



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
 14 February 2018
 Russian
 Original: Chinese/English/Russian/
 Spanish

Комиссия международного права

Семидесятая сессия

Нью-Йорк, 30 апреля — 1 июня 2018 года,
 и Женева, 2 июля — 10 августа 2018 года

Выявление международного обычного права

Комментарии и замечания, полученные от правительств

Содержание

| | <i>Стр.</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| I. Введение | 3 |
| II. Комментарии и замечания общего характера | 3 |
| III. Конкретные замечания по проектам выводов | 9 |
| A. Часть вторая — Основной подход | 9 |
| 1. Проект вывода 2 — Два конститутивных элемента | 9 |
| 2. Проект вывода 3 — Оценка доказательств по двум конститутивным элементам | 11 |
| B. Часть третья — Всеобщая практика | 14 |
| 1. Проект вывода 4 — Требование наличия практики | 14 |
| 2. Проект вывода 5 — Поведение государства как практика государства | 25 |
| 3. Проект вывода 6 — Формы практики | 25 |
| 4. Проект вывода 7 — Оценка практики государства | 33 |
| 5. Проект вывода 8 — Практика должна быть всеобщей | 34 |
| C. Часть четвертая — Признание в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>) | 40 |
| 1. Проект вывода 9 — Требование признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>) | 40 |
| 2. Проект вывода 10 — Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>) | 43 |



| | | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| D. | Часть пятая — Значение определенных материалов для выявления международного обычного права | 49 |
| 1. | Проект вывода 11 — Договоры | 49 |
| 2. | Проект вывода 12 — Резолюции международных организаций и межправительственных конференций | 52 |
| 3. | Проект вывода 13 — Решения судов и трибуналов. | 56 |
| 4. | Проект вывода 14 — Доктрины | 57 |
| E. | Часть шестая — Настойчиво возражающее государство | 58 |
| 1. | Проект вывода 15 — Настойчиво возражающее государство | 58 |
| F. | Часть седьмая — Партикулярное международное обычное право | 64 |
| 1. | Проект вывода 16 — Партикулярное международное обычное право | 64 |
| IV. | Замечания по окончательной форме проектов статей | 68 |

I. Введение

1. На своей шестьдесят восьмой сессии, состоявшейся в 2016 году, Комиссия международного права приняла в первом чтении проекты выводов о выявлении международного обычного права¹. В соответствии со статьями 16–21 своего положения Комиссия решила препроводить эти проекты выводов правительствам через Генерального секретаря для получения от них комментариев и замечаний с просьбой предоставить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 1 января 2018 года². Своей запиской от 17 января 2017 года Генеральный секретарь препроводил правительствам проекты выводов о выявлении международного обычного права с комментариями к ним и предложил им предоставить свои комментарии и замечания в соответствии с просьбой Комиссии.

2. В своих резолюциях 71/140 от 13 декабря 2016 года и 72/116 от 7 декабря 2017 года Генеральная Ассамблея обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно получить их комментарии и замечания по проектам выводов до 1 января 2018 года.

3. По состоянию на 13 февраля 2018 года письменные комментарии были получены от Австрии (22 января 2018 года), Беларуси (12 января 2018 года), Дании (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции) (22 декабря 2017 года), Израиля (18 января 2018 года), Китая (26 декабря 2017 года), Нидерландов (23 января 2018 года), Новой Зеландии (20 декабря 2017 года), Республики Корея (10 января 2018 года), Сальвадора (18 декабря 2017 года), Сингапура (28 декабря 2017 года), Соединенных Штатов Америки (5 января 2018 года) и Чешской Республики (3 января 2018 года).

4. Комментарии и замечания, полученные от правительств, воспроизводятся ниже в следующем тематическом порядке: комментарии и замечания общего характера; замечания в связи с конкретными проектами выводов и замечания по окончательной форме проектов выводов³.

II. Комментарии и замечания общего характера

Австрия

[Подлинный текст на английском языке]

Австрия выражает сожаление по поводу того, что ни в проектах выводов, ни в комментарии не рассматривается значение второго аспекта субъективного конститутивного элемента международного обычного права — *opinio necessitatis*. Слово “*sive*” в выражении “*opinio juris sive necessitatis*” выполняет разделительную функцию, что придает элементу *necessitas* отдельный статус. В научных трудах приводятся примеры, когда определенное поведение государств, которое при прочих обстоятельствах является противоправным, считается политически, экономически или нравственно необходимым. В комментарии следует рассмотреть вопрос об отдельной функции “*opinio necessitatis*”.

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10), п. 57.

² Там же, п. 60.

³ В каждом из разделов ниже полученные комментарии и замечания группируются по государствам, которые перечислены в английском алфавитном порядке.

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Международный обычай является исторически первым и сохраняющим свою ценность в современных условиях источником международного права. Обычные нормы международного права заполняют правовой вакуум в сферах, не урегулированных международными договорами, и обеспечивают гармоничное, системное и непротиворечивое применение договорных норм.

В ходе работы над этой темой следует рассмотреть следующие вопросы:

- каким образом формируются нормы обычного права;
- материальные источники определения существования таких норм;
- основные («конститутивные» по тексту проекта вывода 2) элементы обычной нормы международного права: всеобщая практика (и такие ее характеристики, как всеобщность, длительность и последовательность) и признание ее в качестве правовой (*opinio juris*);
- особенности формирования норм международного обычного права в прежние эпохи;
- формирование обычных норм международного права в настоящее время, в том числе влияние информационных и коммуникационных технологий, решений международных организаций и международных судебных органов, а также международной договорной практики;
- идентификация субъектов, практика которых может положить начало формированию обычая, разграничение общих, региональных и локальных обычных норм.

Не вызывает сомнения то, что при рассмотрении этой темы Комиссией будет внесен существенный вклад в теорию международного права. Тем не менее основной целью данной работы должно стать содействие государствам и иным субъектам международного права в выявлении норм международного обычного права.

Изучение опыта работы Комиссии позволит кодифицировать инструментарий, который в разные годы использовался ею для успешного выявления обычно-правовых норм, а также для анализа процесса их формирования и эволюции. Сопоставимыми институциональной памятью и наработками в данной области обладает, пожалуй, лишь Международный Суд, практика которого также заслуживает самого глубокого анализа.

Беларусь поддерживает решение Комиссии не выделять нормы *jus cogens* в отдельную категорию для целей исследования. Представляется, что в той мере, в какой эти нормы являются международным обычаем, они формируются и выявляются таким же образом, как и любые другие нормы международного обычного права. Специфические характеристики этих норм будут, как представляется, исследованы в рамках соответствующей темы.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

Мы согласны с определением общей сферы охвата проектов выводов, а именно с тем, что они касаются только выявления международного обычного права и не затрагивают вопросов о его взаимосвязи с другими источниками международного права или *jus cogens*.

Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

В этой связи следует иметь в виду, что, как отмечалось Специальным докладчиком в рамках его исследования этой темы, способ применения международного обычного права зависит от внутреннего права государств. Соответственно, в настоящем докладе будут рассмотрены следующие аспекты: i) особенности правовой системы Сальвадора, ii) признание международного обычного права в практике национальных судов Сальвадора и iii) замечания по проектам выводов, принятым Комиссией в первом чтении (см. [A/CN.4/L.872](#)).

i) Природа правовой системы Сальвадора

В силу своих характеристик правовая система Сальвадора не является системой общего права: ее основу составляет система писаного права, в которой нормы изначально разрабатываются законодателем при полном соблюдении принципа правовой определенности, закрепленного в статье 1 Конституции Республики.

Иными словами, внутренняя правовая система базируется на своде норм, формируемых различными действующими в ней источниками внутреннего права, среди которых обычаи не являются основным.

В то же время существуют конкретные области, в которых использование обычая прямо разрешено, например в частном, социальном или торговом праве. Один из примеров тому — положение статьи 2 Гражданского кодекса, которая гласит, что обычаем не является правом, за исключением случаев, когда закон на него ссылается.

В любом случае, ввиду природы правовой системы Сальвадора в ней отсутствуют какие-либо более развернутые высказывания касательно формирования и обязательного характера правового обычая; несмотря на это, важность и обязательный характер международного обычного права признаются в практике таких судов, как Конституционная палата Верховного суда.

ii) Признание международного обычного права в практике национальных судов Сальвадора

Как указано выше, в своих недавних решениях Конституционная палата Верховного суда признавала международное обычное право и его воздействие, связывающее сальвадорское государство различными обязательствами по такому праву.

Одним из примеров является решение по делу о неконституционности № 73-2013 от 1 августа 2016 года, в котором, со ссылкой на положения Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года, Палата постановила: «Принятые концепции, содержащиеся в Конвенции, которую спра-

ведливо называют «конституцией Мирового океана», ... **уже признаны в научных трудах, а также судами и трибуналами в качестве норм международного обычного права универсального действия.** Конвенция внесла значительный вклад в прогрессивное развитие и кодификацию международного публичного права, а также в дело установления справедливого и равноправного международного экономического порядка, при котором учитываются интересы и потребности всего человечества, и в частности особые интересы и потребности развивающихся стран, как прибрежных, так и не имеющих выхода к морю».

Кроме того, в других областях вышеупомянутая Палата также заявила о своем признании универсального характера норм международного обычного права. Так, например, в решении № 44-2013/145-2013 от 13 июля 2016 года Палата постановила: ««основополагающие гарантии» “гуманного обращения”,.. в целях обеспечения защиты жизни и других основополагающих прав гражданского населения и лиц, пользующихся особой защитой, в условиях внутреннего вооруженного конфликта, **представляют собой обязательства, вытекающие из императивной нормы международного обычного права** и международного гуманитарного права, действовавшей в период сальвадорского вооруженного конфликта».

В конечном счете, несмотря на то, что в силу самой природы сальвадорской правовой системы в ней не сложилась более обширная правовая практика в отношении обычая и формирования, мнение вышеупомянутой Конституционной палаты все же содержит важные соображения, касающиеся универсальной ценности международного обычного права и сферы действия вытекающих из него обязательств.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Израиль придает огромное значение использованию основательного и тщательного подхода к выявлению обычных норм и с признательностью отмечает работу по формулированию набора практических выводов и комментариев в этой связи.

Исходя из этого Израиль хотел бы сделать ряд следующих неисчерпывающих замечаний по проектам выводов.

Национальные акты и заявления как доказательство практики государств и opinio juris: окончательный характер актов

Текст в нынешней редакции: текст в его нынешнем виде не содержит прямого требования о том, что акты должны быть окончательными и безусловными для того, чтобы служить потенциальным источником международного обычного права.

Замечания:

- В качестве общего замечания мы считаем, что в проектах выводов и комментариях к ним следует пояснить, что акты (законы, постановления и т.п.) должны быть окончательными и безусловными, чтобы они могли считаться доказательством существования нормы международного обычного права.
- Мы бы не хотели, чтобы Комиссия давала повод полагать, что акты, не имеющие окончательного характера (такие, как законопроекты и временные

меры), могут указывать на существование нормы международного обычного права.

Предлагаемые поправки:

- Мы считаем, что в соответствующих случаях в проекты выводов следует включить уточнение о том, что практика и *opinio juris*, должны основываться на **окончательных, определенных и неоспоримых актах**.

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

Королевство Нидерландов считает это важной темой, учитывая, что это один из ключевых аспектов применения источников международного права. Ее разработка Комиссией может внести существенный вклад в развитие практики.

В проектах выводов и комментариях к ним часто говорится о выявлении или определении «существования и содержания» международного обычного права. При этом остается непонятным, является ли процесс выявления существования той или иной нормы таким же, как процесс определения ее содержания. С нашей точки зрения, это не всегда так. Например, при выявлении содержания какой-либо конкретной нормы может потребоваться учитывать любые лежащие в ее основе принципы международного права, как это следует из пункта 1 проекта вывода 3, тогда как при выявлении существования такой нормы это может не потребоваться. Мы считаем, что было бы полезно четко обозначить это в комментарии.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Можно ожидать, что проекты выводов будут полезным ориентиром для специалистов-практиков и других лиц, занимающихся выявлением и применением норм международного обычного права.

Новая Зеландия поддерживает решение Комиссии назвать результаты своей работы «выводами». Новая Зеландия считает, что проекты выводов правильнее всего понимать как отражение результата собственной аналитико-исследовательской работы Комиссии. Как таковые они будут служить полезным практическим руководством, но сами не будут иметь нормативного характера. По мнению Новой Зеландии, некоторые аспекты проектов выводов можно рассматривать как прогрессивное развитие, а не как кодификацию, и это обстоятельство следует более четко отразить в сопутствующих комментариях. Например, Новая Зеландия считает, что пункт 2 проекта вывода 4 выходит за рамки кодификации устоявшихся норм, и в этой связи обращает внимание на отсутствие ссылок на судебные решения в комментарии к этому положению.

Новая Зеландия понимает стремление Комиссии сделать проекты выводов краткими и понятными. Это непростая задача. Но в некоторых случаях желание сохранить проекты выводов краткими и избежать излишней назидательности превратило их в заявления общего характера, которые не всегда содержат четкие указания. Новая Зеландия понимает, что проекты выводов предполагается читать вместе с комментариями к ним. И тем не менее, проекты выводов следует составить так, чтобы они могли рассматриваться как самостоятельный текст. В ряде случаев комментарии содержат значительные оговорки в отношении общих формулировок проектов выводов. По мнению Новой Зеландии, эти элементы следует также включить в текст самих проектов выводов.

Республика Корея

[Подлинный текст на английском языке]

Правительство Республики Корея считает, что проекты выводов в целом хорошо структурированы и надлежащим образом отражают нынешнее состояние международного права в этой области.

Предполагается, что эти проекты выводов будут служить авторитетными руководящими указаниями по выявлению и подтверждению международного обычного права для специалистов-практиков на различных внутригосударственных юридических форумах. Для того чтобы эти выводы действительно служили полезным руководством, необходим надлежащий баланс между ясностью положений и гибкостью, присущей международному обычному праву.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

Сингапур считает, что окончательным итогом работы Комиссии будут ценные практические рекомендации для государств, международных судов и трибуналов и практикующих юристов.

В качестве предварительного замечания по проектам выводов мы хотели бы обратить внимание на решение Комиссии не включать отдельный проект вывода о результатах своей собственной работы⁴. В то же время мы с интересом изучили комментарий Комиссии в отношении обстоятельств, в которых результаты работы Комиссии могут оказаться полезными в процессе выявления существования нормы международного обычного права или ее отсутствия. Сингапур считает такую оценку Комиссией своей собственной работы весьма своевременной с учетом растущего внимания к ее деятельности по так называемой «ненормотворческой кодификации»⁵. В связи с приближением в 2018 году семидесятой годовщины создания Комиссии Сингапур рассчитывает на дальнейшие дискуссии по этому важному вопросу, будь то в контексте работы Комиссии по настоящей теме или в рамках обсуждения других тем.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты считают, что для того, чтобы установить, стала ли та или иная норма нормой международного обычного права, необходим тщательный анализ с целью определить, соблюдены ли строгие требования ее формирования — о том, что практика должна быть всеобщей и последовательной и государства должны следовать ей с сознанием юридической обязанности. Несмотря на отсутствие точной формулы для указания того, насколько широко распространенной и последовательной должна быть такая практика, практика государств, как правило, должна быть обширной и практически единообразной, в том числе среди государств, которые особенно активно вовлечены в соответствующую деятельность (то есть особо затрагиваемые государства). Этот строгий критерий, необходимый для того, чтобы установить, является ли та или иная

⁴ См. п. 2) комментария к пятой части проектов выводов.

⁵ См. Fernando Lusa Bordin, “Reflections of customary international law: the authority of Codification Conventions and ILC draft articles in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), p. 535; см. также Natalie Y. Morris-Sharma, “The ILC’s draft articles before the 69th session of the UNGA: a reawakening?”, *Asian Journal of International Law*, vol. 7 (2017), p. 1.

норма нормой международного обычного права, важен для всех аспектов анализа и любого другого способа выявления международного обычного права.

Исходя из этого, мы согласны со многими предложениями, содержащимися в проектах выводов и в комментариях. Комиссия и ее Специальный докладчик подготовили впечатляющий проект, который уже способствует более глубокому пониманию формирования и выявления международного обычного права. Тем не менее Соединенные Штаты по-прежнему испытывают серьезную озабоченность в отношении некоторых вопросов, рассматриваемых в проектах выводов и комментариях. Нашу особую обеспокоенность вызывают проекты выводов и комментарии, которые, по нашему мнению, выходят за рамки нынешнего состояния международного права, и в этой связи их лучше всего трактовать как предложения относительно прогрессивного развития права в этих вопросах. Хотя в контексте некоторых из рассматриваемых Комиссией тем рекомендации по прогрессивному развитию уместны, мы считаем, что они не вполне подходят для этого проекта, цель и основная ценность которого, как мы это понимаем, состоит в том, чтобы предоставить тем, кто не является экспертом в международном праве, например, судьям национальных судов, простое для понимания объяснение общепринятой правовой основы для выявления международного обычного права⁶. Смещение элементов прогрессивного развития и закрепления устоявшихся норм в рамках этого проекта может запутать читателей и ввести их в заблуждение и поставить под вопрос полезность, авторитетность и убедительность конечного продукта. В связи с этим мы рекомендуем пересмотреть выводы и комментарии с опорой на надежную существующую правовую методологию и, в частности, не отступать от установленных норм, касающихся формирования международного обычного права. Если Комиссия все же пожелает включить рекомендации в отношении прогрессивного развития в свои выводы и комментарии по этой теме, то мы считаем крайне важным, чтобы такие рекомендации были четко обозначены как таковые и отделены от элементов, которые отражают сложившееся состояние права или существующую правовую методологию.

