечала Комиссия, «деятельность советников по правовым вопросам неизбежно направлена на осуществление политики» (*Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 372 (см. сноску 111 выше), где было добавлено, что «воспроизведение таких мнений также не будет особо полезным, если оно не будет сопровождаться надлежащим анализом истории вопроса, в отношении которого эти мнения были высказаны»).

d) официальные публикации в области международного права, такие как военные наставления или инструкции для дипломатов;

e) внутренние меморандумы официальных лиц государства, такие как инструкции министерства иностранных дел для своих дипломатов²⁵⁷;

f) договоры (и история их разработки) потенциально также могут продемонстрировать наличие «признания в качестве правовой нормы»²⁵⁸ с учетом того, что «[к]онвенции по-прежнему являются очень важной формой выражения правового сознания народов»²⁵⁹. Для настоящих целей такое правовое сознание (в отношении конвенции в целом или ее определенных положений) должно существовать *за рамками договора*, а не только в его рамках: для того, чтобы договор служил доказательством *opinio juris*, необходимо, чтобы государства (и международные организации), будь то участники договора или нет, независимо от этого договора продемонстрировали, что они считают норму (нормы), приведенную (приведенные) в этом договоре, обязательными правовыми нормами²⁶⁰. Это вполне может произойти в том случае, когда в договоре

²⁵⁷ См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 372* (Dissenting Opinion by M. Caicedo Castilla).

²⁵⁸ См. также *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (International Centre for Settlement of Investment Disputes, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005), para. 144 («в международном праве нет никаких препятствий для того, чтобы волеизъявление государств посредством договоров одновременно являлось проявлением практики и *opinio juris*, необходимых для возникновения обычной нормы, если соблюдены соответствующие условия»); *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at pp. 369-370* (Dissenting Opinion of M. Caicedo Castilla) («... настоящая статья Боливарианского соглашения имеет особое значение в том, что касается обычая в вопросах предоставления убежища, а именно в том, что она демонстрирует наличие как в Колумбии, так и в Перу одного из элементов, которые необходимы для существования обычая — психического элемента, *opinio juris sive necessitatis*. В Боливарианском соглашении признается убежище, признается ценность принципов, применяемых в Америке; вследствие этого принципы, которые оно содержит, являются обязательными. В связи с чем их признание правительствами или правительством отдельно взятой страны предполагает их признание этим правительством в качестве «права», т.е. того, что они являются применимым правом. Этот вопрос имеет огромное значение, поскольку психический элемент обычая, наличие которого всегда так трудно доказать, в этом случае полностью доказано»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Case No. SCSL-04-14-A, Judgement* (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008, para. 403; *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal* (Argentinian Supreme Court), causa No. 24.079C, 11 July 2007, para. III-A (of the State Attorney-General's brief); Appeal Judgement of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 February 2012, para. 94.

²⁵⁹ *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 148* (Individual Opinion of Judge Alvarez); см. также A. T. Guzman and T.L. Meyer, "Customary international law in the 21st century", in *Progress in International Law*, R.A. Miller and R.M. Bratpies, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 207 («использование договоров в качестве доказательства существования международного обычного права может остаться ценной практикой ... поскольку договоры могут содержать заслуживающие доверия свидетельства того, какие нормы государства считают обязательными для неучастников договора»).

²⁶⁰ Памятуя о том, что, как утверждает Вайсбурд, «из этого не следует, что заключение договора в обязательном порядке предполагает *opinio juris*, т.е. то, что стороны считают, что его положения будут юридически обязательными для них за рамками этого договора» (Weisburd, "Customary international law: the problem of treaties", p. 24 (см. сноску 67

предпринята попытка прямо или косвенно *декларировать* норму международного обычного права²⁶¹: тогда «договор является явным доказательством воли государств [участников договора], свободным от двусмысленности и непоследовательности, характерных для разрозненных доказательств из практики государств, которые обычно приводятся при доказывании состояния международного права»²⁶². Иными словами, когда государства признают (в договоре, в ходе переговоров, которые завершились его принятием, в момент его принятия или после него), что договор или некоторые его положения декларируют существующее международное обычное право, это может служить явным доказательством «признания в качестве правовой нормы»²⁶³. В то же время «доказательства практики участников договора, объединенные в договоре, должны оцениваться в соотношении со всеми другими [последовательными и непоследовательными]

выше)). Разумеется, договоры могут служить доказательством существования международного обычного права или способствовать его формированию не только в связи с закрепленными в них нормами, но и в связи с обычным правом международных договоров.