Мы пользуемся этой возможностью, чтобы обозначить наиболее важные для нас проблемы в связи с проектами выводов и комментариями. Мы отмечаем, что отсутствие замечаний с нашей стороны в отношении любого конкретного аспекта комментариев не следует воспринимать как согласие Соединенных Штатов с их содержанием.

III. Конкретные замечания по проектам выводов

A. Часть вторая — Основной подход

1. Проект вывода 2 — Два конститутивных элемента

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Мы разделяем позицию о необходимости исследования специфики формирования и доказательства существования международного обычного права в различных отраслях международного права на основе классических подходов к

⁶ Соединенные Штаты согласны с позицией Специального докладчика, выраженной в его первом докладе, о том, что «целью Комиссии должно быть описание нынешнего состояния международного права в части формирования и доказательства существования норм международного обычного права безотносительно к событиям, которые могут иметь место в будущем». См. первый доклад по теме «Формирование и доказательство существования международного обычного права» (A/CN.4/663), п. 16.

теме, учитывающих значение двух составных элементов международного обычая (практики государств и *opinio juris*; проект вывода 2). В конечном итоге это позволит установить общие тенденции в сфере формирования и доказательства существования обычных норм международного права.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Применение двухэлементного подхода

Существующий текст:

- Пункт 2) комментария к проекту вывода 2 гласит: «Следовательно, выявление такой нормы [обычного права] предполагает пристальное изучение имеющихся доказательств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае».
- Пункт 5) комментария к проекту вывода 2 гласит: «*двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции ...*».

Замечания и предлагаемые поправки:

- Мы считаем, в отношении пункта 2) комментария к проекту вывода 2, что с учетом цели проекта вывода — предоставить практические рекомендации по выявлению международного обычного права, важно уточнить, что этот процесс должен быть **исчерпывающим, эмпирическим и объективным**, и предостеречь от бессистемного и непоследовательного подхода к установлению существования общей практики, признанной в качестве правовой нормы. Соответственно, мы рекомендуем прямо указать на требуемый уровень тщательности, внося следующие поправки в пункт 2) комментария к проекту вывода 2: «Следовательно, выявление такой нормы предполагает *исчерпывающее, эмпирическое и объективное* изучение имеющихся доказательств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае».
- Что касается пункта 5) комментария к проекту вывода 2, то мы обеспокоены тем, что используемый термин «дедукция» будет рассматриваться как подрывающий эмпирический характер процесса изучения международного обычного права. В связи с этим мы предлагаем опустить последнее предложение этого пункта, то есть исключить текст: «При этом двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции, в особенности при рассмотрении возможных норм международного обычного права, действующих на фоне норм, изложенных в более общих формулировках, чем те, из которых вытекают они сами, и отражающих всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы (сопровождаемую *opinio juris*), или при формулировании заключения о том, что возможные нормы международного права являются частью “неделимого режима”».

[См. также приведенные ниже замечания по проекту вывода 3 и замечания к проекту вывода 14].

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты согласны с тем, что двухэлементный подход «не исключает определенную степень дедукции», как говорится в пункте 5) комментария к проекту вывода 2. Но нас беспокоит то, что в этом пункте не указывается

достаточно четко, в каких случаях дедуктивный метод уместен, а в каких он идет вразрез с правилом проекта вывода 2 о том, что для определения существования нормы обычного права необходимо удостовериться, существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы. Мы рекомендуем пересмотреть пункт 5), с тем чтобы подчеркнуть, что дедуктивный подход следует использовать с осторожностью, чтобы избежать отнесения к международному обычному праву каких-либо якобы обычных норм, которые не проистекают из всеобщей и единообразной практики государств, которой государства следуют, руководствуясь сознанием юридической обязанности.

Мы также считаем, что последнюю фразу пункта 5), где упоминается понятие «неделимого режима», следует удалить. Хотя Международный Суд использовал этот термин в решении по делу *О территориальном и морском споре (Никарагуа против Колумбии)* для описания уникальной взаимосвязи между тремя положениями Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, Суд не преподносит эту концепцию в качестве широко применяемой (равно как и не определяет критерии ее применения). Насколько нам известно, практика государств также не дает никаких оснований, которые бы подтверждали предположение о том, что «неделимые режимы» являются исключением из требования о наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

Практика международных организаций

[См. также комментарий к проекту вывода 4 ниже].

Этот же аспект следует уточнить в проекте вывода 2, который следует изменить следующим образом:

Вывод 2

Два конститутивных элемента

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

Соответствующие изменения необходимо сделать и в комментарии.

2. Проект вывода 3 — Оценка доказательств по двум конститутивным элементам

Беларусь

[См. комментарий к проекту вывода 8 ниже].

Китай

[Подлинный текст на китайском языке]

Во-первых, в пунктах 1 и 2 проекта вывода 3 говорится, соответственно, что в том, что касается выявления нормы международного обычного права, следует уделять внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, и что наличие двух конститутивных элементов, а именно практики государств и *opinio juris*, следует удостоверять отдельно. Китай по этому поводу возражений не имеет. Однако, с учетом того, что международное обычное право является важным источником международного права, в общем смысле, необходимо применять строгий и системный подход к тщательному выявлению соответствующих норм. Китай рекомендует добавить третий пункт к

проекту вывода 3, в котором бы предусматривалось, что при выявлении норм международного обычного права следует применять строгий и системный подход.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

Мы ценим и поддерживаем разработанные комментарии о характере и функции второго конститутивного элемента — «признание в качестве правовой нормы» (*opinio juris*). Несмотря на то, что могут быть случаи, когда одни и те же доказательства могут использоваться для установления как практики, так и *opinio juris* («связаны между собой де-факто»), по-прежнему существует требование относительно отдельной оценки доказательств по каждому из двух конститутивных элементов, как это теперь четко указывается в проекте вывода 3. Как отмечалось, *opinio juris* следует отличать от других, внеправовых мотивов действий, включая вежливость, политическую целесообразность или расчет, поскольку практика, мотивированная только такими соображениями, не может претендовать на статус нормы международного обычного права. Таким образом, необходимо проанализировать контекст соответствующей практики с учетом всех соответствующих аспектов.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Совокупное требование в отношении практики и opinio juris

Текст в нынешней редакции: в отношении определения *opinio juris* для целей выявления наличия нормы обычного права в пункте 7) комментария к проекту вывода 3 сказано, что *opinio juris* следует искать в отношении не только участвующих в практике, но и тех, кто «имеет возможность на нее отреагировать».

Замечания:

- Мнения общего характера, высказываемые государствами, которые *не имеют практики* в отношении рассматриваемой нормы, не релевантны для процесса выявления международного обычного права. Если *opinio juris* выражается только на теоретическом уровне, оно не является допустимым для выявления обычных норм, поскольку обычай возникает только из достаточной практики в сочетании, в каждом случае, с *opinio juris* со стороны государства, участвующего в этой практике.

Предлагаемая поправка:

- Мы хотели бы предложить удалить указанный текст из пункта 7) комментария к проекту вывода 3 по этому вопросу и вместо этого уточнить, что *opinio juris* в отношении конкретной нормы имеет значение лишь в том случае, если оно опирается на практику этого же государства.

Национальные акты и заявления как доказательства практики государств и opinio juris: уполномоченные представители государств

Текст в нынешней редакции: в нынешнем варианте проекты выводов и комментарии к ним применительно к вопросу о том, какой вес следует придавать заявлениям представителей государств, не содержат четких критериев, позволя-

ющих установить, являются ли такие лица уполномоченными или действующими в официальном качестве, а их заявления санкционированными или сделанными в официальном качестве. Кроме того, в пункте 5) комментария к проекту вывода 3 говорится: «Заявления, сделанные мимоходом или поспешно, как правило, будут иметь **меньший вес**, чем те, которые были тщательно обдуманы» [выделение добавлено].

Замечания:

- По нашему мнению, применительно к вопросу о весе, который следует придавать заявлениям, сделанным представителями государств, в существующей формулировке не в полной мере учтен фактор наличия надлежащих полномочий у государственных должностных лиц.
- Нынешняя формулировка пункта 5) комментария к проекту вывода 3 не позволяет полностью исключить возможность отнесения к практике или *opinio juris* случайных, несогласованных или поспешных заявлений; текущая формулировка предполагает, что такие заявления всего лишь будут иметь меньший вес. Мы считаем, что такие произвольные или спонтанные заявления должностных лиц не могут быть использованы для установления практики государств или *opinio juris* для целей выявления международного обычного права и не им не следует придавать никакого веса. Такие заявления по самой своей сути не могут считаться отражающими взвешенное мнение государства, что необходимо для целей выявления международного обычного права, и как таковые не должны быть предметом анализа в контексте международного обычного права.

Предлагаемые поправки:

- Мы считаем, что Комиссии следует четко указать, что заявления представителей государства должны присваиваться самому государству только в том случае, если они будут должным образом санкционированы и сделаны в официальном качестве. Этим заявлениям следует придавать вес с учетом соответствующего контекста и обстоятельств, в которых они имели место.
- Кроме того, мы хотели бы, чтобы текст комментария был изменен и в нем была бы отражена мысль о том, что произвольные, спонтанные или сделанные поспешно («под давлением обстоятельств») заявления государственных должностных лиц не являются достаточными для целей выявления международного обычного права и в этой связи им не следует придавать никакого веса.

Применение двухэлементного подхода

Нынешняя формулировка: некоторые пункты комментария к проекту вывода 3 касаются, соответственно, применения двухэлементного подхода с «необходимой гибкостью» (пункт 2)) и с учетом «основополагающих принципов международного права» (пункт 3)), при этом тип рассматриваемых доказательств должен «соответствовать ситуации» (пункт 3)), а «характер нормы» имеет значение при оценке «различных типов» доказательств для двухэлементного подхода (пункт 4)).

Замечания и предлагаемые поправки:

- Что касается вышеупомянутых пунктов 2), 3) и 4) комментария к проекту вывода 3, то, по нашему мнению, они составлены недостаточно точно и, в частности, могут быть неверно истолкованы, что может привести к ослаблению требований тщательности и строгости в применении двухэлементного подхода к выявлению существования обычной нормы, — требований,

в равной мере применимых ко всем областям международного права. В этой связи мы предлагаем исключить слова «необходимую гибкость» в пункте 2) и изменить формулировку пункта 3), чтобы он гласил, что тип рассматриваемых доказательств следует «исследовать с учетом конкретной ситуации» (вместо слов «должен соответствовать ситуации»). Кроме того, в отношении ссылки на «основополагающие принципы международного права» в пункте 3) мы хотели бы отметить, что эти принципы, возможно, полезны для определения *содержания или сферы действия* рассматриваемой нормы (как, например, в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства*, упоминаемом в сноске 265 комментария), но не для фактического выявления *существования* нормы обычного права (т.е. доказательства наличия практики и *opinio juris*). Соответственно, мы рекомендуем удалить из пункта 3) предложение, отсылающее к основополагающим принципам.

– И наконец, в отношении пункта 4) мы хотели бы отметить, что, хотя мы согласны с тем, что характер нормы имеет значение при рассмотрении различных типов доказательств, мы считаем, что это понятие релевантно только для запретительных норм, когда могут потребоваться свидетельства бездействия, а не действия. Мы предлагаем изменить этот пункт соответствующим образом, чтобы уточнить и ограничить его применение только нормами запретительного характера.

[См. также замечания к проекту вывода 2 выше и замечания к проекту вывода 14 ниже].

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

В пункте 4) комментария к проекту вывода 3 сказано: «В случаях запретительных норм (таких, как запрет пыток) иногда бывает трудно найти позитивные примеры практики государств (в отличие от бездействия); случаи, связанные с такими нормами, скорее всего, будут зависеть от определения того, признана ли эта практика (будучи намеренным бездействием) в качестве правовой нормы». В той части, в которой это касается уже существующих запретительных норм, мы считаем формулировку «положительная (affirmative) практика государств» более предпочтительной, чем «позитивная (positive) практика государств». Мы отмечаем, что такая положительная практика государств может включать осуждение государством поведения другого государства, которое, по мнению первого, нарушает существующие нормы международного обычного права.

[См. также замечание выше в разделе «Замечания общего порядка»].

В. Часть третья — Всеобщая практика

1. Проект вывода 4 — Требование наличия практики

Австрия

[Подлинный текст на английском языке]

Австрия хотела бы привлечь особое внимание к роли международных организаций в формировании международного обычного права.

По мнению Австрии, нынешний текст проектов выводов недостаточно отражает растущее участие как универсальных, так и региональных международных организаций в международных отношениях и, следовательно, в формировании международного обычного права. Практика международных организаций

находит лишь весьма ограниченное отражение в проектах выводов — пункт 2 проекта вывода 4 гласит: «В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм международного обычного права».

Деятельность международных организаций является неперенным условием стабильного развития международных отношений и даже отношений между государствами, и государства зачастую зависят от этой деятельности. Международные организации даже действуют в тех областях, которые ранее были заняты исключительно государствами; в результате в некоторых случаях акты, ранее совершавшиеся государствами и образующие практику, значимую для целей формирования международного обычного права, теперь совершаются международными организациями. Этот сдвиг затрагивает в первую очередь (но не только) международные организации, которым государства предоставляют суверенные права, как, в частности, в случае с наднациональными организациями.

Деятельность международных организаций, осуществляемая в рамках их полномочий и присваиваемая им, может рассматриваться как практика, влияющая на формирование международного обычного права. Такая деятельность осуществляется не только в областях международного права, которые касаются исключительно международных организаций, но и в связи с нормами, применимыми как к международным организациям, так и к государствам в тех случаях, когда деятельности и тех, и других присущи общие черты. Нормы, сформированные на основе такой практики международных организаций, применимы не только к международным организациям, но и к государствам. Это касается, например, операций военного характера. В ходе таких операций международные организации применяют международное гуманитарное право и могут способствовать формированию новых норм международного обычного права в этой области, если их деятельность сопровождается *opinio juris*. Аналогичные соображения применимы, например, к случаям, когда международные организации управляют территориями, или к функциям, выполняемым Международным комитетом Красного Креста (МККК) в рамках его международного мандата. Нет никаких оснований полагать, что нормы, вытекающие из практики, формированию которой способствуют международные организации или МККК, не станут нормами международного обычного права, применимыми как к государствам, так и к международным организациям.

Однако эта роль международных организаций не находит отражения в проектах выводов. В этой связи необходимо более подробно раскрыть вводную формулировку «в некоторых случаях», содержащуюся в пункте 2 проекта вывода 4, поскольку в его тексте в нынешней редакции не содержится указаний, позволяющих определить ситуации, в которых практика международных организаций оказывает воздействие на формирование международного обычного права.

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Под практикой государств для целей формирования международного обычая (пункт 1 проекта вывода 4) необходимо понимать действия и бездействие государств, в том числе в рамках международных организаций.

В пункте 6) комментария к проекту вывода 4 требует дополнительного пояснения концепция функциональной эквивалентности действий международных организаций действиям государств. Действия международных межправ-

тельствственных организаций для целей выявления норм международного обычного права должны рассматриваться лишь в той мере, в какой речь идет о практике государств, действующих в рамках этих организаций, прежде всего в представительных органах, а не в контексте функционирования их секретариатов, договорных органов и т. п.

Было бы целесообразно включить развернутое определение понятия «международная организация» для целей самостоятельного применения проектов выводов без отсылки к другим источникам.

Было бы полезно рассмотреть степень влияния практики государств, действующих в рамках международных организаций, на формирование международного обычного права (с учетом высказываемых в доктрине мнений об «искусственности» такой практики). Дополнительного исследования требуют специфика и правовые последствия «молчаливого принятия» государством практики, формирующейся в рамках международных организаций, в том числе в контексте «динамического толкования» учредительных документов этих организаций другими государствами либо секретариатами.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

Что касается роли международных организаций и значения их резолюций, то мы разделяем изложенное в проекте вывода 4 мнение о том, что в некоторых случаях практика международных организаций может способствовать формированию норм международного обычного права или выражать их. Это в первую очередь касается случаев, когда такие организации наделяются государствами-членами полномочиями осуществлять компетенцию от их имени.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Государства как главные субъекты международного обычного права

Нынешняя формулировка: пункт 2 проекта вывода 4 гласит: «В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм международного обычного права».

Замечания:

- Как правило, международное право, включая международное обычное право, **формируется почти исключительно государствами**. Поэтому, вообще говоря, практика или *opinio juris* других субъектов, таких как международные организации, не должны служить основой для выявления международного обычного права.
- Хотя, как мы считаем, этот принцип, равно как и главенствующая роль государств по отношению к роли международных организаций надлежащим образом разъясняются в комментариях к проектам выводов, сами проекты выводов, особенно проект вывода 4, не всегда соответствующим образом отражают это важное различие.
- Поскольку важно не допустить, чтобы создавалось впечатление, что практика международных организаций может служить основой для выявления международного обычного права в более широком смысле, мы считаем, что в самом проекте вывода 4 следует отразить тот факт, что речь в нем идет о

более ограниченных ситуациях, связанных с практикой, присваиваемой самим международным организациям, а не действующим в их составе государствам-членам.

Предлагаемые поправки:

- С учетом вышесказанного мы предлагаем уточнить *в самом тексте* проекта вывода 4, что, хотя международные организации могут при определенных обстоятельствах выступать в качестве значимых субъектов для целей выявления международного обычного права, это имеет место только в связи с практикой, присваиваемой самим международным организациям (а не входящим в их состав государствам), и в ограниченных ситуациях:
 - **внутреннее функционирование международных организаций:** международные организации могут способствовать формированию и выражению международного обычного права в вопросах, касающихся их внутреннего функционирования (например, вопросы внутреннего управления) и в некоторых случаях в вопросах, касающихся отношений международных организаций с государствами (но не в отношении вопросов, которые в принципе находятся в исключительной компетенции государств, например вопрос об иммунитетах, предоставляемых по внутреннему праву). В этих случаях носителями обязательств по такому международному обычному праву могут быть только международные организации, а не государства;
 - **передача исключительной компетенции международным организациям их государствами-членами:** практика и *opinio juris* международных организаций могут способствовать выявлению норм международного обычного права, касающегося вопросов, в отношении которых они обладают исключительной компетенцией, эксплицитно делегированной им государствами-членами (например, Европейский союз), как это поясняется в комментарии к проекту вывода 4.

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

Мы не можем не отметить, что при разработке проектов выводов по этой теме велись и продолжают вестись споры о роли международных организаций в связи с формированием и выявлением международного права. Мы считаем, что международные организации могут играть и играют такую роль по собственному праву. В этой связи мы с удовлетворением отмечаем включение в проект вывода 4 пункта 2, который отражает эту мысль. Возможность международных организаций способствовать формированию или выражению международного обычного права является следствием их статуса субъекта международного права, отдельного от их государств-членов.

В пункте 2 проекта вывода 4 роль, которую практика международных организаций играет в формировании или выражении норм международного обычного права, сводится к «некоторым случаям». Из комментария можно сделать вывод о том, что речь идет (исключительно): а) о случаях, когда государства-члены передали исключительную компетенцию международной организации; или б) о некоторых случаях, когда государства-члены не передавали исключительную компетенцию, но при этом возложили на международную организацию полномочия, функционально эквивалентные полномочиям, осуществляемым государствами.

Если определяющим фактором того, может ли организация играть роль в формировании и выявлении международного права, является наличие отдельной международной правосубъектности международной организации, то непонятно, почему эта роль должна ограничиваться двумя этими случаями. Остается неясным правовое основание для такого ограничения. Создается впечатление, что международные организации являются лишь агентами государств, а не самостоятельными международными субъектами, и ставится под сомнение идея международной правосубъектности таких организаций.

В общем и целом, нынешние формулировки проекта вывода и комментария оставляют открытыми ряд вопросов, касающихся роли международных организаций в формировании и выражении международного обычного права. Мы предлагаем дополнительно доработать эти вопросы в комментарии. В частности, было бы полезно рассмотреть вопрос о том, как проводить различие между практикой организации и практикой государств в рамках этой организации, а также о том, как выявлять *opinio juris* международных организаций.

Пункт 8) комментария к этому проекту вывода гласит: «Как правило, чем более непосредственно действует международная организация от имени своих государств-членов или с их одобрения и чем больше таких государств-членов, тем больший вес может иметь эта организация в отношении формирования или выражения норм международного обычного права». Мы предлагаем исключить это предложение, поскольку оно не в полной мере отражает тот факт, что в этом пункте речь идет о практике международных организаций, обладающих международной правосубъектностью, отдельной от правосубъектности ее государств-членов. Наличие такой отдельной правосубъектности не позволяет принимать во внимание число государств-членов при оценке практики международных организаций. Однако мы согласны с комментарием о том, что значимым фактором при оценке практики международной организации является характер организации, в частности то, носит ли организация универсальный характер.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Пункты 1 и 2 проекта вывода 4: практика международных организаций

У Новой Зеландии имеются некоторые сомнения относительно пунктов 1 и 2 проекта вывода 4 и их связи с проектом вывода 12.

В пункте 1 проекта вывода 4 предусматривается, что «в первую очередь» именно практика государств способствует формированию или выражению норм международного обычного права. Как отмечается в комментарии к этому проекту вывода, выражение «в первую очередь» указывает на то, что значима не только практика государств, и отсылает читателя к пункту 2 проекта вывода 4. В пункте 2 проекта вывода 4, в свою очередь, предусмотрено, что «в некоторых случаях» практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм международного обычного права.

Новая Зеландия не видит проблем с утверждением о том, что практика государств в рамках международной организации может способствовать формированию международного обычного права. Она согласна также с идеей проекта вывода 12 о том, что резолюции или решения, принятые международными организациями, могут служить доказательством для установления существования нормы международного обычного права и ее содержания.

Однако Новая Зеландия настороженно относится к утверждению в пункте 2 проекта вывода 4 о том, что практика международной организации

сама может способствовать формированию международного обычного права. Новая Зеландия считает, что ни в проекте вывода, ни в комментарии не дается четкого разъяснения концептуальной основы этого утверждения. В докладах Специального докладчика приводятся различные обоснования от ученых-комментаторов, но прямо не указывается на то, какое из них является предпочтительным. Хотя Новая Зеландия признает особое положение Европейского союза, она настроенно относится к попыткам сформулировать общие выводы на основе этого узкого примера.

В отсутствие четкой концептуальной основы очень трудно понять, к каким «некоторым случаям» будет применяться пункт 2 проекта вывода 4. Случаи, описанные в комментарии, как представляется, включают:

а) как случаи, когда международная организация действует от имени своих государств-членов, в том числе на основании передачи ей исключительной компетенции⁷; так и — на другом конце спектра —

б) случаи, когда международная организация действует самостоятельно в порядке осуществления своих оперативных функций⁸.

Кроме того, факторы, изложенные в пункте 8) комментария, плохо согласуются с положениями о резолюциях, принятых международными организациями, в проекте вывода 12. Является ли решение Совета Безопасности, выраженное в резолюции: общей практикой государств-членов в составе Совета, способствующей формированию нормы международного обычного права по смыслу пункта 1 проекта вывода 4; практикой Организации Объединенных Наций, способствующей формированию нормы международного обычного права по смыслу пункта 2 проекта вывода 4; или просто доказательством существования такой нормы в соответствии с проектом вывода 12?

Новая Зеландия считает, что этому аспекту проектов выводов следует уделить дополнительное внимание. По мнению Новой Зеландии, пункт 2 проекта вывода 4 следует оставить только, если в тексте самого проекта вывода будут более четко описаны «некоторые случаи», в которых практика международной организации может способствовать формированию международного обычного права. В этой связи Новая Зеландия выражает, в частности, свое мнение о том, что практика международной организации не может способствовать формированию нормы международного обычного права за исключением случаев, когда она утверждена юридическим мандатом этой организации; когда она уже в течение долгого времени в целом признается государствами — членами этой организации; и если речь идет о норме международного обычного права, которой будет связана и сама международная организация.

Пункт 3 проекта вывода 4: практика негосударственных субъектов

Новая Зеландия согласна с содержащимся в пункте 3 проекта вывода 4 выводом о практике негосударственных субъектов в том значении, которое предусмотрено пунктами 9) и 10) комментария.

[См. также замечания выше в разделе «Замечания общего порядка».]

⁷ Пп. 5) и 8) комментария.

⁸ Пп. 6), 7) и 8) комментария.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

Сингапур согласен с основополагающим принципом, согласно которому «в первую очередь именно практика государств способствует формированию или выражению норм международного обычного права»⁹. Соответственно, Сингапур согласен также с тем, что поведение негосударственных субъектов, таких как неправительственные организации, транснациональные корпорации и частные лица, не является практикой, способствующей формированию или выражению норм международного обычного права¹⁰.

Однако указание на «некоторые случаи» в пункте 2 проекта вывода 4 следует изменить на «ограниченные случаи». Выражение «ограниченные случаи» более точно отразит описанные Комиссией ситуации, в которых практика международных организаций может способствовать формированию или выражению норм международного обычного права¹¹.

В комментариях следует также подчеркнуть, что причина того, что практика международной организации может способствовать формированию международного обычного права в таких ограниченных случаях, заключается в том, что в этих случаях практика международных организаций *отражает практику государств*. Такой акцент согласуется с утверждением, содержащимся в пункте 1 проекта вывода 4.

Что касается пункта 10) комментария, то Сингапур в принципе согласен с заявленной в нем общей позицией. Но с учетом предполагаемого общего характера применения проектов выводов Комиссия, возможно, пожелает включить отсылки на заявления и публикации МККК в пункт 9) комментария.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Практика международных организаций

Соединенные Штаты считают, что проект вывода 4 («Требование наличия практики») неточно отражает нынешнее состояние права в том смысле, что в нем предполагается, что практика субъектов, отличных от государств, способствует формированию международного обычного права. В частности, содержащееся в пункте 1 утверждение о том, что «в первую очередь именно практика государств способствует формированию или выражению норм международного обычного права» (выделение добавлено), создает неверное впечатление, что субъекты, не являющиеся государствами, так же, как и государства участвуют в формировании международного обычного права. Кроме того, содержащееся в пункте 2 утверждение о том, что «в некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм международного обычного права», наталкивает на неверную мысль о том, что международные организации точно так же, как и государства, могут способствовать формированию международного обычного права.

Общеизвестно, что международное обычное право складывается на основе всеобщей и последовательной практики *государств*, которой они следуют, руководствуясь сознанием юридической обязанности. Это базовое требование уже

⁹ См. п. 1 проекта вывода 4.

¹⁰ См. п. 3 проекта вывода 4.

¹¹ См. пп. 5) и 8) сопроводительного комментария к проекту вывода 4.

давно находит отражение в практике Международного Суда¹². Оно находит отражение также в практике государств в их собственных заявлениях, касающихся элементов, необходимых для установления факта существования нормы международного обычного права¹³.

Проект вывода 4 отступает от этого сложившегося понимания требования наличия практики, поскольку в нем утверждается, что практика международных организаций, отличная от практики государств-членов этих международных организаций, может в некоторых случаях также способствовать формированию международного обычного права. Это заявление также не подкрепляется ни практикой, ни *opinio juris* государств или другими авторитетными источниками, и в комментарии к проекту вывода 4 не указывается ни один из них¹⁴. Напротив, ряд государств однозначно отвергли это положение в своих заявлениях в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, а другие выразили сомнения или, как представляется, согласились признавать роль только некоторых международных организаций¹⁵.

¹² См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950. I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 276-277; *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 42-43, paras. 73-74; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 97-98, paras. 183-186; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at pp. 122-123, para. 55, p. 143, para 101.

¹³ См., например, Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста “Обычное международное гуманитарное право”», *Международный журнал Красного Креста*, т. 89, № 866 (2007), с. 3; *Trans-Pacific Partnership Agreement*, Auckland, 4 February, 2016, Annex 9-A («Стороны подтверждают разделяемое ими понимание того, что источником «международного обычного права» в целом и в частности, как указано в статье 9.6 («Минимальный стандарт обращения»), является общая и последовательная практика государств, которой они придерживаются из чувства правового долга.») (отражает согласованные мнения Австралии, Бруней-Даруссалама, Вьетнама, Канады, Малайзии, Мексики, Новой Зеландии, Перу, Сингапура, Соединенных Штатов, Чили и Японии); *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 5 August 2004, Annex 10-B (Гватемала, Гондурас, Доминиканская Республика, Коста-Рика, Никарагуа, Сальвадор, Соединенные Штаты); *United States-Morocco Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 15 June 2004, Annex 10-A; *Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Mar del Plata, 4 November 2005, Annex A; *United States-Oman Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 19 January 2006, Annex 10-A; *United States-Colombia Trade Promotion Agreement*, Washington, D.C., 22 November 2006, Annex 10-A; *United States-Panama Trade Promotion Agreement*, Washington, D.C., 28 June 2007, Annex 10-A; *United States-South Korea Free Trade Agreement*, Washington, 30 June 2007, Annex 11-A; *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*, Kigali, 19 February 2008, Annex A.

¹⁴ Более того, в том небольшом количестве дел, которые приводятся в комментарии по этому вопросу, особо отмечается, что международное обычное право происходит именно из практики государств. См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 97, para. 183, и *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 143, para. 101.

¹⁵ См. например, сделанные в 2016 году заявления Израиля (*A/C.6/71/SR.22*, п. 39), Мексики (там же, п. 22) и Российской Федерации (*A/C.6/71/SR.21*, п. 49); заявления Аргентины, сделанные в 2015 и 2016 годах (*A/C.6/70/SR.23*, п. 70, и *A/C.6/71/SR.22*, п. 75); заявление Малайзии, сделанное в 2014 году (*A/C.6/69/SR.27*, п. 44); и заявление Норвегии, сделанное в 2014 году от имени стран Северной Европы (*A/C.6/69/SR.25*, п. 130). См. также заявление Европейского союза (*A/C.6/71/SR.20*, п. 45).

Соответственно, заявление в этом проекте вывода, касающееся прямой роли практики международных организаций как таковой в формировании международного обычного права, может пониматься лишь как предложение Комиссии в интересах прогрессивного развития международного права. Как отмечалось выше, мы считаем, что такие предложения не отвечают цели этого проекта, главная ценность которого состоит в извлечении сути и разъяснении существующих норм для неспециалистов по международному праву, в том числе судей и практикующих специалистов на национальном уровне. Если же эти заявления все-таки будут сохранены, мы считаем крайне важным, чтобы они были четко обозначены как предложения по прогрессивному развитию, чтобы у читателей не создавалось ошибочного впечатления, что эти предложения призваны отражать сложившееся состояние права в его нынешнем виде.

Вместе с тем, даже если расценивать их как предложения в интересах прогрессивного развития международного обычного права, Соединенные Штаты не считают, что содержащиеся в проекте вывода 4 заявления о прямой роли международных организаций в развитии международного обычного права достаточно разъяснены и проработаны, чтобы обеспечивать содержательную основу, позволяющую государствам оценивать их по существу. В этой связи у нас есть замечания в отношении по меньшей мере пяти моментов.

Первое, в чем положение о том, что практика международных организаций содействует формированию и выражению международного обычного права, недостаточно проработано, — это вопрос о том, когда такое содействие имеет место. Пункт 2 проекта вывода 4 гласит: «в некоторых случаях» практика международных организаций способствует формированию или выражению норм международного обычного права. Однако ни в проекте вывода, ни в комментарии в полной мере не разъясняется, о каких случаях идет речь. Вместо этого в комментарии говорится, что в случаях, когда государства-члены передают исключительную компетенцию международной организации, практика организации, «наиболее очевидно», учитывается; когда государства возлагают на международную организацию только полномочия, функционально эквивалентные полномочиям, осуществляемым государствами, практика организации «может» приниматься во внимание «в некоторых [неопределенных] случаях»; а в случаях, когда государства не делают ни того, ни другого, практика организации «вряд ли» будет иметь значение. Тем не менее даже в тех случаях, когда государства наделяют международную организацию широкими полномочиями, подобными государственным, или исключительной компетенцией, это крайне редко сопровождается прямым разрешением осуществлять полномочия государств-членов формировать практику для целей международного обычного права. Поскольку мандаты международных организаций, как правило, тщательно согласовываются в международных договорах, у нас вызвало бы беспокойство новое толкование международного права, которое косвенно и ретроактивно расширяло бы мандаты международных организаций таким неясным образом. Кроме того, мы обращаем внимание на то, что в комментарии не приводится никаких примеров из юридической практики в обоснование применяемого в нем подхода в отношении какой-либо из трех рассматриваемых категорий практики международных организаций.

Второе, в чем это положение недостаточно проработано, заключается в том, что в проектах выводов и комментарии не рассматривается вопрос о том, как определяется *opinio juris* международной организации. Если практика международной организации когда-либо напрямую и способствовала формированию или выражению международного обычного права, то это было лишь в том случае, когда международная организация следовала той или иной практике исходя из сознания юридической обязанности. См. проект вывода 9. В этой связи

возникает вопрос: как определить, имеет ли международная организация требуемое *opinio juris*. Идет ли речь об *opinio juris* генерального секретаря (или лица, занимающего эквивалентную должность), секретариата, всех государств-членов или группы некоторых из них? Этот крайне важный вопрос не затрагивается в проектах выводов и комментариях и, как отмечено выше и по нашему опыту, прямо не рассматривается в мандатах международных организаций.

Третий аспект недостаточной проработки этого положения — это отсутствие в нем описания типов поведения международных организаций, которые могут представлять собой практику для целей проекта вывода 4. Международные организации очень отличаются от государств в том плане, что они создаются государствами и состоят из них и не имеют отдельных ветвей власти. В силу этой формы практики государств, о которых говорится в проекте вывода 6, не имеют явных аналогов в деятельности международных организаций.