²⁶¹ Как поясняет Бакстер, «декларативный характер договора чаще всего можно определить благодаря прямому заявлению на этот счет, которое обычно содержится в преамбуле такого документа, но характер договора также можно установить на основе анализа работы по подготовке к его заключению и истории его разработки»: Baxter, "Treaties and customs", p. 56 (см. сноску 191 выше); см. также Wolfke, "Treaties and custom: aspects of interrelation", p. 36 (см. сноску 119 выше) («если в договоре прямо или даже косвенно признается наличие уже существующей обычной нормы, то такое признание является еще одним доказательством существования соответствующей обычной нормы»). Вайсбурд верно поясняет, что «даже в тех случаях, когда такого рода заявление [что в договоре декларируется обычай] является неточным описанием состояния права на момент заключения договора, оно равносильно явному признанию участниками договора, что они были бы юридически связаны нормами договора, даже если бы этот договор не существовал»: Weisburd, "Customary international law: the problem of treaties", p. 23 (см. сноску 67 выше). Вместе с тем важно то, что «сложные вопросы ... необходимо учитывать при определении того, можно ли новую норму, изложенную в кодификационной конвенции, считать выражением существующей или формирующейся нормы обычного права, и если можно, то в какой степени. Любая такая норма должна быть проанализирована в ее контексте и в свете обстоятельств ее принятия. Кроме того, ее необходимо рассматривать с учетом того, что может быть быстро развивающейся практикой государств в направлении создания новой нормы» (I. Sinclair, "The impact of the unratified codification convention", в *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, A. Bos and H. Siblesz, eds. (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986), pp. 211 and 220).

²⁶² Baxter, "Treaties and customs", p. 36 (см. сноску 191 выше).

²⁶³ См. также Weisburd, "Customary international law: the problem of treaties", p. 25 (см. сноску 67 выше) («тот или иной договор не является доказательством существования *opinio juris*, если участники в тексте договора прямо отрицают *opinio juris* в отношении наличия правового статуса норм договора за пределами этого документа [т.е. в договорах декларируется, что стороны заключили договор исключительно из любезности]. Это — вопрос, касающийся убежденности сторон. Однако, если убежденность является ключевым вопросом, то из этого, судя по всему, следует, что договор может содержать отрицание *opinio juris* даже без прямого заявления на этот счет, если он содержит другие доказательства того, что участники договора считают содержащиеся в нем нормы обязательными только в его рамках. Это не означает, что такие договоры как таковые не являются юридически обязательными, или то, что такое отрицание *opinio juris* в договоре станет препятствием для возникновения обычной нормы по данному вопросу за пределами договора. Это лишь означает, что нельзя считать такой договор сам по себе доказательством того, что устанавливаемые в нем нормы имеют статус норм обычного права»).

довательными] доказательствами существования международного обычного права в соответствии с обычной процедурой, используемой для доказывания существования международного обычного права», в частности в соотношении с «имевшей место практикой или заявлениями соответствующего государства [соответствующих государств]»²⁶⁴. Тот факт, подписали ли и/или ратифицировали ли договор в действительности соответствующие государства, и возможность участников договора делать оговорки к статьям договора также могут иметь отношение к оценке существования *opinio juris*²⁶⁵, но эти аспекты не обязательно свидетельствуют о его отсутствии с учетом того, что обычаи и договор могут сосуществовать независимо друг от друга²⁶⁶. В любом случае,

²⁶⁴ Baxter, "Treaties and customs", pp. 43 and 44 (см. сноску 191 выше); см. также Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 154 (см. сноску 139 выше) («следует подчеркнуть, что кодифицирующие конвенции, даже те, в которых прямо указывается, что они содержат существующие нормы обычного права, ни в коей мере нельзя считать окончательным доказательством существования обычного права»). Согласно мнению Суда, высказанному в ином контексте, «... в области международного обычного права общее мнение сторон в отношении содержания того, что они считают нормой, недостаточно. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para 184.