Четвертый аспект недостаточной проработки этого положения касается того, какие последствия для традиционного анализа будет иметь утверждение о том, что практика некоторых или всех международных организаций способствует формированию или выражению международного обычного права. Одно из возможных последствий состоит в том, что на основании того, что в некоторых обстоятельствах практика международных организаций может способствовать этому таким образом, будет сделан вывод о том, что та или иная норма международного обычного права существует, в то время как анализ практики и *opinio juris* одних только государств покажет, что эта норма не получила статус обычной. Возможно и обратное: когда практика и *opinio juris* государств будут диктовать, что совершение определенного акта предписывается международным обычным правом, но практика международных организаций, свидетельствующая об обратном, помешает сделать такой вывод. Соединенные Штаты не считают обоснованным ни один из этих выводов, следующих из положения пункта 2 проекта вывода 4.

Пятое, в чем это положение недостаточно проработано, — это то, что не конкретизированы виды практики, которая считается значимой при проведении анализа международного обычного права. Для того чтобы выяснить, существует ли всеобщая и последовательная практика государства, важна практика *всех* государств, и ее анализ упрощается благодаря тому, что их насчитывается меньше 200. Вместе с тем в тексте Комиссии ничего не сказано о том, как такой подход будет работать применительно к международным организациям. Более того, мы считаем, что подход Комиссии вносит ненужную путаницу, давая основания полагать, что каждый раз при анализе существования той или иной нормы международного обычного права необходимо анализировать не только практику государств, но практику сотен, если не тысяч международных организаций с очень разнообразными сферами ответственности и мандатами.

И наконец, Соединенные Штаты считают, что анализ в пункте 8) комментария показывает, почему лучше признать, что именно практика государств в рамках международных организаций, а не практика самой международной организации, является той практикой (наряду с *opinio juris*), которая способствует формированию и выражению обычая. В этом пункте утверждается, что при оценке весомости практики международной организации, следует учитывать количество ее государств-членов и их реакцию на практику этой международной организации, а также то, осуществляется ли практика организации от имени государств-членов, одобряют ли государства-члены эту практику и согласуется ли эта практика с практикой государств-членов. Иными словами, для того чтобы оценить значимость практики этой международной организации, следует смот-

реть сквозь нее на ее государства-члены. С нашей точки зрения, как и предполагается в пункте 8), то, что действительно имеет значение, так это практика и *opinio juris* самих государств-членов, а не практика международных организаций.

По вышеуказанным причинам мы считаем, что проект вывода 4 следует изменить следующим образом:

Вывод 4

Требование наличия практики

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

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

2. Поведение других субъектов, таких как международные организации, не является практикой, способствующей формированию или выражению норм международного обычного права, но может быть значимо при оценке практики, упомянутой в пункте 1 ~~и 2~~.

Соответствующие изменения необходимо внести в комментарий.

Мы хотели бы также указать здесь изменения, которые мы рекомендуем внести в пункт 10) комментария к проекту вывода 4, касающийся роли МККК. Хотя мы поддерживаем важную роль МККК, предусмотренную Женевскими конвенциями 1949 года, этот пункт мог бы лучше учитывать главенствующую роль государств в развитии и определении международного обычного гуманитарного права. В частности, мы рекомендуем избегать квалификации заявлений МККК как «формирующих» практику государств, реагирующих на такие заявления, поскольку этот термин не используется в отношении какого-либо другого негосударственного субъекта, а также, как представляется, противоречит последнему предложению этого пункта. (Возможно, в комментарии можно было бы отметить роль МККК в «поощрении» государств к тому, чтобы они действовали определенным образом). Реакцию государств на такие заявления следует рассматривать с учетом положений предыдущих пунктов комментария к этому выводу.

Мы обращаем внимание также на вопросы, возникающие у государств к МККК в связи с его отчетами о соответствующей практике, которые не всегда точно отражают реальную практику государств. МККК, как правило, не привлекает государства к подготовке своих публикаций, в которых анализируется практика государств, в частности исследование МККК «Обычное международное гуманитарное право» и Комментарий МККК к Женевским конвенциям. Внешние наблюдатели, незнакомые с нюансами практики и внутренними процедурами того или иного государства, могут неверно истолковать обзоры МККК о заявлениях или практике этого государства или ошибочно принять рассматриваемые МККК документы за официальную позицию правительства¹⁶. Дополнительную

¹⁶ Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста “Обычное международное гуманитарное право”», *Международный журнал Красного Креста*, том 89, номер 866 (2007), с. 6 («И наконец, в исследовании часто не проводится различия между военными публикациями, подготовленными неофициально, исключительно в учебных или аналогичных целях, и публикациями, подготовленными и утвержденными в качестве

путаницу в этот вопрос может внести использование в комментарии для описания публикаций МККК слова “records” («отчеты»), из чего можно сделать вывод, что такие публикации всего лишь фиксируют практику государств и не содержат обобщений и оценок, предлагаемых Комитетом, как это обычно бывает. Поэтому мы рекомендуем указать, что государства выражают обеспокоенность по поводу точности таких обзоров и содержащихся в них оценок, и изменить последнюю часть первого предложения пункта 10) следующим образом: «и публикации МККК могут содействовать выявлению соответствующей практики (хотя наилучшим подходом будет рассмотрение практики государств напрямую)». Для примера отметим, что Соединенные Штаты указали в своих замечаниях по проектам выводов Комиссии о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, что в проекте комментария не преднамеренно допущено неверное толкование практики Соединенных Штатов из-за того, что составители опирались на результаты ее оценки, данной МККК в его исследовании МККК «Обычное международное гуманитарное право».

[См. также замечания к проекту вывода 2 выше.]

2. Проект вывода 5 — Поведение государства как практика государства Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

У Соединенных Штатов есть вопросы к пункту 5) комментария к проекту вывода 5, в котором утверждается: «Чтобы внести свой вклад в формирование и выявление норм международного обычного права, практика должна быть общедоступной или, по крайней мере, известной другим государствам». При этом в нем ничего не говорится о том, что означает это заявленное требование, согласно которому практика должна быть «общедоступной», и в его обоснование не приводится ни один авторитетный источник. Тот факт, что такая практика может не быть «общедоступной» или известной некоторым, на наш взгляд, не исключает ее значимости для целей формирования и выявления международного обычного права. В этой связи мы предлагаем либо удалить это предложение, либо соответствующим образом его скорректировать.

3. Проект вывода 6 — Формы практики Австрия

[Подлинный текст на английском языке]

В проектах выводов 6–8 речь идет лишь о практике государств, при этом проект вывода 6 («Формы практики»), как представляется, касается практики в целом. Эти проекты выводов должны охватывать также практику международных организаций

[См. комментарий к проекту вывода 4 выше.]

официальных правительственных заявлений. И это притом, что некоторые из приведенных публикаций содержат оговорку, что они не обязательно представляют официальную позицию соответствующего правительства»).

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

В отношении проектов выводов 6 (пункт 2) и 10 (пункт 2) отмечаем, что далеко не всегда практика и *opinio juris* государств носят последовательный и легко выявляемый характер. Во многом это обусловлено тем, что далеко не все аспекты государственной практики носят публичный характер. В этой связи целесообразно разграничивать при констатации международного обычая поведение государств, известное неограниченному кругу лиц, и деятельность, осуществляемую в не общедоступном формате, в том числе конфиденциально в процессе дипломатической переписки или закрытых консультаций и переговоров государств. Что касается практики международных организаций, то, как представляется, более продуктивным было бы рассматривать для целей формирования международных обычаев не практику собственно организаций, являющихся производными субъектами международного права, а деятельность государств в этих организациях.

Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

Формы практики (проект вывода 6)

Хотя утверждается, что обычная практика может принимать самые различные формы, Сальвадор считает, что, по сути, в этом вопросе нельзя ограничиваться исчерпывающим перечнем таких форм; что действительно важно, так это признать, что подобная повторяющаяся практика имеет элемент правовой убежденности.

В этой связи следует отметить, что вышеупомянутая Конституционная палата указала на связь между международными декларациями и обычаями, когда отметила, что «декларации предвосхищают *opinio juris* (сознание обязанности), которого государства должны придерживаться в целях кристаллизации международного обычая в среднесрочной или долгосрочной перспективе... **международные декларации, даже если они не имеют обязательной силы, в значительной степени способствуют формированию обязательных источников международного права**, предвосхищая обязательный характер определенной практики государства или способствуя заключению договора на основе определенных рекомендаций» (решение по делу о неконституционности № 26-2006 от 12 марта 2007 года).

С другой стороны, формулировка «при определенных обстоятельствах» в пункте 1 проекта вывода 6 не имеет смысла. В этой связи важно помнить о том, что бездействие — когда оно проникнуто правовой убежденностью — всегда может стать одной из форм практики.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Бездействие как практика

Нынешняя формулировка: в пункте 1 проекта вывода 6 говорится, что практика «при определенных обстоятельствах» «может включать бездействие».

Замечания:

- В связи с поставленным в этом проекте вывода вопросом о том, может ли бездействие служить показателем практики государства, мы хотели бы, чтобы в тексте проекта вывода было уточнено, что бездействие может учитываться как практика лишь тогда, когда оно является **намеренным**. Несмотря на то, что этот аспект надлежащим образом отражен в комментарии (см., например, пункт 3) комментария к проекту вывода б), сами проекты выводов порой не в полной мере отражают эту позицию, которая, по нашему мнению, достаточно важна, чтобы заслуживать отдельного упоминания.
- Кроме того, несмотря на то, что проект вывода относительно *opinio juris* в части четвертой применим в равной мере и к практике, которая принимает форму намеренного бездействия, мы считаем, что конкретное указание в комментарии к проекту вывода б) на необходимость того, чтобы бездействие вытекало из сознания обязанности по обычному праву, оправдано, учитывая уникальный и сложный характер бездействия в качестве возможного источника формирования международного обычного права.

Предлагаемые поправки:

- Мы считаем, что, помимо указания на «намеренный» характер бездействия в самом проекте вывода, в комментарии следует более подробно пояснить, что намеренное бездействие, о котором идет речь, должно вытекать из сознания обязанности по обычному праву, а не из дипломатических, политических, стратегических или других неправовых соображений, которые, хотя и являются осознанными, не должны рассматриваться в качестве практики государства для целей выявления международного обычного права. Этот подход находит четкое отражение также в решениях Международного Суда, в которых проводится различие между поведением государства, действующим исходя из сознания обязанности по обычному праву, и поведением государства, не обусловленным такой обязанностью¹⁷.

Национальные акты и заявления как доказательство практики государств и opinio juris: решения национальных судов высшей инстанции

Текст в нынешней редакции: согласно проекту вывода, решения национальных судов могут рассматриваться в качестве одной из форм практики государства (проект вывода б, пункт 2) и одной из форм доказательства *opinio juris* (проект вывода 10, пункт 2).

Замечания:

- Мы хотели бы подчеркнуть, что решения *вышестоящих* национальных судов, как правило, могут служить лишь в качестве вторичного доказательства практики государств или *opinio juris* (например, в части фактологического описания поведения или юридической позиции государства в том или ином деле) и *сами по себе* будут являться практикой или *opinio juris* лишь тогда, когда рассматриваемый вопрос касается поведения или позиции судебных органов (например, отказ в иске на основании наличия иммунитета).
- Кроме того, если обращаться к решениям национальных судов, мы считаем, с учетом вышеизложенного, что принимать во внимание и рассматривать в качестве отражающих юридическую позицию государства следует

¹⁷ См. *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at para. 77.

лишь окончательные (то есть не подлежащие дальнейшему обжалованию) решения судов *высшей инстанции*.

- В этой связи мы хотели бы отметить, что в целом национальные суды более высокой инстанции обладают опытом в вопросах толкования и применения международного права чаще, чем суды более низкой инстанции, и это — важный фактор для выявления международного обычного права.

Предлагаемые поправки:

- Мы считаем, что в этом проекте вывода следует недвусмысленно уточнить, что учитываться и рассматриваться в качестве отражающих юридическую позицию соответствующего государства должны лишь окончательные (то есть не подлежащие обжалованию) решения вышестоящих судов.
- Кроме того, как отмечалось выше, мы предлагаем уточнить в проекте вывода, что решения национальных судов более высокой инстанции сами по себе являются практикой или *opinio juris*, а не просто доказательством практики государств или *opinio juris*, лишь в том случае, когда речь идет о поведении или позиции судебных органов.

Вербальные акты

Нынешняя формулировка: в проекте вывода б говорится, что практика «может иметь форму как физических, так и вербальных актов», а в пункте 2) комментария речь идет о роли вербальных актов в качестве практики.

Замечания и предлагаемые поправки:

- По нашему мнению, проект вывода б не отражает должным образом тот факт, что международное обычное право в подавляющем большинстве случаев регулирует физические акты, в то время как регулирование вербальных актов нормами обычного права является редкостью. Вербальные акты могут рассматриваться в качестве практики, а не доказательства практики, лишь в ограниченном числе случаев, когда они сами соответствуют какой-либо норме или нарушают ее (например, угроза применения силы в нарушение пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций).
- В этой связи мы предлагаем изменить формулировку второго предложения проекта вывода б на следующую: «Она может иметь форму физических и — *иногда* — вербальных актов». Кроме того, мы предлагаем изменить формулировку пункта 2 комментария к проекту вывода б и изложить его в следующей редакции: «С учетом того, что государства осуществляют свои полномочия различными способами, не ограничиваясь лишь узким набором действий, пункт 1 предусматривает, что практика может принимать самые различные формы. Слово «иногда» подчеркивает, что при рассмотрении вербального поведения в качестве практики следует проявлять осторожность. Хотя более распространён подход, в соответствии с которым практикой для целей выявления норм международного обычного права может считаться лишь то, что государства «делают», а не то, что они «говорят», сегодня общепризнанно, что вербальное поведение (будь то в письменной или устной форме) может считаться практикой, когда такое поведение само регулируется предположительно существующей нормой обычного права».

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

В пункте 1 этого проекта вывода говорится, что практика при определенных обстоятельствах может включать бездействие. В комментарии к проекту вывода уточняется, что слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только намеренный отказ действовать может выполнять такую роль. Мы придаем большое значение этому важному уточнению. В этой связи мы предлагаем отразить требование о том, что бездействие должно быть намеренным, в тексте проекта вывода, а не только в комментарии.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Пункт 1 проекта вывода б: бездействие в качестве «практики»

Новая Зеландия разделяет сомнения, которые были выражены рядом государств в отношении того, в какой мере «бездействие» может считаться практикой для целей формирования или выявления норм международного обычного права.

Новая Зеландия отмечает содержащиеся в пункте 3) комментария к проекту вывода б пояснения о том, что слова «при определенных обстоятельствах» в пункте 1 проекта вывода б подтверждают, что «только *намеренный* отказ действовать может выполнять такую роль; соответствующее государство должно отдавать себе отчет относительно отказа действовать в конкретной ситуации» (выделение добавлено).

По мнению Новой Зеландии, это — важная оговорка, которую лучше было бы отразить в самом тексте проекта вывода. Это соответствовало бы подходу, используемому в отношении отсутствия реакции в контексте *opinio juris* в пункте 3 проекта вывода 10.

Пункт 2 проекта вывода б: решения национальных судов в качестве «практики»

Новая Зеландия отмечает содержащиеся в пункте б) комментария к проекту вывода б пояснения о том, что «весьма вероятно», что больший вес будет придан решениям судов более высокой инстанции и что решения, которые были отменены, «вряд ли» будут считаться значимыми при оценке практики государства.

Новая Зеландия согласна с тем, что при оценке того, можно ли считать решение того или иного суда практикой государства, необходимо уделять особое внимание месту этого суда в иерархии национальных судебных органов. В целом Новая Зеландия полагает, что только решения судов высшей инстанции могут обоснованно считаться практикой государства для целей формирования или выявления норм международного обычного права. Новая Зеландия предостерегает от использования в этих целях решений судов более низкой инстанции или отдельных решений, не получивших поддержки вышестоящих судебных органов. По мнению Новой Зеландии, очень трудно представить себе ситуацию, когда решение, которое было отменено вышестоящим судом, можно было бы по-прежнему рассматривать в качестве практики государства в этом контексте.

Республика Корея

[Подлинный текст на английском языке]

Правительство Республики Корея хотело бы прокомментировать взаимосвязь между пунктом 2 проекта вывода 6 и пунктом 2 проекта вывода 10. Вполне естественно, что формы практики государства, перечисленные в пункте 2 проекта вывода 6, и доказательства признания в качестве правовой нормы, перечисленные в пункте 2 проекта вывода 10, в значительной степени дублируют друг друга, поскольку в большинстве случаев факт признания в качестве правовой нормы следует выявлять на основании поведения государства или соответствующей документации. Таким образом, чтобы избежать какой бы то ни было путаницы, возможно, потребуется обеспечить единообразие в употреблении терминов и в порядке их перечисления в обоих выводах. Возможно, возникнет также потребность в разъяснениях в целях уточнения расхождений в тех случаях, когда они есть.

Например, в пункте 2 проекта вывода 10 не упоминаются «законодательные и административные акты», которые могут служить доказательством признания в качестве правовой нормы, в то время как в пункте 2 проекта вывода 6 не указаны «публичные заявления, сделанные от имени государств», которые можно было бы рассматривать в качестве одной из форм практики государства; в пункте 2 проекта вывода 10 не указаны дипломатические акты, в то время как в пункт 2 проекта вывода 6 включены «дипломатические акты и переписка».

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

В пункте 1 проекта вывода 6 говорится, что практика «при определенных обстоятельствах» «может включать бездействие». В пункте 3) сопроводительного комментария объясняется, что «слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только намеренный отказ действовать может выполнять такую роль [и что] соответствующее государство должно отдавать себе отчет относительно отказа действовать в конкретной ситуации».

Для большей ясности Сингапур предлагает включить понятие намеренного отказа действовать в сам текст пункта 1 проекта вывода 6. В частности, Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о замене слова «бездействие» на «намеренный отказ действовать».

Сингапур хотел бы добавить, что определение того, что является «намеренным» отказом, в конечном счете будет осуществляться на основании имеющихся фактов с учетом всех обстоятельств в конкретной ситуации. В связи с этим Сингапур отмечает вывод Специального докладчика о том, что «[д]аже в большей степени, чем другие формы практики, бездействие порой сложно выявить или квалифицировать»¹⁸.

Мы подчеркиваем, что для того, чтобы избежать сомнений, любое бездействие или преднамеренный отказ действовать, учитываемые при выявлении нормы международного обычного права, должны сопровождаться *opinio juris*. Это согласуется с содержащимся в проекте вывода 9 общим требованием о том, что одним из конститутивных элементов международного обычного права должно являться признание практики государств в качестве правовой нормы. Это может выражаться в признании государством того, что бездействия с его

¹⁸ См. третий доклад по теме «Выявление международного обычного права» (A/CN.4/682), п. 20.

стороны требуют нормы международного права. В других случаях это может принимать форму убежденности государства в отсутствии необходимости каких-либо действий или реакции с его стороны на том основании, что практика другого государства соответствует нормам международного права.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Бездействие

Соединенные Штаты разделяют обеспокоенность, выраженную в ходе выступлений многих государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в 2016 году в отношении обстоятельств, при которых бездействие государства следует рассматривать либо в качестве практики государства, либо в качестве доказательства *opinio juris* для целей выявления международного обычного права. Мы согласны с тем, что необходимо проявлять крайнюю осторожность ввиду множества различных факторов и мотивов, которые могут побудить государство отказаться предпринимать действия, особенно на международной арене.

Что касается бездействия в качестве практики государства, то мы согласны с содержащимся в пункте 3) комментария к проекту вывода 6 утверждением о том, что «только намеренный отказ действовать может выполнять» роль практики государства. Поэтому для того, чтобы бездействие государства «считалось» практикой государства, необходимо доказать, что государство было в полной мере осведомлено о соответствующих фактах и намеренно отказалось действовать. Вместе с тем Соединенные Штаты считают, что в этот пункт комментария следует внести три исправления, с тем чтобы подчеркнуть ограниченность обстоятельств, при которых бездействие представляет собой релевантную практику государства. Во-первых, для признания трудности, возникновение которой влечет за собой это требование, пункт 3), по мнению Соединенных Штатов, следует дополнить еще одним, третьим предложением, гласящим: «Признается, что такой намеренный отказ может быть трудно продемонстрировать и он не должен презюмироваться как существующий». Во-вторых, в следующем предложении следует заменить слово «включают» словами «могут включать», чтобы дать ясно понять, что приведенные примеры бездействия, которые могут представлять собой практику государства, являются таковой только при условии выполнения вышеуказанного требования о намеренном характере бездействия. В-третьих, последний пример («воздержание от угрозы силы или ее применения») следует исключить, поскольку, помимо международного обычного права, существует множество причин (включая договорные и политические причины), по которым государство может воздерживаться от угрозы силой или ее применения, и едва ли возможно продемонстрировать, что государство поступает так, считая, что того требуют нормы международного обычного права.

Таким образом, пункт 3) будет гласить:

3) Далее в пункте 1 ясно говорится о том, что бездействие может считаться практикой. При этом слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только намеренный отказ действовать может выполнять такую роль: соответствующее государство должно отдавать себе отчет относительно отказа действовать в конкретной ситуации. «Признается, что такой намеренный отказ может быть трудно продемонстрировать и что он не должен презюмироваться как существующий». Примеры такого бездействия (которое иногда называется «негативная практика») мо-

гут включать отказ от возбуждения уголовного дела; и воздержание от осуществления защиты некоторых натурализованных лиц; ~~а также воздержание от угрозы силы или ее применения.~~ [сноска опущена]

[См. также комментарий к проекту вывода 10 ниже.]

Другие вопросы

Соединенные Штаты согласны с тем, что практика государств может принимать самые различные формы, как указано в проекте вывода 6. Однако мы обеспокоены тем, что структура этого проекта вывода может ввести читателей в заблуждение по двум причинам.

Во-первых, мы считаем, что второе предложение в первом пункте следует переформулировать, включив в него слово “may” («может») [*прим. ред.: к русскому тексту не относится*], с целью обеспечить согласованность с первым и третьим предложениями (в обоих присутствует “may”) и подчеркнуть, что, для того чтобы установить, является ли тот или иной акт практикой для целей анализа в контексте международного обычного права, каждый акт государства должен оцениваться отдельно.

Во-вторых, Соединенные Штаты считают, что в пункте 2 этого проекта вывода следует изменить порядок перечисления примеров форм практики государства. Хотя в пункте 5) комментария говорится, что порядок, в котором формы практики перечислены в пункте 2, не претендует на значимость, мы считаем, что правильнее будет начать с практики, в большей степени ориентированной на действия, поскольку такая форма практики часто имеет самую большую доказательную ценность. Изменение порядка может также помочь читателю провести различие между практикой и *opinio juris*, поскольку заявления чаще воплощают последнее¹⁹.

Соответственно, Соединенные Штаты предлагают сформулировать проект вывода 6 следующим образом:

Вывод 6

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физических, так и вербальных актов. При определенных обстоятельствах она может включать бездействие.
2. Формы практики государств включают, не ограничиваясь этим: дипломатические акты и переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на местах»; законодательные и административные акты; а также решения национальных судов; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на местах»; законодательные и административные акты; решения национальных судов; дипломатические акты и переписку; поведение в связи с договорами; и поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.
3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

¹⁹ См. п. 3) комментария к проекту вывода 10.

В том же духе мы предлагаем доработать проект комментария к пункту 3, чтобы дать специалистам-практикам более подробные рекомендации по порядку оценки различных форм практики. Как Соединенные Штаты отметили в своем отзыве на исследование МККК «Обычное международное гуманитарное право», «хотя [воинские] уставы могут быть важными индикаторами поведения государства и могут быть его *opinio juris*, они не способны заменить содержательную оценку государственной военной практики в связи с действительными военными операциями»²⁰. В связи с этим мы предлагаем включить в комментарий указание на то, что фактическое практическое поведение часто является формой практики государства, обладающей наибольшей доказательной ценностью.

4. Проект вывода 7 — Оценка практики государства

Австрия

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Противоречивая практика конкретного государства

Текст в нынешней редакции: в пункте 2 проекта вывода 7 говорится: «В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может придаваться меньший вес». В пункте 4) комментария уточняется, что в подобных ситуациях «вклад этого государства в элемент „всеобщей практики“ может быть сокращен или даже аннулирован».

Замечания и предлагаемые поправки:

- Мы обеспокоены тем, что приведенный выше текст может ввести в заблуждение в том смысле, что противоречивая практика конкретного государства — вместо снижения или сведения к нулю ее веса при оценке существования той или иной нормы обычного права — может являться важным доказательством того, что государства не считают себя обязанными действовать определенным образом. Во избежание подобного толкования, по нашему мнению, пункт 2 проекта вывода 7 и пункт 4) комментария следует исключить, или в качестве альтернативы мы предлагаем переформулировать пункт 2 проекта вывода 7 следующим образом: «В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, вес, придаваемый такой практике, *зависит от обстоятельств*». В этом случае мы хотели бы предложить изменить также формулировку пункта 4) комментария к проекту вывода 7 следующим образом: «... вкладом этого государства в элемент „всеобщей практики“ *может являться указание на его убежденность в том, что по соответствующему вопросу обычной нормы не существует*».

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты обеспокоены тем, что пункт 2 проекта вывода 7 может быть неправильно понят, как предполагающий, что в международном обычном праве практике государств, у которых она переменчива, придается меньший вес, чем практике других государств. Государство с переменчивой практикой

²⁰ Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста „Обычное международное гуманитарное право“», Международный журнал Красного Креста, том 89, номер 866 (2007), с. 3.

может и не поддерживать заявленную норму в той же степени, что и государство, практика которого эту норму последовательно поддерживает. Однако утверждение о том, что практика первого государства имеет меньший вес по сравнению с практикой второго государства, как представляется, не согласуется с принципом суверенного равенства государств. Свой «вес» первое государство просто направляет на поддержку другой правовой нормы или отсутствия нормы. По этой причине мы предлагаем изменить пункт 2 следующим образом:

2. В тех случаях, когда практика конкретного государства в отношении предполагаемой нормы различна, ~~такой практике может придаваться меньший вес~~ такая практика вносит меньший вклад в вывод о том, что такая обычная норма сформировалась, чем когда практика государств последовательна в отношении предполагаемой нормы.

5. Проект вывода 8 — Практика должна быть всеобщей

Австрия

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

При оценке доказательств по двум конститутивным элементам (проект вывода 3) ключевое значение имеет практика государств. Однако допускаем, что в отдельных областях международного права, в частности, в международном гуманитарном праве и международном космическом праве, в сравнении с другими отраслями международного права продолжительность и устойчивость практики может иметь меньшее значение (проект вывода 8). В то же время представляется, что полностью отказываться от критерия продолжительности, что может предполагаться выводом 8, преждевременно).

Китай

[Подлинный текст на китайском языке]

Во-вторых, в проекте вывода 8 предусматривается, что, для того чтобы соответствующая практика государства считалась всеобщей, она должна быть репрезентативной. В комментарии указано, что следует учитывать «степень, в которой те государства, которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, или те, кого с наибольшей вероятностью затронет предположительно существующая норма, принимали участие в практике». Китай считает, что это по существу подтверждает соответствующие решения Международного Суда, в которых Суд подчеркнул важную роль «особо затрагиваемых государств», в выявлении международного обычного права. Практика любой страны, будь то большая или малая, богатая или бедная, сильная или слабая страна, должна приниматься во внимание в полной мере при условии, что эта страна конкретно заинтересована в формировании норм в определенной области и может реально влиять на процесс их формирования. Будучи «особо затрагиваемыми государствами», такие страны могут играть определенную роль в формулировании норм международного обычного права. В этой связи Китай рекомендует расширить содержание комментариев к проектам выводов 8 и 9, с тем чтобы подчеркнуть, что следует в большей степени учитывать практики и *opinio juris* «особо затрагиваемых государств».

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

*Особо затрагиваемые государства и всеобщая практика**Нынешняя формулировка:*

- В пункте 1 проекта вывода 8 речь идет о «всеобщей» практике в том смысле, что она должна быть «достаточно широко распространена и репрезентативна, а также последовательна». В пункте 3) комментария к проекту вывода 8 отмечается, что универсального участия не требуется.
- В проекте вывода 8, согласно которому соответствующая практика должна быть всеобщей, не упоминается устоявшееся понятие «особо затрагиваемые государства». В комментарии в ряде случаев упоминаются особо затрагиваемые государства, но не предусматривается **необходимость** наличия у них практики и *opinio juris* для формирования обычая и должным образом не подчеркивается, что при рассмотрении практики государств и *opinio juris* важно придавать больший вес практике особо затрагиваемых государств.
- И наконец, в пункте 3) комментария к проекту вывода 8 говорится: «В число следующих практике государств следует включать те государства, которым представился случай или возможность применить предположительно существующую норму».

Замечания:

- Если говорить о том, что практика должны быть «всеобщей», в более широком смысле, то, на наш взгляд, текст в нынешней редакции не отражает в полной мере те высокие требования, которым должна удовлетворять практика государств для того, чтобы ту или иную норму можно было считать нормой обычного права. Хотя, как отмечается в комментарии, необходимое число и распределение государств нельзя определить абстрактно, мы считаем очевидным то, что государств, следующих соответствующей практике, сопровождаемой *opinio juris*, должно быть существенно и решительно больше, чем государств, не следующих такой практике, и что комментарий должен в большей степени соответствовать букве и духу дел *О континентальном шельфе Северного моря*, согласно которым практика должна быть не только широко распространенной и репрезентативной, но и «практически единообразной».
- Что касается понятия особо затрагиваемых государств, то широко признано, что особо затрагиваемые государства играют решающую роль в формировании и, соответственно, выявлении норм обычного права. В тех случаях, когда накопленная практика и *opinio juris* особо затрагиваемых государств не соответствуют предлагаемой норме или отсутствуют применительно к такой норме (например, по причине невозможности выявления практики особо затрагиваемых государств), это должно служить доказательством того, что такой нормы не существует. Этот подход отражен также в пункте 74 решения Международного Суда по делу *О континентальном шельфе Северного моря*.
- Кроме того, практика и *opinio juris* особо затрагиваемых государств не только являются необходимым элементом для определения факта существования той или иной нормы международного обычного права, но и должны иметь существенно больший вес, чем практика других государств.

- Что касается упоминания в пункте 3) комментария к проекту вывода 8 государств, которым представился случай или возможность применить рассматриваемую норму, то, хотя комментарий, возможно, и не подразумевает этого, мы обеспокоены тем, что он может быть неправильно истолкован как подразумевающий, что даже те государства, у которых вообще нет никакой практики в отношении рассматриваемой нормы, все равно играют некоторую роль в определении ее статуса как обычной нормы, если им представился случай или возможность применить ее. Как отмечалось в разделе 3 выше, бездействие может иметь значение в качестве практики лишь в ограниченных обстоятельствах, в то время как формулировка пункта 3) комментария к проекту вывода 8 может быть неправильно истолкована как подразумевающая, что подобное бездействие со стороны этих государств автоматически имеет значение, даже если оно не является сознательным и не обусловлено сознанием обязанности по обычному праву.

Предлагаемые поправки:

- Мы предлагаем изменить пункт 1 проекта вывода 8 таким образом, чтобы он лучше отражал высокие требования, которым должна соответствовать практика государств, и изложить его в следующей редакции: «Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна быть достаточно *широко распространена* и репрезентативна, а также последовательна и *практически единообразна*. Она должна включать практику *особо затрагиваемых государств*».
- Кроме того, мы считаем, что в проекте вывода 8 и проекте вывода 9 следует внести поправки, с тем чтобы должным образом отразить устоявшееся важнейшее понятие особо затрагиваемых государств и предусмотреть, что: а) практика является всеобщей в достаточной мере лишь в том случае, если включает как практику, так и *opinio juris* особо затрагиваемых государств (в противном случае никакой обычной нормы не существует); б) в процессе выявления обычных норм больший вес необходимо придавать практике и *opinio juris* особо затрагиваемых государств. Мы предлагаем внести соответствующие изменения в комментарий к проекту вывода 8, в том числе в пункт 2), с тем чтобы еще больше подчеркнуть и разъяснить важность практики и *opinio juris* особо затрагиваемых государств в процессе выявления международного обычного права.
- В дополнение к приводимому выше замечанию по пункту 3) комментария к проекту вывода 8 мы предлагаем изменить этот пункт следующим образом: «Необходимое число и распределение государств, следующих соответствующей практике (например, число практических примеров), нельзя определить абстрактно. *Вместе с тем очевидно, что число государств, следующих этой практике, должно быть явно и решительно больше, чем число государств, не следующих такой практике*».
- В этой связи мы считаем также, что в пункт 4) комментария к проекту вывода 8, в котором отмечается, что «во многих случаях будут равным образом затронуты все или почти все государства», следует внести поправки, с тем чтобы избежать преувеличения. Мы предлагаем внести поправки в этот пункт, чтобы он гласил: «В *некоторых* случаях будут равным образом затронуты все или почти все государства. *Вместе с тем в соответствующих случаях практике наиболее затронутых государств должен придаваться больший вес*».
- И наконец, что касается следующих соответствующей практике государств в пункте 3) комментария к проекту вывода 8, то мы предлагаем исключить

это предложение или уточнить, что бездействие государств, которым представлялся случай или возможность применить предположительно существующую норму, имеет значение только в тех случаях, когда является намеренным и сопровождается *opinio juris*.

[См. также комментарий к проекту вывода 15 ниже.]

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

Мы отмечаем, что в комментарии к проекту вывода 8 идет речь об особо затрагиваемых государствах, но при этом не обозначена четко роль таких государств. Мы считаем, что важная роль особо затрагиваемых государств в формировании и выявлении международного обычного права нуждается в дополнительном разъяснении. Как постановил Международный Суд в своем решении по делу *О континентальном шельфе Северного моря*: «Необходимое условие будет заключаться в том, что в течение данного периода, сколь кратким бы он ни был, государственная практика, в том числе практика государств, чьи интересы затронуты особо, должна была быть как обширной, так и практически единообразной» (выделение добавлено).