²⁶⁵ См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 38–39, para. 63, и p. 42, para. 72; и см. p. 130 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun) («полномочия обусловить осуществление ... [положения договора оговорками] предполагают отсутствие в сознании субъектов, подписавших Конвенцию, *opinio juris sive necessitatis*. Последнее требует осознания обязательного характера этой нормы, и, само собой разумеется, что норма не может осознаваться обязательной в тех случаях, когда стороны оставили за собой право ее не применять»); см. также *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (Separate Opinion of Judge Petřén) (где отмечается, что стороны, подписавшие договор, который можно денонсировать, «демонстрируют, что они по-прежнему считают, что международное обычное право не препятствует выполнению [обязательств, перечисленных в договоре]»); *Nahimana et al. v. Prosecutor*, Case No. ICTR-99-52-A, *Judgment* (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda), 28 November 2007 (Partly Dissenting Opinion of Judge Meron), para. 5 («Число и объем оговорок свидетельствуют о том, что в международном сообществе существуют глубокие разногласия относительно того, являются ли просто мотивированные ненавистью заявления запрещенными или их следует запретить, что указывает на то, что статья 4 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и статья 20 Международного пакта о гражданских и политических правах не отражают сложившегося принципа. Поскольку государства не пришли к консенсусу, очевидно, что в международном обычном праве нет нормы, предусматривающей уголовную ответственность за просто мотивированные ненавистью заявления»); *Diplomatic Immunity of Domestic Servants Case* (Austrian Supreme Court), OGH 6 Ob 94/71, *Judgement of 28 April 1971*, SZ 1971 No. 44/56, 204.

²⁶⁶ В отношении оговорок (и, по аналогии, денонсации) см. также Baxter, "Treaties and customs", pp. 47–53 (см. сноску 191 выше); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 44 (см. сноску 43 выше) («[Заключение] 22. Тот факт, что в договоре разрешается делать оговорки ко всем или к определенным его положениям, сам по себе не создает презумпции того, что в этих положениях не декларируется существующее обычное право»); *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 197–198 (Dissenting Opinion of Judge Morelli). В отношении ратификации (или нератификации) кодифицирующих конвенций как доказательства признания в качестве правовой нормы см., например, Sinclair, "The impact of the unratified Codification Convention", p. 227 (см. сноску 261 выше) («справедливо будет отметить, что кодифицирующие конвенции, которые ратифицированы даже небольшим

«вопрос о том, является ли договорная норма надежным доказательством существования *opinio juris* для целей обычного права, по существу является вопросом факта». Для того, чтобы это определить, «необходимо рассмотреть заявления, утверждения и поведение государств ...»²⁶⁷. Еще один вопрос заключается в том, может ли повторение схожих или идентичных положений в большом числе двусторонних договоров быть доказательством «признания в качестве правовой нормы». И в этом случае будет необходимо проанализировать это положение (и договор, в котором оно приведено) в их контексте и в свете обстоятельств их принятия. Это особенно верно, поскольку «многообразие ... договоров ... является в определенной степени палкой о двух концах»²⁶⁸: «согласованность даже значительного числа договоров сама по себе не является ни достаточным доказательством, ни даже достаточной презумпцией того, что международное сообщество в целом считает такие договоры доказательством существования международного обычного права. Напротив, имеется довольно много случаев, когда такие договоры, как представляется, являются доказательством существования исключений из общих правил»²⁶⁹;

г) Резолюции заседающих органов международных организаций, таких как Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности Организации Объединенных Наций, и резолюции международных конференций. *Opinio juris* может быть установлено на основе позиций государств по отношению к этим не имеющим обязательного характера текстам, целью которых, прямо или косвенно, является декларация существующей правовой нормы, что может быть выражено го-

числом государств, в целом могут быть вполне приняты во внимание в качестве определенного доказательства существования *opinio juris* в отношении соответствующего предмета. *Качество* доказательства будет зависеть от источника конкретного положения, о котором может идти речь. Если работа по подготовке конкретной кодифицирующей конвенции свидетельствует о том, что определенное положение было принято на конференции по кодификации в результате голосования, характеризовавшегося резким разделением мнений, и что возникшие в этой связи противоречия, возможно, привели к тому, что ряд государств отказался от участия в конвенции, то налицо веские основания для того, чтобы не придавать этому положению большого значения в контексте последующей деятельности по кодификации»).

²⁶⁷ Schachter, "Entangled treaty and custom", p. 735 (см. сноску 191 выше).

²⁶⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 306 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

²⁶⁹ Wolfke, "Treaties and custom: aspects of interrelation", p. 35 (см. сноску 119 выше); см. также *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615 («Факт, на который ссылалась Гвинея, а именно что в различных международных соглашениях, таких как соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонская конвенция, были созданы специальные правовые режимы, регулирующие защиту инвестиций, или что соответствующие положения обычно включаются в контракты, которые заключаются напрямую между государствами и иностранными инвесторами, не является достаточным для того, чтобы показать, что произошло изменение обычных норм, касающихся дипломатической защиты; он может в равной степени свидетельствовать об обратном»); Kunz, "The nature of customary international law", p. 668 (см. сноску 56 выше) («Договоры могут в одних обстоятельствах быть доказательством соблюдения обоих условий, а в других — доказательством обратного»); Wolfke, "Some persistent controversies regarding customary international law", pp. 9–10 (см. сноску 93 выше); Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 71 (см. сноску 38 выше); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, pp. 47–48 (см. сноску 43 выше) («Нет никакой презумпции того, что ряд аналогичных положений договоров создает новую обычную норму того же содержания»).

лосованием (за, против или воздержались) по резолюции, присоединением к консенсусу или посредством заявлений, сделанных в связи с этой резолюцией²⁷⁰. Такие выводы необходимо, однако, делать «с должной осторожностью»²⁷¹, поскольку государства, выражая согласие (или несогласие) с текстом

²⁷⁰ См., например, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 99–100 and 101 («Это *opinio juris* может, хотя и с должной осторожностью, быть установлено на основе, в частности, позиции сторон и позиции государств по отношению к некоторым резолюциям Генеральной Ассамблеи ... Факт согласия с текстами таких резолюций ... может пониматься как признание действительности провозглашенной в резолюции нормы или ряда норм самих по себе... Принятие государствами ... [резолюции] позволяет определить их *opinio juris* в отношении международного обычного права по данному вопросу»); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, paras. 111 and 112; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitral Award (1977), ILR, vol. 62, pp. 140 and 189 («... указанные резолюции если и не являются общепринятым источником права, то свидетельствуют о преобладающем в последнее время в международном сообществе представлении о суверенном праве государств на свои природные ресурсы...»); *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitral Award 1977, ILR, vol. 53, pp. 389 and 491–495; Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, pp. 210–211 (см. сноску 24 выше); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 65 (см. сноску 81 выше) («Предполагается, ... что в действительности обсуждения, а также заявления, сделанные от имени государств-членов в ходе обсуждений, почти всегда будут иметь большее значение, чем резолюции»); Pellet, “Article 38”, pp. 817 and 825 (см. сноску 17 выше) («В случае установления обычной нормы общего международного права ... предполагается, что ... [резолюции, принятые органами международных организаций,] являются, скорее, проявлением *opinio juris*, нежели формированием практики... при оценке их юридической значимости важным элементом является не то, что говорится в них, а то, что говорят о них государства»); Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 260 (см. сноску 133 выше) («Резолюции Генеральной Ассамблеи могут быть эффективным механизмом для обнаружения... *opinio juris*, особенно по сравнению с досадным стремлением государств любой ценой не обсуждать эту концепцию в рамках своих двусторонних дипломатических сношений»); A/HRC/22/44, п. 43; см. также выводы комиссии Института международного права о разработке общих многосторонних конвенций и документов недоговорного характера, имеющих ненормативные функции или цели, в связи с резолюциями Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций (1987 год, имеется по адресу: www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF): «Целью резолюции, декларирующей норму права, является изложение существующей правовой нормы. В частности, она может служить средством определения или толкования международного права, она может служить доказательством международного обычая, или в ней могут быть изложены общие принципы права» (вывод 4); «Резолюция может служить доказательством наличия обычного права или одного из его компонентов (практики, ведущей к возникновению обычая, *opinio juris*), в частности в тех случаях, когда в этом заключалось намерение государств при принятии данной резолюции, или когда применяемые процедуры привели к выработке правовой установки» (вывод 20); «Содержащееся в резолюции доказательство [международного обычая] может быть опровергнуто» (вывод 21). Розен отметил, что «для определения того, согласно ли на самом деле конкретное государство с данной резолюцией, полностью или частично, необходим тщательный анализ всех протоколов принявшего эту резолюцию органа»: Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 (см. сноску 79 выше).