Мы предлагаем включить указание на особо затрагиваемые государства в сами проекты выводов 8 и 9, а не только в комментарий. Говоря более конкретно, мы предлагаем в этих проектах выводов четко указать, что практика и *opinio juris* таких государств являются необходимым элементом при выявлении существования той или иной нормы международного обычного права. Кроме того, мы предлагаем прямо указать, что практике и *opinio juris* таких государств необходимо придавать больший вес, нежели практике и *opinio juris* других государств.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

В пункте 9) сопроводительного комментария Комиссия прямо указывает на то, что такого явления, как «мгновенно сложившийся обычай», не существует и что должно пройти некоторое время, для того чтобы сложилась всеобщая практика.

Сингапур согласен с этим и считает, что эта точка зрения отражает *lex lata*. Для того чтобы сделать комментарий еще более полезным для государств, международных судов и трибуналов и специалистов-практиков с методической точки зрения, Комиссия, возможно, пожелает включить в него ссылку на источник происхождения понятия «мгновенный обычай» или пояснение относительно его происхождения²¹. Это было бы полезно, особенно с учетом того, что в четырех докладах Специального докладчика это понятие также подробно не рассматривается.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты по-прежнему убеждены в том, что в проекте вывода 8 следует более четко определить объем и качество практики государств, необходимой для выявления той или иной нормы международного обычного права. Мы

²¹ См. Bin Cheng, "United Nations resolutions on outer space: 'Instant' customary international law?", *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), pp. 23–48.

не считаем, что для этой цели можно ограничиться словом «достаточно» в первом пункте проекта вывода: действительно, возникает вопрос о том, какая степень распространенности и репрезентативности является «достаточной» для того, чтобы практика удовлетворяла этому требованию. Вместо этого в проект вывода следует включить критерий «обширная и практически единообразная», сформулированный Международным Судом в делах *О континентальном шельфе Северного моря*²², поскольку этот критерий широко признан государствами в качестве минимального требования, которое, как правило, должно быть удовлетворено, чтобы можно было говорить о существовании той или иной нормы обычного права.

Соединенные Штаты также считают, что вопрос о важной роли особо затрагиваемых государств следует рассмотреть в самом проекте вывода. Требование учета практики особо затрагиваемых государств является составляющей стандарта, установленного в делах *О континентальном шельфе Северного моря*²³. Кроме того, как отмечается в пункте 4) комментария, «совершенно очевидно, что было бы нецелесообразно» выявлять существование или содержание нормы международного обычного права без учета практики государств, которые наиболее активно занимаются соответствующей деятельностью. Вдобавок к этому, хотя в комментарии — в пункте 4) и в сноске 297 — вскользь упоминаются особо затрагиваемые государства, мы считаем, что проекты выводов и комментариев могут вызвать путаницу: в проекте вывода указано, что подразумевается под «всеобщей» практикой, без какого-либо упоминания особо затрагиваемых государств, а затем, в пункте 4) комментария, утверждается, что их практика — «важный фактор», при этом слова «чья интересы затронуты особо» присутствуют только в сноске.

И наконец, Соединенные Штаты считают, что в проекте вывода 8 следует прямо признать, что практика государств, не подкрепляющая предполагаемую норму, должна учитываться при оценке того, является ли эта норма частью обычного международного права²⁴. Крайне важно, чтобы «негативной практике»

²² *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74.

²³ *Ibid.* («Непременным требованием [в этом случае] было бы условие того, что в течение этого периода времени, пусть даже непродолжительного, практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, должна быть обширной и практически единообразной в отношении задеваемого положения; и, кроме того, должна применяться таким образом, чтобы свидетельствовать о наличии общего признания того, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве».)

²⁴ См., например, *The Case of the S.S. "Lotus"*, P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927), pp. 28-29 («[д]остаточно заметить, что в цитируемых решениях иногда поддерживается одна точка зрения, а иногда — другая... [п]оскольку внутригосударственная судебная практика, таким образом, разнится, она едва ли свидетельствует о наличии ограничительной нормы международного права, которая сама по себе могла бы служить основанием для утверждения французского правительства»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 266, at pp. 311-312 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel) («Одним из путей устранения антиномии между практикой и принципами было бы игнорирование этой практики. Именно так поступают те, кто считает угрозу ядерным оружием или его применение незаконными при любых обстоятельствах. ...Практика государств показывает, что ядерное оружие производится и разрабатывается государствами в течение примерно 50 лет; что размещение такого оружия таит в себе угрозу его возможного применения и что международное сообщество в международных договорах и посредством решений Совета Безопасности Организации Объединенных Наций не только не запретило угрозу ядерным оружием или его применение при любых обстоятельствах, но и фактически или формально признало, что при определенных обстоятельствах можно применять ядерное оружие или угрожать его применением»); *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950. I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277 («Что касается предположительно существующей нормы относительно односторонней и окончательной квалификации преступления, то факты,

придавался достаточный вес²⁵. Точно так же, как поиск доказательств обратного для опровержения той или иной гипотезы является разумной методологической практикой, которая составляет часть научного метода, рассмотрение доказательств обратного также должно быть частью разумной методологии выявления международного обычного права.

По вышеуказанным причинам Соединенные Штаты считают, что проект вывода 8 должен быть сформулирован следующим образом:

Вывод 8

Практика должна быть всеобщей

1. Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна в целом быть обширной и практически единообразной, достаточно широко распространена и репрезентативна, а также последовательна в том числе среди государств, чьи интересы затронуты особо.
2. При условии, что практика является всеобщей, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.
3. Должны учитываться доказательства существования практики об обратном, то есть практики, свидетельствующей о возможно ином толковании правовой нормы.

Соответствующие исправления следует внести и в комментарий. Например, в пункте 4) комментария к проекту вывода 8 было бы полезно более подробно пояснить, почему важно учитывать степень, в которой «те государства,

приведенные в суде, свидетельствуют о такой неопределенности и противоречивости, о таких колебаниях и расхождениях в предоставлении дипломатического убежища и в выражении официальных точек зрения в различных случаях, и такой непоследовательной была быстрая смена конвенций об убежище, ратифицированных одними государствами и отвергнутых другими, а также в самых различных случаях практика по этому вопросу была подвержена столь значительному влиянию соображений политической целесообразности, что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное применение, признанное в качестве правовой нормы»); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, р. 99, at р. 134-135, para. 77 («По мнению суда, практика государства в форме судебных решений подтверждает предположение о том, что иммунитет государства в отношении аста *jure imperii* по-прежнему распространяется на гражданское производство в связи с повлекшими смерть, причинение телесных повреждений или ущерба имуществу деяниями, совершаемыми вооруженными силами и другими органами государства в ходе вооруженного конфликта, даже если соответствующие деяния совершены на территории государства, в котором находится суд. Такая практика сопровождается *opinio juris*, что подтверждается позицией государств и судебной практикой ряда национальных судов, которые ясно дали понять, что считают, что международное обычное право требует предоставления иммунитета. Почти полное отсутствие свидетельствующей об обратном судебной практики также имеет большое значение, равно как и отсутствие каких-либо заявлений, сделанных государствами в связи с работой Комиссии международного права по вопросу об иммунитете государства и принятием Конвенции Организации Объединенных Наций или — насколько смог установить Суд — в любом другом контексте, подтверждающем, что международное обычное право не требует предоставления иммунитета в подобных случаях»).

²⁵ Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста „Обычное международное гуманитарное право“», *Международный журнал Красного Креста*, том 89, номер 866 (2007), с. 3 («В-четвертых, хотя в исследовании в принципе признается значимость негативной практики, особенно между государствами, которые так и не присоединились к соответствующим договорам, этой практике в важных примерах придается неадекватное значение»).

которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, или те, кого с наибольшей вероятностью затронет предположительно существующая норма, принимали участие в практике». В частности, практика государств, которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, по всей вероятности, будет «значительно весомее и по количеству, и по качеству» по сравнению с практикой государств, не имеющих значительного опыта в соответствующем вопросе²⁶.

С. Часть четвертая — Признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

1. Проект вывода 9 — Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Одним из подтверждений юридического признания обычной нормы международного права является поведение государств, свидетельствующее об его отказе от преимуществ и выгод в пользу применения этой нормы. Этот аспект следует осветить в проекте вывода 9.

Китай

[См. комментарий к проекту вывода 8 выше.]

Израиль

[См. комментарий к проекту вывода 8 выше.]

Нидерланды

[См. комментарий к проекту вывода 8 выше.]

Сингапур

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

²⁶ Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста „Обычное международное гуманитарное право“», Международный журнал Красного Креста, том 89, номер 866 (2007), с. 4; см. также Theodor Meron, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, *American Journal of International Law*, vol. 90 (1996), pp. 235–249 («Мне трудно согласиться с мнением, которое иногда высказывается, о том, что все государства, независимо, среди прочего, от их географического положения, военной мощи и интересов, играют одинаковую роль в этом отношении. В данном случае состояние войны является лишь одним из факторов. В вопросе оценки нормы международного обычного права о нейтралитете практика и мнение, например, Швейцарии в качестве нейтрального государства, несомненно, могут научить нас большему, нежели практика государств, которые не придерживаются политики нейтралитета и не применяют соответствующую национальную практику. По-прежнему особенно показательна практика «особо затрагиваемых государств», например ядерных держав, других крупных военных держав, оккупируемых и оккупированных государств, которые имеют на своем счету выступления с заявлениями, применение практики и осуществление политики. Я не пытаюсь обесценить принцип равенства государств, а просто хочу признать более активное участие некоторых государств в развитии права вооруженных конфликтов, причем не только посредством оперативной деятельности, но и посредством политики, изложенной, например, в военных руководствах»).

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Opinio juris и «права»

Соединенные Штаты отмечают, что практика государств, способствующая формированию международного обычного права, традиционно рассматривается как практика, осуществляемая исходя из «сознания юридической обязанности»²⁷. В проектах выводов и комментариях это определение развернуто и включает также практику, осуществляемую с «сознанием юридического права». В частности, в пункте 1 проекта вывода 9 говорится:

Вывод 9

Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

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

2. ...

Аналогичная формулировка есть и в комментариях, включая неоднократные ссылки на требование о том, что практика государств «должна подкрепляться убеждением в том, что она допускается, требуется или запрещается»²⁸ (выделено нами).

Для начала мы предлагаем использовать предлог “out of” («исходя из»), а не “with” («с»), поскольку «исходя из» более точно передает требование о том, что вся практика должна осуществляться исходя из сознания юридической обязанности. Например, может осуществляться такая практика, которая лишь частично обусловлена юридическими соображениями. Вся практика может толковаться как практика, осуществляемая «с» сознанием юридической обязанности, но только та часть практики, которая применяется «исходя из» сознания юридической обязанности, будет считаться практикой, признанной в качестве правовой нормы.

Соединенные Штаты в принципе согласны с тем, что международное право признает за государствами определенные права (такие как неотъемлемое право на самооборону или, в морском праве, права судоходства и права прибрежных государств), и с тем, что государства, осуществляющие эти права, могут делать это, руководствуясь юридическим пониманием, согласно которому они имеют на это законное право. Вместе с тем мы считаем, что в этом контексте включать в проект вывода 9 в явно выраженной форме концепцию юридического права необязательно, поскольку государства обычно понимают под словами «[практика, которая] применяется с сознанием юридической обязанности» практику государств, применяемую исходя из сознания юридического права или обязанности» (или, по словам Международного Суда, «признания того, что речь идет

²⁷ См., например, Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States, sect. 102 (2); Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста „Обычное международное гуманитарное право“», Международный журнал Красного Креста, т. 89, № 866 (2007), с. 444.

²⁸ См. также п. 2) комментария к проекту вывода 9.

о норме права или юридическом обязательстве»)²⁹. Например, юридическая обязанность одного государства иногда может считаться правом других государств (например, обязанность одного государства не совершать акты агрессии есть также право других государств на свободу от актов агрессии) и наоборот. Включение в текст проекта вывода слов «права или» может породить ошибочное впечатление, будто в самом выражении «сознание юридической обязанности» концепция юридических прав еще не предусмотрена.

Кроме того, включение в текст слов «права или» может создать путаницу, наталкивая на мысль, что такой же анализ практики и *opinio juris* государств, какой необходим для ответа на вопрос, *должны ли* государства действовать определенным образом, необходимо проводить и для того, чтобы установить, *могут ли* государства действовать. Соединенные Штаты считают, что в проекте вывода и комментарии к нему важно придерживаться общих, широко используемых в этом контексте формулировок, как для того, чтобы не давать повода говорить о какой-либо коллизии с существующей практикой государств, так и для того, чтобы этот текст не был ошибочно истолкован как нарушающий давний принцип, согласно которому в отсутствие правовых ограничений государства имеют свободу действий. См. *The Case of the S.S. "Lotus"*, P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927), p. 18. От государств не требуется устанавливать *opinio juris* или то, что правомерность того или иного действия подкрепляется общей и единообразной практикой государств, прежде чем осуществлять на законных основаниях ту или иную практику, которая в остальном не имеет правовых ограничений.

С учетом риска возникновения недопонимания в этом вопросе и давней традиции использования формулировки «сознание юридической обязанности» мы считаем, что в тексте проекта вывода следует сохранить привычную формулировку и исключить слова «права или», которых не было в первоначально представленном Специальным докладчиком варианте этого проекта вывода³⁰. Мы считаем, что в комментарии затем следует пояснить, что широко используемая формулировка «сознание юридической обязанности» может охватывать не только юридические обязанности, но и, в соответствующих случаях, юридические права. В комментарии следует также четко указать на то, что в случаях отсутствия правовых ограничений государству не нужно выявлять в международном обычном праве конкретное право для обоснования своих действий, и вместо этого государство может просто опираться на общий принцип, согласно которому в отсутствие правовых ограничений государства обладают свободой действий.

По вышеуказанным причинам Соединенные Штаты считают, что проект вывода 9 должен быть отредактирован следующим образом:

Вывод 9

Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

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

²⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74.

³⁰ Доклад Комиссии международного права, шестьдесят шестая сессия (2014 год), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, сс. 293–294, сноска 830.

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

В любом случае Соединенные Штаты считают также, что комментарий следует дополнить текстом примерно следующего содержания:

(#) Признание нормы в качестве нормы права (*opinio juris*) обычно описывается в терминах «сознания юридической обязанности», и в проекте вывода 9 используется именно эта формулировка во избежание создания впечатления об изменении общего понимания. При этом в соответствующих обстоятельствах государства уже давно рассматривают эту концепцию как охватывающую как юридические обязанности, так и юридические права, демонстрируя, по словам Международного Суда, «общее признание того, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве»³¹.

(##) Вместе с тем, проект вывода 9 не подразумевает, что в случаях отсутствия правовых ограничений государство обязано выявлять в международном обычном праве конкретное право для обоснования своих действий. Иными словами, в соответствии с давно устоявшимся принципом, согласно которому в отсутствие правовых ограничений государства обладают свободой действий, нет необходимости устанавливать *opinio juris* или общую и единообразную практику государств, указывающие на правомерность действия, прежде чем государство может приступить к соответствующей деятельности. См. *The Case of the S.S. "Lotus"*, P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927), p. 18.

2. Проект вывода 10 — Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

Австрия

[Подлинный текст на английском языке]

Аналогичным образом в проекте вывода 10 («Форма доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)») говорится исключительно о признании в качестве правовой нормы со стороны государств. Было бы полезно уточнить, как устанавливается *opinio juris* в контексте международных организаций.

[См. комментарий к проекту вывода 4 выше.]

Беларусь

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Чешская Республика

[Подлинный текст на английском языке]

*Отсутствие реакции как доказательство признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) — пункт 3 проекта вывода 10*

Пункт 3 проекта вывода 10 предусматривает, что «отсутствие реакции в течение периода времени на практику может служить доказательством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при условии, что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали какой-то реакции». В комментарии к этому проекту вывода уточняется, что в таком случае должны

³¹ *North Sea Continental Shelf Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74.

быть соблюдены два требования: во-первых, «реакция на такую практику должна быть ожидаемой», и, во-вторых, «соответствующему государству должно было быть известно о данной практике (что охватывает также такие обстоятельства, когда вследствие обнародования этой практики следует исходить из того, что она была известна государству) и что оно должно было иметь достаточно времени для действий и возможность действовать».

Замечания:

По мнению Чешской Республики, этот проект вывода (вместе с комментарием к нему) не в полной мере отражает различные типы бездействия или «отсутствия реакции» со стороны отдельных государств и различную степень значимости, которой оно может обладать для целей доказывания существования или формирования той или иной обычно-правовой нормы.

Причины, по которым государства не реагируют на практику других государств, даже если можно было бы предположить, что они, как правило, это делают, могут быть самыми разными. Государства могут не реагировать или отказываться реагировать просто по дипломатическим и политическим соображениям или за неимением возможностей или прямой заинтересованности в соответствующем поведении другого государства (государств). Таким образом, причины, по которым государства не реагируют в каком-то конкретном случае, могут не иметь никакого отношения к правовой оценке такой практики и их реакции или отсутствию реакции на подобную практику.