²⁷¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188; и см. p. 184 (Separate Opinion of Judge Ago) («Кроме того, имеются сомнения, которые я считаю своим долгом выразить в связи с идеей... о том, что принятие определенных резолюций или

резолюции, могут, на самом деле, иметь различные мотивы: действительно, «поддержку резолюций, декларирующих нормы права, ... следует оценивать в контексте обстоятельств, связанных с этим действием. Совершенно не очевидно, что голосование за декларирующую нормы права резолюцию само по себе является неопровержимым доказательством убежденности в том, что в резолюции выражается определенная правовая норма»²⁷². Как отметил Международный Суд по поводу резолюций Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, «даже если они не носят обязательного характера, [такие резолюции] иногда могут иметь нормативное значение. При определенных обстоятельствах они могут обеспечивать свидетельства, важные для установления наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris*. Чтобы установить, верно ли это по отношению к какой-либо конкретной резолюции Генеральной Ассамблеи, необходимо изучить ее содержание и условия ее принятия; необходимо также установить, существует ли *opinio juris* в отношении ее нормативного характера»²⁷³. Хотя исследование формулировок и конкретных обстоятельств принятия определенной резолюции, безусловно, необходимо, можно предположить, что, как правило, там, где можно обнаружить поданное государствами «значительное число голосов против и воздержавшихся», всеобщее *opinio juris* в отношении нормативного характера резолюции отсутствует; иными словами, такой резолюции будет «недостаточно для установления факта существования *opinio juris*»²⁷⁴. Аналогичным образом, резолюция, принятая едино-

завлений, разработанных в рамках Организации Объединенных Наций и Организации американских государств, а также в другом контексте, можно рассматривать как убедительные доказательства наличия у соответствующих государств сходного *opinio juris*, обладающего всей силой нормы международного обычного права); см. также руководящие положения 3.1.5.3 и 4.4.2 «Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам» Комиссии (2011 год) (см. резолюцию 68/111 Генеральной Ассамблеи, приложение).

²⁷² Schachter, "Entangled treaty and custom", p. 730 (см. сноски 191 выше); см. также Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 (см. сноски 79 выше) («Часто бывает так, что голосование является свидетельством политического устремления, а не заявлением об убежденности в том, что правовая норма действительно требует такого голосования или содержит какой-либо элемент *opinio juris sive necessitatis* ... или что эта резолюция представляет собой правовую установку»); Hannikainen, "The collective factor as a promoter of customary international law", p. 138 (см. сноски 128 выше) («Подавляющее большинство резолюций международных организаций официально являются лишь рекомендациями. Это хорошо известно государствам — у них могут быть самые разные причины голосовать за какую-либо резолюцию. Эти причины могут включать политическую целесообразность и желание не оказаться в одиночестве на фоне остальных. Даже если в резолюции используется юридическая терминология и говорится об обязательствах всех государств, голос какого-либо государства, поданный за эту резолюцию, не может считаться исчерпывающим доказательством *opinio juris*».)

²⁷³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 254–255; см. также обобщенное мнение Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США в деле «Седко» (1986 год): «Резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций не имеют прямой обязательной силы для государств и, как правило, не являются доказательством наличия обычного права. Тем не менее общепризнано, что эти резолюции в определенных конкретных обстоятельствах могут рассматриваться как доказательство международного обычного права или могут внести свой вклад — наряду с другими факторами — в создание такого права». *ILM*, vol. 25, p. 629, at pp. 633–634.

²⁷⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 71.

гласно (или подавляющим и репрезентативным большинством голосов), может служить доказательством общепринятой правовой установки²⁷⁵. Кроме того, если государство не только воздерживается от высказывания возражений против принятия какой-либо резолюции, декларирующей нормы права, но и играет активную роль в ее продвижении, то его вполне можно считать выразившим «признание в качестве правовой нормы» ее нормативного содержания²⁷⁶. Наконец, «целый ряд резолюций [содержащих согласующиеся заявления] может свидетельствовать о постепенной эволюции *opinio juris*, требуемого для установления новой нормы»²⁷⁷; это также, разумеется, зависит от конкретных обстоятельств²⁷⁸.

²⁷⁵ См. также *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 79 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at pp. 235 and 236 (Separate Opinion of Judge Al-Khasawneh); Barboza, "The customary rule: from chrysalis to butterfly", p. 5 (см. сноску 119 выше) («Вероятность того, что такого рода [нормативные резолюции Генеральной Ассамблеи] послужат декларацией обычного права или основой для формирования обычая, зависит как раз от стоящего за ними большинства. Если они приняты единогласно или на основе консенсуса, то они в большей степени выражают мнение международного сообщества, чем многосторонние договоры, состав участников которых сравнительно ограничен»).

²⁷⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 133, para. 264.

²⁷⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 70; см. также p. 532 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry) («Сами декларации главного представительного органа мирового сообщества, Генеральной Ассамблеи, не являются источником права, но, будучи ... повторенными в целом потоке резолюций, ... [они] во многом усиливают [представление о норме международного обычного права]»); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 236 (Separate Opinion of Judge Al-Khasawneh) («[большое количество резолюций, принятых подавляющим большинством или консенсусом, постоянно подчеркивающих одну и ту же мысль,] хотя и не имеют обязательной силы, порождают, тем не менее, правовые последствия и указывают на постоянный характер *opinio juris* международного сообщества»); *South West Africa, Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 292 (Dissenting Opinion of Judge Tanaka) («Разумеется, мы не можем признать, что отдельные резолюции, декларации, решения, постановления и т.д. имеют обязательную силу для членов [международной] организации. Для международного обычного права требуется повторение одной и той же практики; соответственно, в данном случае одни и те же или разные организации должны регулярно принимать резолюции, декларации и т.д. по одному и тому же вопросу. Параллельно с таким регулярным повторением, при том что каждая резолюция, декларация и т.д., рассматривается как проявление коллективной воли отдельных государств-участников, воля международного сообщества может, безусловно, быть сформулирована более быстро и более точно по сравнению с традиционным методом нормативного процесса. Этот коллективный, комплексный и органичный процесс формирования обычая можно охарактеризовать как срединный путь между нормотворчеством посредством конвенций и традиционным процессом возникновения обычая, и он может рассматриваться как важный элемент с точки зрения развития международного права. Одним словом, увеличение числа авторитетных заявлений, таких как резолюции, декларации, решения и т.д., касающихся толкования Устава компетентными органами международного сообщества, может быть квалифицировано как доказательство наличия международного обычая, о котором говорится в статье 38, пункт 1(b)»); E. Suy, "Innovation in international law-making processes", in *The International*

77. *Бездействие как доказательство субъективного элемента.* «Признание в качестве правовой нормы» может также быть установлено на основании бездействия или воздержания от действия в тех случаях, когда они представляют собой согласие с определенной практикой или ее молчаливое одобрение²⁷⁹. По

Law and Policy of Human Welfare, R.St. John Macdonald, D. M. Johnston and G.L. Morris, eds. (Alphen aan den Rijn, Sitjhoff & Noordhoff, 1978), pp. 187 and 190 («[opinio juris] может также возникнуть ... путем простого повторения принципов в последующих резолюциях, одобряемых государствами»). См., однако, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 (см. сноску 79 выше) («В настоящее время в повестках дня международных органов наблюдается тенденция к чрезмерному повторению, и многократное голосование представляет собой слабое отражение политического решения, принятого, когда этот вопрос был впервые вынесен на обсуждение»). Ср. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at p. 99 (Separate Opinion of Vice-President Ammoun) («Генеральная Ассамблея подтвердила законность этой борьбы [за освобождение от иностранного господства] по меньшей мере в четырех резолюциях, ... совокупность которых уже представляет собой обычай») и p. 121 (Separate Opinion of Judge Dillard) («даже если определенная резолюция Генеральной Ассамблеи не носит обязательного характера, совокупное воздействие многих резолюций, если они аналогичны по своему содержанию, за которые было подано подавляющее большинство голосов и которые часто повторялись за определенный период времени, может привести к возникновению общего opinio juris и, таким образом, создать норму международного обычного права»).

²⁷⁸ См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 254–255, and at pp. 319–320 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel) («[Резолюции Генеральной Ассамблеи] были приняты различным большинством голосов перед лицом сильной, последовательной и качественно значимой оппозиции, ... состоящей из государств, которые вместе обладают большей частью военной и экономической мощи мира и население которых составляет весьма значительную часть населения земного шара, [чего] более чем достаточно для лишения данных резолюций [Генеральной Ассамблеи] правового авторитета... [П]овторяемость резолюций Генеральной Ассамблеи в этом ключе... скорее демонстрирует то, чем право не является. Перед лицом сохраняющейся и значительной оппозиции повторяемость резолюций Генеральной Ассамблеи является признаком неэффективности с точки зрения как нормотворчества, так и практического эффекта»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at pp. 435–436 (Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick) («[возможно, что] резолюций Организации Объединенных Наций и других способов выражения мнения международного сообщества, сколь бы частыми, многочисленными и настойчивыми они ни были, недостаточно для обоснования точки зрения о том, что международное обычное право в настоящее время включает [определенную норму]»); см. также Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 (см. сноску 79 выше) («В особенности дезориентирующим понятием является консенсус, поскольку формальный элемент отсутствия голосования часто будет скрывать многочисленные оговорки, погребенные в протоколах, и зачастую он означает только согласие с использованием определенных слов и с их местом в предложении при отсутствии согласия или даже при несогласии с их значением и с замыслом документа в целом»); London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 59 (см. сноску 43 выше).