В связи с этим Чешская Республика предлагает уделить больше внимания, в частности, проведению различия между, с одной стороны, отсутствием реакции государств, которые чрезвычайно (в особой степени, напрямую) заинтересованы, обеспокоены и затрагиваются соответствующей практикой других государств и осведомлены о правовой значимости их реакции или отсутствия таковой, и, с другой стороны, бездействием или отсутствием реакции других государств, что может объясняться политическими, практическими или другими внеправовыми соображениями и не вытекать из сознания обычно-правового обязательства.

Кроме того, мы считаем, что Комиссии следует также изучить различия между отсутствием реакции на соответствующую практику, с одной стороны, в случаях, когда речь идет о возможности формирования какой-либо новой нормы международного обычного права в тех областях, которые еще не регулируются никакой нормой международного обычного права, и, с другой стороны, в тех случаях, когда потенциально формирующаяся новая норма будет отличаться от уже устоявшейся обычной нормы. Тот факт, что определенная обычная норма уже существует, служит в качестве стабилизирующего фактора и в целом снижает необходимость реагировать на практику других государств, которая отходит от такой нормы (принцип заключается в том, что отклонение от уже устоявшейся нормы рассматривается как нарушение этой нормы, а не как начало формирования новой нормы).

С учетом изложенных выше замечаний Чешская Республика предлагает исключить или существенно переработать пункт 3 проекта вывода 10.

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Отсутствие реакции как opinio juris

Нынешняя формулировка: в проекте вывода 10 говорится о выведении *opinio juris* государства из ситуаций, в которых государство «не реагирует».

Замечания:

- Мы считаем, что проект вывода 10 не в полном объеме отражает трудности и сложности, связанные с использованием факта отсутствия реакции в качестве доказательства *opinio juris*.
- Следует признать, что в общем *сознательный* отказ действовать *исходя из чувства необходимости соблюдать ту или иную норму международного обычного права* действительно представляет собой негативную практику государства, имеющую отношение к выявлению норм международного обычного права. Например, когда государство сознательно воздерживается от попыток, поскольку считает, что это входит в его обычные обязательства, отсутствие действий с его стороны представляет собой практику государства. Однако простое отсутствие реакции само по себе не является практикой: когда государство просто воздерживается от действий, это означает, что у него *отсутствует* практика. Поэтому только явные доказательства, объясняющие причины, по которым государство воздерживается от действий, могут указывать на то, отсутствует ли у государства практика в связи с предполагаемой нормой международного обычного права (что должно подразумеваться по умолчанию) или государство сознательно воздерживается от действий в силу существующего *opinio juris* и, таким образом, осуществляет негативную практику.
- Этот вывод применяется также *mutatis mutandis* к государствам, которые не реагируют на практику другого государства в обстоятельствах, изложенных в проекте вывода 10. *Opinio juris* является субъективным элементом, отражающим реальное убеждение государства относительно его прав и обязанностей по международному обычному праву, и поэтому должно выражаться активным и открытым образом. Соответственно, в тех случаях, когда государство, например, не протестует против осуществления другим государством рыбного промысла в его морских зонах, отсутствие реакции само по себе не представляет собой *opinio juris*, указывающее на то, что это государство считает такую рыбопромысловую деятельность допустимой по международному праву. Вполне может быть, что мотивы, по которым оно не протестует и разрешает такую практику, носят политический или дипломатический характер, или что государство на самом деле протестует против такой практики, но в силу различных причин делает это только при закрытых дверях и конфиденциальным образом. Как следствие, молчание государства в таких обстоятельствах не может само по себе рассматриваться как *opinio juris*.
- Иными словами — и вопреки пункту 3 проекта вывода 10 и пункту 7) комментария к нему, — для того, чтобы отсутствие реакции могло служить доказательством *opinio juris*, выполнения условий наличия ожидаемой в определенных обстоятельствах реакции и наличия у государства возможности действовать недостаточно. В этом случае требуется также доказательство того, что отсутствие реакции само вызвано сознанием обычно-правовой обязанности.

Предлагаемые поправки:

- Мы хотели бы предложить осветить в проекте вывода 10 и комментарии к нему вопрос о практической сложности подтверждения доказательства наличия «негативной» практики или «негативного» *opinio juris*, и подчеркнуть, что с учетом замечаний, изложенных выше, отсутствие реакции со стороны государства само по себе (и в отсутствие дополнительных доказательств) не может толковаться как свидетельство практики или *opinio juris*.
- В качестве альтернативы мы предлагаем не рассматривать в явно выраженной форме ситуацию отсутствия реакции государства, поскольку тип доказательств, необходимых для установления наличия обоих элементов, не отличается от тех доказательств, которые используются в других ситуациях.

Национальные акты и заявления как доказательство практики государств и opinio juris: решения национальных судов высшей инстанции

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

В проекте вывода 10 среди форм доказательства *opinio juris* называются решения национальных судов. По нашему мнению, это следует уточнить. Решения национальных судов могут представлять собой доказательства *opinio juris* только тогда, когда такие решения не отвергаются исполнительной властью государства. Об отказе исполнительной власти принимать такие решения можно говорить, когда она считает и открыто заявляет, что они не отражают позицию государства по данному вопросу. Необходимость такого уточнения обусловлена положением о том, что *opinio juris* требует единообразия мнений различных ветвей власти.

В пункте 3 проекта вывода 10 в качестве доказательства *opinio juris* указывается отсутствие реакции на практику. Мы с удовлетворением отмечаем в целом осторожный подход, призывающий не делать слишком много выводов из молчания или бездействия государств, и указание на важность того, что последствия отсутствия реакции могут быть значимыми только в том случае, когда такая реакция является ожидаемой. Это означает, что норма заключается не в том, что молчание подразумевает согласие, а в том, что в конкретной ситуации, в которой было ясно, что реакция требуется, такой реакции не последовало. В этой связи мы предлагаем учесть в комментарии роль пояснений, которые государства могут представить в отношении определенных позиций и их вероятного молчания на более позднем этапе. Мы также предлагаем обратить в комментариях внимание на возможность того, что то или иное государство все же выражает протест, но делает это конфиденциальным, или по меньшей мере непубличным образом. Во втором случае мы считаем, что факт отсутствия публичной реакции на определенное поведение не может рассматриваться как доказательство признания такого поведения в качестве правой нормы.

В проекте вывода 10 ничего не говорится об *opinio juris* международных организаций. Мы предлагаем осветить этот вопрос в комментарии, пояснив, что международные организации также могут иметь *opinio juris*. Это вытекает из международной правосубъектности таких организаций, о чем уже упоминалось выше.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Пункт 3 проекта вывода 10: отсутствие реакции в качестве доказательства opinio juris

Новая Зеландия разделяет призыв ряда других государств проявлять осторожность в оценке того, в какой мере отсутствие реакции того или иного государства на практику другого государства может служить основанием для установления *opinio juris*. В некоторых случаях отсутствие реакции действительно может означать признание в качестве правовой нормы. Но это нельзя презюмировать. Есть много уважительных причин, почему государство может публично не реагировать на действия другого государства или не протестовать против них. Решая, следует ли и как реагировать на действия другого государства, государство должно соблюсти баланс самых разных интересов, включая поддержание дружественных отношений и эффективное функционирование международных отношений. Так обстоит дело, в частности, когда государство напрямую не затронуто предпринятыми действиями или не имеет иной особой заинтересованности в них. В других случаях государство может посчитать более уместным реагировать на конфиденциальной основе.

В этой связи Новая Зеландия согласна с содержащимся в пункте 3 проекта вывода 10 условием, согласно которому отсутствие реакции может служить доказательством *opinio juris* лишь тогда, когда: соответствующее государство имеет возможность реагировать, а обстоятельства требуют какой-либо официальной публичной реакции. Новая Зеландия поддерживает также идею пояснить это условие в пункте 7) комментария. Новая Зеландия считает, что дополнительные элементы, указанные в этом пункте, будет уместнее включить в текст проекта вывода. В частности, Новая Зеландия считает, что государство должно было быть напрямую затронуто такой практикой, знать о такой практике и иметь достаточно времени и возможности для ответных действий.

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Республика Корея

[См. комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Бездействие

Ситуации, в которых бездействие того или иного государства отражает *opinio juris* этого государства, еще более редки, чем ситуации, в которых бездействие государства является сознательным и в силу этого может представлять собой практику. Поведение большинства государств (как действие, так и бездействие) не мотивировано международно-правовыми соображениями. Соответственно, несовершение государством какого-либо действия редко свидетельствует о его взглядах на международное право. Например, из принятого государством решения не осуществлять в тех или иных обстоятельствах дипломатическую защиту нельзя сделать вывод о том, что государство сочло, что какой-то конкретный акт (распоряжение или иная мера) не является противоправным по международному праву. Существует много примеров того, когда то или иное государство может считать, что имеет веские основания для осуществления ди-

пломатической защиты и что другое государство несет международную ответственность, но по политическим или практическим соображениям принимает решение не поддерживать требование (например, чтобы избежать появления раздражителя в двусторонних отношениях, в целях решения внутренних политических проблем или в силу других внеправовых причин).

В этом контексте мы рекомендуем внести изменения как в текст проекта вывода 10, так и в пункт 7) комментария к нему.

Чтобы четко обозначить, что намеренное бездействие государство отражает *opinio juris*, только если оно мотивировано правовыми соображениями, мы рекомендуем внести в пункт 3 проекта вывода 10 изменения, сформулировав его следующим образом:

3. Отсутствие реакции на практику в течение периода времени может служить доказательством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), при условии, что государство имело возможность реагировать, а обстоятельства требовали определенной реакции, и что решение государства не реагировать было принято исходя из сознания юридической обязанности.

Кроме того, хотя мы и согласны с двумя «требованиями», которые должны быть выполнены для того, чтобы молчание могло означать признание в качестве правовой нормы и о которых идет речь в пункте 7) комментария к проекту вывода 10, мы считаем, что первое требование необходимо переформулировать, отразив в нем то, что по политическим (международным или внутренним) или иным причинам, таким как ограниченные ресурсы правительства, государства часто принимают решение о воздержании от юридически допустимых действий.

В этой связи мы считаем, что предложение, начинающееся со слова «во-первых», в пункте 7 следует изменить следующим образом:

Во-первых, реакция на такую практику должна быть ожидаемой: например, это может относиться к случаям, когда практика (прямо или косвенно) затрагивает — как правило, неблагоприятным образом — интересы или права не реагирующего или отказывающегося реагировать государства в такой степени или в таких обстоятельствах, что отсутствие реакции с его стороны является доказательством его правовой позиции. [сноски опущены]

[См. также комментарий к проекту вывода 6 выше.]

Прочие вопросы

О вопросах, имеющих у Соединенных Штатов по поводу обстоятельств, при которых бездействие или молчание государства могут обоснованно считаться практикой государств или доказательством *opinio juris* соответствующего государства, см. выше.

В связи с пунктом 5) комментария к проекту вывода 10 Соединенные Штаты хотели бы также отметить, что при оценке того, что образует доказательство *opinio juris* государства, необходимо проявлять осторожность. Например, в официальных правительственных изданиях часто (если не в большинстве случаев) отражаются, в первую очередь, политические и внутренние правовые соображения, а не международно-правовые факторы. Кроме того, как Соединенные Штаты отметили в своем отклике на исследование МККК «Обычное международное гуманитарное право», «[хотя] уставы могут быть важными индикаторами поведения государства и могут быть его *opinio juris*, они не способны заменить содержательную оценку государственной военной практики в связи с

действительными военными операциями»³². Решения национальных судов, как правило, также основываются на внутреннем праве, а не на международном праве. В этой связи доказательства необходимо подвергать тщательной оценке, чтобы определить, действительно ли они отражают взгляды государства на нынешнее состояние международного обычного права.

Кроме того, во многих случаях необходимость проявлять осторожность при вынесении суждения о том, сформировалась ли та или иная норма обычного права, обусловлена отсутствием всей полноты информации о соответствующей практике или *opinio juris* государств. В некоторых случаях практика государств может быть известна другим государствам, но не придаваться общей огласке. Кроме того, юридические консультации, предоставляемые внутри исполнительной ветви власти, как правило, носят конфиденциальный характер. Прежде чем делать выводы о существовании той или иной нормы обычного права, необходимо позаботиться о том, чтобы учесть всю соответствующую практику и *opinio juris*, даже те практику и *opinio juris*, о которых общественность может ничего не знать³³.

D. Часть пятая — Значение определенных материалов для выявления международного обычного права

1. Проект вывода 11 — Договоры

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

По вопросу взаимодействия международного обычного и международного договорного права (проект вывода 11) следует дополнительно проработать концепцию так называемого «перехода» (“spillover effect”) универсального многостороннего международного договора в международный обычай (проект вывода 11, пункт 1, подпункт с)). Необходимо выявить качественные и/или количественные критерии такого «перехода», его движущие силы и правовую сущность.

³² Джон Б. Беллингер и Уильям Дж. Хейнс, «Отклик правительства США на исследование Международного Комитета Красного Креста “Обычное международное гуманитарное право”», *Международный журнал Красного Креста*, т. 89, № 866 (2007), с. 4.

³³ См. например, Daniel Bethlehem, “The secret life of international law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, p. 23, at p. 24 (2012) («И лишь в случае международного права толкование и применение государствами права является важным элементом создания и развития права — на основе практики государств, на основе *opinio juris* и на основе поведения государств при толковании и применении договоров, например, в рамках некоторых подпунктов статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров, таких как последующая практика в толковании договоров, — в их поведении в отношении толкования и применения резолюций Совета Безопасности и так далее. С учетом этого, если есть желание заняться тщательным, глубоким осмыслением того, что есть право, вы не можете просто смотреть в текст того или иного документа. Вам нужно смотреть шире, на целый ряд других вещей. И некоторые из них находятся на виду и собираются, например британская практика в *British Yearbook*. В большинстве случаев, однако, эта практика невидима для внешнего мира, поскольку она имеет место внутри правительств, и в ее предании гласности никогда не возникает необходимости, а иногда она обоснованно не будет предаваться гласности»).

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Договоры как доказательства существования обычая

Текст в нынешней редакции: Проект вывода 11 и комментариев к нему касаются «значимости договоров, особенно широко ратифицированных многосторонних договоров, для выявления международного обычного права». В пункте 3) комментария подчеркивается, что «договоры, которые получили почти всеобщее признание, могут рассматриваться как особо показательные в этом отношении».

Замечания и предлагаемые поправки:

- Как верно указано в проекте вывода 11 и в сопроводительном комментарии к нему, договоры и обычай — это разные источники и международного права и должны быть разграничены. В самом деле, государства могут решать вступать в договоры именно по причине их особого нормативного характера (например, если отказ от следования обычаю *ex post* невозможен, то в случае с договорами это, как правило, возможно).
- Одно важное различие между договорами и обычаем связано с характером согласия государства. Когда государство присоединяется к договору, оно соглашается взять *на себя* определенные обязательства. Однако в том случае, когда государство заявляет свое *opinio juris*, оно выражает мнение, что *другие государства* также связаны этими обязательствами. Таким образом, нельзя рассматривать одно лишь согласие государства с обязательностью договора как неопровержимое доказательство признания в качестве *opinio juris*.
- Хотя в пункте 7) комментария к проекту вывода 11 проводится четкое различие между договорами и обычаем в этом контексте, может показаться, что в пункте 3) комментария эти два понятия смешиваются, особенно когда речь идет о договорах, получивших широкое признание, несмотря на то, что такие договоры не обязательно отражают нормы международного обычного права. Поэтому мы предлагаем исключить пункт 3) из комментария к проекту вывода 11. В качестве альтернативы мы предлагаем исключить содержащееся в конце пункта 3) комментария к проекту вывода 11 упоминание договоров, которые еще не вступили в силу или которые еще не достигли широкого участия.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Новая Зеландия поддерживает предложенный в проекте вывода 11 общий подход к роли договоров в формировании норм международного обычного права. По мнению Новой Зеландии, формулировка этого проекта вывода согласуется с принципом, изложенным в статье 38 Венской конвенции о праве международных договоров.

Новая Зеландия считает, что три категории, указанные в подпунктах а)–с) пункта 1 проекта вывода 11, полезны и верно отражают роль, которую международные договоры могут играть в этой связи. Она отмечает важность использования выражения «если установлено» в вводной части пункта 1 проекта вывода 11 и приветствует сделанное в пункте 4) комментария уточнение, что существование нормы должно быть подтверждено доказательствами как из практики, так и из *opinio juris*.

Кроме того, Новая Зеландия поддерживает включение в проект вывода 11 пункта 2 и высказанный в пункте 8) комментария призыв проявлять особую осторожность при опоре на двусторонние договоры.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

В пункте 1 проекта вывода 11 в нынешней редакции описываются три способа, которыми нормы, закрепленные в договоре, могут отражать нормы международного обычного права. В сопроводительном комментарии поясняется, что для целей подпункта с) установление того, что процесс порождения закрепленной в договоре нормой новой нормы международного обычного права действительно имел место, требует тщательного анализа.