²⁷⁹ См., например, *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at p. 242 (Dissenting opinion of Judge Read) («Тот факт, что ни одно государство не приняло эту позицию [о том, что государство, участвующее в споре, может препятствовать его арбитражному урегулированию путем затягивания назначения представителя в Комиссию], является лучшим подтверждением рассмотренного выше международного обычая или практики в вопросах арбитражного разрешения споров»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 232 (Dissenting Opinion of Judge Lachs); Priebke, *Erich s/solicitud de extradición* (Argentinian Supreme Court), causa No 16.063/94, 2 November 1995, para. 90; см. также Wolfke, *Custom in Present international law*, p. 48 (см. сноску 6 выше) («терпимое отношение к определенной практике со стороны других государств, учитывая все соответствующие обстоятельства,

словам Фицмориса, «разумеется, отсутствие возражений имеет значение лишь в той степени, в какой оно подразумевает согласие, молчаливое одобрение и терпимое отношение со стороны соответствующих государств; однако отсутствие возражений как таковое не обязательно и не во всех случаях несет в себе такой смысл. Это зависит от того, вызывают ли обстоятельства необходимость таких возражений, поскольку их отсутствие будет считаться согласием или молчаливым одобрением. Обстоятельства не всегда носят такой характер, в частности, когда, например, другие государства не были проинформированы о соответствующей практике или обыкновении, или, во всяком случае, не очевидно, на основании чего можно было бы предположить их информированность; или же если соответствующая практика или обыкновение принимают такую форму, что другие государства не имеют объективной возможности сделать вывод об их подлинном характере»²⁸⁰.

78. Противоречивая практика (т.е. практика, не согласующаяся с предполагаемой нормой международного обычного права) может служить доказательством отсутствия «признания в качестве правовой нормы»²⁸¹, точно так же она может способствовать тому, чтобы определенная практика не рассматривалась в качестве устоявшейся. Однако практика, которая не соответствует норме, может стать примером, подтверждающим *opinio juris*, если такое действие обосновывается с позиций, поддерживающих обычную норму²⁸².

79. Доказательства «признания в качестве правовой нормы» тем или иным конкретным государством (или международной организацией) могут быть непоследовательными; например, «правительства и национальные суды в одном и том же государстве могут иметь разные мнения по одному и тому же вопросу,

служит обоснованием презумпции ее признания в качестве правовой нормы»); J. I. Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pp. 529 and 536. Судья Хадсон писал о том, что «если другие государства своевременно не оспаривают такое представление [осуществившего действие государства о том, что данная практика диктуется правом]», то оно становится одним из элементов международного обычного права: Hudson, *The Permanent Court of Justice, 1920–1942: a Treatise*, p. 609 (см. сноску 181 выше).

²⁸⁰ Fitzmaurice, "The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54", p. 33 (см. сноску 173 выше); см. также *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, Publications of the Permanent Court of International Justice, *Collection of Judgments*, Series A, No. 10, p. 28 («говорить о международном обычае можно только тогда, когда такие случаи воздержания от совершения действий были основаны на осознании ими [государствами] обязанности воздерживаться»); *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 42, para. 73 («То, что нератификация иногда может быть обусловлена и другими факторами, а не только активным неодобрением соответствующей конвенции, вряд ли может служить основой для вывода о позитивном признании ее принципов: причины умозрительны, а факты есть факты»). Даниленко подчеркивает, что «в действующем международном праве отсутствие протеста означает молчаливое одобрение только в том случае, когда практика затрагивает интересы [(прямые или косвенные)] и права бездействующего государства»: Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 108 (см. сноску 139 выше).

²⁸¹ См., например, *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 305 (Separate Opinion of Judge Petrén) («Поведение этих государств [которые проводили ядерные испытания в атмосфере,] доказывает, что их правительства не придерживались мнения о том, что международное обычное право запрещает ядерные испытания в атмосфере»).

²⁸² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, *Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 106 and 108–109 (paras. 202 and 207).

что еще больше затрудняет определение *opinio juris* в этом государстве»²⁸³. Как и в случае с практикой, такая двойственность может подорвать значимость *opinio juris* этого государства (или международной организации) при попытке выявить наличие или отсутствие нормы международного обычного права.

80. Предлагается следующий проект вывода:

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы. Они могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.

2. К формам доказательств относятся, в частности, заявления государств, указывающие на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и международных конференций.

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы.

VII. Будущая программа работы

81. Как уже было объявлено²⁸⁴, в третьем докладе в 2015 году будет продолжено обсуждение этих двух элементов международного обычного права («всеобщая практика»; «признание в качестве правовой нормы»), а также связи между ними с учетом прогресса, достигнутого в рассмотрении темы в 2014 году. В нем будут более подробно рассмотрены некоторые конкретные аспекты, затронутые в настоящем докладе, в частности роль договоров, резолюций международных организаций и конференций и роль международных организаций в целом. В третьем докладе будет также рассмотрена норма о «последовательно возражающей стороне» и «специальное» или «региональное» международное обычное право, а также «двусторонний обычай».

82. Как отмечалось в первом докладе, на своей первой и второй сессиях соответственно в 1949 и 1950 годах Комиссия согласно мандату, содержащемуся в

²⁸³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 171 (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert).

²⁸⁴ A/CN.4/663, пункт 102.

статье 24 своего Положения, включила в повестку дня тему «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права». Это привело к вынесению ряда рекомендаций, которые были приняты Генеральной Ассамблеей и которые до сих пор имеют важное значение²⁸⁵.

83. Как упоминалось выше, одной из важных практических проблем в условиях современного мира остается распространение и местонахождение практики (и *opinio juris*)²⁸⁶. В этой связи предлагается дополнить проект выводов указаниями на то, где и как выявлять практику и признание в качестве правовой нормы. Такие указания позволят дать описание различных источников, в которых могут быть обнаружены практика и *opinio juris*, например в сводах права и других публикациях отдельных государств, а также в публикациях по вопросам практики в конкретных областях международного права.

84. Специальный докладчик по-прежнему намерен представить в 2016 году заключительный доклад, содержащий пересмотренные проекты выводов и комментарии с учетом обсуждений и решений 2014 и 2015 годов, однако признает, что, как отметили некоторые члены Комиссии, эта программа работы весьма амбициозна.

²⁸⁵ См. также A/CN.4/659, пункты 9–11; A/CN.4/663, пункт 9.

²⁸⁶ См., например, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pp. 58–61 (см. сноску 79 выше); Corten, *Méthodologie du droit international public*, pp. 149–178 (см. сноску 176 выше).

Приложение

Предлагаемые проекты выводов относительно выявления международного обычного права

Часть первая Введение

Проект вывода I

Сфера охвата

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.
2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (*jus cogens*).

Проект вывода 2

Употребление терминов

Для целей настоящих проектов выводов:

- а) термин «международное обычное право» означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы и отражают ее;
- б) термин «международная организация» означает межправительственную организацию;
- в) ...

Часть вторая Два конститутивных элемента

Проект вывода 3

Основной подход

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

Проект вывода 4

Оценка доказательств

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства.

Часть третья

Всеобщая практика

Проект вывода 5

Роль практики

Требование — как элемент международного обычного права — в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

Проект вывода 6

Присвоение поведения

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции.

Проект вывода 7

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербального действия.
2. К видам практики, среди прочего, относятся: поведение государств «на местах», дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.
3. Бездействие также может считаться практикой.
4. Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой.

Проект вывода 8

Оценка доказательств практики

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.
2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение.

Проект вывода 9

Практика должна быть общей и последовательной

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.
2. Практика должна быть в целом последовательной.
3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.
4. При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

Часть четвертая

Признание в качестве правовой нормы

Проект вывода 10

Роль признания в качестве правовой нормы

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.
2. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения.

Проект вывода 11

Доказательства признания в качестве правовой нормы

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы. Они могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.
2. Виды доказательств включают в себя — не ограничиваясь этим — заявления государств, в которых они указывают на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций.
3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы.