Это различие в оценке способов, которыми договорная норма может отражать международное обычное право, не явствует из текста пункта 1 проекта вывода 11. В связи с этим Сингапур предлагает пересмотреть пункт 1 проекта вывода 11, с тем чтобы четко отразить это различие в тексте самого проекта вывода.

Сингапур хотел бы также подчеркнуть, что при определении существования договорной нормы, отражающей норму международного обычного права, содержание, сфера применения и охват этой конкретной договорной нормы сначала должны быть определены путем толкования текста этого договора на основе установленных норм права, касающихся толкования договоров³⁴. Не следует предполагать, что в той или иной договорной норме отражена та или иная норма международного обычного права, только потому, что схожая формулировка какой-либо другой договорной нормы, содержащейся в другом договоре, была признана отражающей норму международного обычного права.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты согласны с текстом проекта вывода 11 (Договоры) и считают, что в нем точно отражено, каким образом то или иное договорное положение может стать отражающим норму международного обычного права.

Однако у нас есть вопросы относительно некоторых аспектов комментария к этому проекту вывода.

Во-первых, мы считаем, что окончание первого предложения пункта 3) комментария («договоры, которые получили почти всеобщее признание, могут рассматриваться как особо показательные в этом отношении») и сопроводительную сноску следует исключить. Мы считаем, что эта фраза может быть неверно понята как указывающая на то, что широко ратифицированные международные договоры, скорее всего, отражают нормы международного обычного права, что не соответствует действительности. Кроме того, мы считаем, что цитаты, включенные в сноску 323, могут создать неверное представление, что требование продемонстрировать как наличие общей практики, так и признание в качестве *нормы международного обычного права* можно не соблюдать, если речь идет о широко ратифицированных международных договорах.

³⁴ См. статьи 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров.

Во-вторых, формулировку последнего предложения пункта 3) комментария следует изменить, заменив слова «широкого участия» словами «широкой ратификации», что будет более точным. Использование слова «участие» может создать неверное представление, что договор, заключенный лишь несколькими государствами, может иметь влияние, хотя в реальности это не так. Кроме того, этот пункт следует дополнить, включив в него указание на то, что ратификация государствами договора сама по себе не свидетельствует о том, что конкретные положения этого договора могут соответствовать нормам международного обычного права. Например, в той степени, в которой конкретные положения договора, ратифицированного большим числом государств, не осуществляются на практике государствами — участниками этого договора, такое невыполнение ставит под сомнение вывод о существовании практики государств, наличие которой необходимо для установления того, что договорные нормы, о которых идет речь, отражают нормы международного обычного права.

В-третьих, что касается пункта 2 проекта вывода, где говорится о нормах, зафиксированных в нескольких договорах, то мы полностью согласны с положением пункта 8) комментария о том, что тот факт, что норма зафиксирована в ряде договоров, не порождает презумпцию, что эта договорная норма отражает норму международного обычного права. Более того, необходимость вновь и вновь включать одну и ту же норму во множество договоров может свидетельствовать об обратном, а именно о том, что эта норма не является частью международного обычного права. Чтобы установить, является ли часто повторяющееся в договорах положение нормой обычного права, требуется такая же оценка практики государств и *opinio juris*, как и в случае с любыми другими потенциальными нормами обычного права. Недостаточно просто показать, что государства несут обязательства по договору. Необходимо продемонстрировать, что государства выразили мнение о том, что они несут обязательство также по международному обычному праву.

2. Проект вывода 12 — Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

В целом Беларусь разделяет мнение Комиссии относительно значения резолюций международных организаций и других письменных источников, отраженное в проектах выводов 12–14. При этом, говоря о трудах юристов-международников и решениях международных судов и трибуналов, мы хотели бы отметить следующее.

Такого рода источники, несомненно, полезны в контексте выявления норм международного обычного права, поскольку они облачают в более доступную, четкую и аргументированную форму доказательства наличия элементов, составляющих норму международного обычного права. В этом смысле, несомненно, они имеют отношение к рассматриваемой теме. В то же время, поскольку международный обычай формируется исключительно практикой государств, рассматривать эти источники в каком-либо другом контексте нам не представляется возможным.

В пункте 6) комментария к проекту вывода 12 мы полагали бы более корректным говорить не только о прямых возражениях государств против резолюций (проголосовавших «против»), но и об отсутствии явной поддержки государствами. Даже резолюции, принятые консенсусом, могут свидетельствовать не о

наличии *opinio juris*, а о незаинтересованности большинства государств в вопросах, затронутых в резолюции, либо о чрезмерно общем характере ее положений, не имеющих, *ipso facto*, значимых правовых последствий.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

Кроме того, мы с удовлетворением отмечаем, что в комментарии к проекту вывода 12 подробно рассмотрен вопрос о резолюциях международных организаций. Мы принимаем к сведению, что, как было предложено в Шестом комитете, в комментарии особо отмечена роль Генеральной Ассамблеи как пленарного органа с практически универсальным участием. Как было также отмечено Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом в его третьем докладе, резолюции Генеральной Ассамблеи могут быть особенно релевантными в качестве доказательства наличия международного обычного права или импульса для его развития. Вместе с тем в докладе отмечается также, что следует проявлять осторожность при определении нормативной значимости таких резолюций, поскольку «Генеральная Ассамблея является политическим органом, в котором не всегда ясно то, что акты [государств] имеют юридическое значение». Страны Северной Европы считают, что для целей обсуждения нормативной значимости резолюций Генеральной Ассамблеи в комментарии будет полезно уделить дополнительное внимание двум конкретным моментам. Во-первых, более подробно остановиться на уникальном характере Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций и на том, что отличает ее от других международных организаций. Во-вторых, отразить важность содержания резолюций Генеральной Ассамблеи и условия их принятия. Иными словами, существуют ли конкретные области, в которых резолюции обычно выражают *opinio juris*.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Новая Зеландия в целом согласна с заключениями, содержащимися в проекте вывода 12, и с дополнительными разъяснениями в комментарии к нему. По мнению Новой Зеландии, имеется обширный корпус решений судебных органов, подкрепляющих вывод о том, что резолюции, принятые международными организациями, могут при определенных обстоятельствах рассматриваться как доказательство существования или содержания норм международного обычного права. Кроме того, Новая Зеландия согласна с тем, что такие резолюции могут способствовать развитию таких норм. В этой связи Новая Зеландия сознает вклад таких резолюций, как Всеобщая декларация прав человека, в развитие международного обычного права. Формулировки таких декларативных резолюций могут быть убедительным доказательством *opinio juris* при условии, что они составлены в четких выражениях и пользуются широкой поддержкой. Новая Зеландия согласна также с заключением, содержащимся в пункте 1 и пункте 3 проекта вывода 12, согласно которому такие резолюции сами по себе — в отсутствие соответствующей практики государств — не порождают международное обычное право. Как выразилась одна из делегаций в ходе предыдущих прений в Шестом комитете, резолюции могут «извлекать, но не провозглашать» нормы международного обычного права.

Как отмечалось выше, Новая Зеландия считает, что следует продолжить изучение вопроса о взаимосвязи между проектом вывода 12 и пунктом 2 проекта

вывода 4. Как признается в пункте 3) комментария к проекту вывода 12, принятие резолюции представляет собой юридический акт органа международной организации. Поэтому было бы полезно более детально проанализировать вопрос о том, почему такие акты не рассматриваются как «практика» этой организации, как это предусмотрено в пункте 2 проекта вывода 4.

[См. замечание по проекту вывода 4 выше.]

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

Сингапур согласен с пунктами 1 и 3 проекта вывода 12. Кроме того, Сингапур разделяет изложенное в пункте 4) сопроводительного комментария мнение о том, что «резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, сами по себе не порождают “мгновенно возникающего обычая”».

Однако мы предлагаем изменить пункт 2 проекта вывода 12 таким образом, чтобы в нем говорилось, что резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может служить доказательством для установления существования и содержания нормы международного обычного права или способствовать ее развитию только «при определенных обстоятельствах». Выражение «определенные обстоятельства» соответствует формулировке, использованной Международным Судом в консультативном заключении по делу *Законность угрозы ядерным оружием или его применения*³⁵. Использование этого выражения позволит также более четко обозначить в тексте самого проекта вывода, что не *все* такие резолюции могут быть доказательством существования международного обычного права или вносить вклад в его развитие.

В пункте 6) сопроводительного комментария говорится, что «требуется тщательная оценка различных факторов для того, чтобы проверить, действительно ли соответствующие государства намереваются признать существование какой-либо нормы международного обычного права» путем принятия резолюции международной организацией или на межправительственной конференции. Сингапур считает, что в контексте такой оценки будет уместно рассмотреть также конкретные полномочия, состав и функции соответствующей международной организации или межправительственной конференции³⁶. Соответственно, эти аспекты следует отразить в комментарии к проекту вывода 12.

³⁵ См. консультативное заключение Международного Суда по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применения (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, at pp. 254-255, para. 70)*: «Суд отмечает, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не носят обязательного характера, иногда могут иметь нормативное значение. При определенных обстоятельствах они могут обеспечивать свидетельства, важные для установления факта наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris*...» (курсив добавлен).

³⁶ Комиссия упомянула о различных полномочиях, составе и функциях международных организаций в контексте практики международных организаций в пункте 8) сопроводительного комментария к проекту вывода 4.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты с удовлетворением отмечают ту тщательность, с которой Комиссия и Специальный докладчик подходят к вопросу о резолюциях международных организаций и межправительственных конференций как доказательства международного обычного права. Соединенные Штаты согласны с тем, что такие резолюции могут быть источником важной информации о возможных нормах международного обычного права, скорее всего об *opinio juris* государств, хотя, возможно, также и об их практике. Вместе с тем, как это видно из проекта вывода и комментария к нему, к резолюциям необходимо подходить с большой осторожностью. Соединенные Штаты отмечают, что одна только Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла на своей семьдесят первой сессии 329 резолюций. В силу необходимости многие резолюции международных организаций и конференций принимаются при минимальном обсуждении и рассмотрении и в рамках процедур, которые позволяют получить лишь ограниченное представление о мнениях отдельных государств (например, путем консенсуса). Кроме того, ввиду большого числа резолюций и ограниченных возможностей государств решение о том, поддержать резолюцию или выступить против нее, может приниматься по политическим или иным соображениям, а не по результатам юридического анализа ее содержания, или несмотря на разногласия в отношении формулировки или оценки закрепленной в ней нормы, якобы являющейся нормой международного обычного права³⁷. В результате даже те резолюции, которые пользуются широкой поддержкой, могут содержать ограниченные или неоднозначные указания на практику и *opinio juris* государств, которые их поддерживают. Поэтому к попыткам представить ту или иную резолюцию в качестве доказательства практики государств или *opinio juris* следует относиться с определенной долей скептицизма. Самого по себе наличия таких резолюций, безусловно, не достаточно, чтобы доказать существование нормы обычного права. Необходимо установить, что то или иное положение соответствует общей практике, принятой в качестве правовой нормы (*opinio juris*), как указано в проекте вывода 12.

Соединенные Штаты Америки полагают, что для того чтобы подчеркнуть необходимость с осторожностью подходить к резолюциям при оценке потенциальной нормы международного обычного права, а также в соответствии с формулировкой, использованной Международным Судом в консультативном заключении по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применении*, цитируемом в пункте 5 комментария, в пункт 2 проекта вывода 12 следует добавить слова «при определенных обстоятельствах». При этом данный пункт будет звучать следующим образом:

³⁷ Соединенные Штаты согласны с содержащимися в комментарии утверждениями касательно значимости общих заявлений, заявлений по мотивам голосования, заявлений с разъяснением позиции и заявлений об отмежевании от консенсуса для определения того, имеет ли конкретная резолюция значение для выявления какой-либо конкретной нормы международного обычного права. Эти заявления могут указывать на то, что одно или несколько государств придерживаются позиций, в значительной степени расходящихся с конкретными положениями резолюции, несмотря на то, что в целом эта резолюция этими государствами поддерживается. Вместе с тем важно также отметить, что не все государства широко используют такие заявления, даже когда они не полностью согласны с положениями резолюции. Кроме того, даже в тех случаях, когда государства выступают с разъяснением позиции или делают аналогичные заявления, годы спустя такие свидетельства может быть сложно найти, а потому трудно определить, отражали ли формулировки резолюции мнения всех государств, поддержавших ее в момент принятия.

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

3. Проект вывода 13 — Решения судов и трибуналов

Беларусь

[См. замечание по проекту вывода 12 выше.]

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Проект вывода 13: решения национальных судов

Новая Зеландия согласна с содержащимся в пункте 7) комментария к проекту вывода 13 замечанием о необходимости с осторожностью относиться к выводам национальных судов относительно существования или содержания норм международного обычного права. Судьи национальных судов не всегда являются экспертами в области международного права и, как отмечалось, могут не всегда заслушивать аргументы государств. Новая Зеландия согласна с тем, что в этом отношении больший вес должны иметь решения международных судов, и предлагает более конкретно отразить это в формулировке самого проекта вывода 13.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

Сингапур отмечает, что проект вывода 13 почти точно повторяет формулировку пункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, согласно которому судебные решения являются «вспомогательным средством» при определении норм международного права. В связи с этим Сингапур поддерживает проект вывода 13 в той мере, в какой он отражает существующее право в соответствии с пунктом 1 d) статьи 38 Статута Суда.

Что касается определения понятия «национальные суды», которое Комиссия приводит в пункте 6) сопроводительного комментария, то Сингапур считает, что к таким судам следует отнести также и Сингапурский международный коммерческий суд, который занимается урегулированием международных торговых споров, рассматриваемых коллегией в составе как сингапурских, так и международных судей.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

В проектах выводов 13 и 14 рассматриваются обстоятельства, при которых решения судов и трибуналов и доктрины могут являться вспомогательным средством для выявления норм международного обычного права. В комментариях к этим проектам выводов справедливо отмечается тот важный момент, что (за исключением случаев, когда решения национальных судов могут представлять собой практику государств) сами по себе они не являются источниками международного права, но являются источниками, которые могут помочь пролить свет на нормы права, когда в них тщательно обобщаются и глубоко анализируются доказательства практики государств и *opinio juris*. В связи с этим мы рекомендуем Комиссии уточнить в комментарии некоторые ограничения, касающиеся

ценности судебных заключений как вспомогательного средства при выявлении международного обычного права.

Например, как это отражено в оговорке в статье 38 Статута Международного Суда, которая не вошла в текст проекта вывода 13, решение международного трибунала, как правило, обязательно только для сторон рассматриваемого дела. Даже Международный Суд не дает такого толкования норм международного обычного права, которое имело бы обязательную силу для всех государств.

Яркий пример тому — случаи, когда в ходе судебного разбирательства государства утверждают, что те или иные нормы носят обычный характер, или отказываются возражать против таких утверждений, руководствуясь при этом избранной ими стратегией ведения дела, а не итогами тщательной оценки, показавшей, что эти нормы являются обычными по характеру. В одном случае трибунал может без проведения анализа согласиться с тем, что рассматриваемая норма является нормой обычного права, основываясь лишь на отсутствии спора между сторонами, а в другом случае он может внимательно рассмотреть этот вопрос после представления сторонами и *amicus* веских аргументов. Аналогичные соображения могут быть справедливы и в отношении оценок обычного права международными уголовными трибуналами, особенно в тех случаях, когда государства не выступают в качестве сторон или *amicus* в рамках судебного разбирательства с целью представить свои мнения по таким вопросам.

Следует также учитывать случаи, когда трибуналы выносят противоречащие друг другу решения или когда видные эксперты расходятся во мнениях по сложным вопросам международного обычного права. Было бы полезно рекомендовать тем, кто использует эти вспомогательные средства, обращать особое внимание на противоречивые или расходящиеся мнения, с тем чтобы обеспечить наиболее точную оценку норм права.

Включение вышеупомянутых аспектов в комментарий могло бы помочь читателям более критически оценивать высказывания по обычному праву, исходящие от судов, трибуналов и специалистов по публичному праву.

4. Проект вывода 14 — Доктрины

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Не умаляя основную цель Комиссии международного права, состоящую в кодификации международного права и разработке проектов международных договоров, мы не можем не отметить, что в той или иной степени выявление международного обычного права (как правило, в целях его дальнейшей кодификации) было ключевым направлением работы Комиссии на протяжении всего ее существования. В этой связи мы считаем, что труды Комиссии заслуживают непосредственного упоминания в проекте выводов в качестве одного из вспомогательных средств для выявления международного обычного права (например, в комментариях к проекту вывода 14).

[См. замечание по проекту вывода 12 выше.]

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Применение двухэлементного подхода

[См. замечание по проекту вывода 2 и замечание по проекту вывода 3 выше.]

Аналогичная поправка рекомендована в пункте 4) комментария к проекту вывода 14, где речь идет о работе специалистов по международному публичному праву, которая также должна носить исчерпывающий, эмпирический и объективный характер.

Соединенные Штаты Америки

[См. замечание по проекту вывода 13 выше.]

Е. Часть шестая — Настойчиво возражающее государство**1. Проект вывода 15 — Настойчиво возражающее государство****Беларусь**

[Подлинный текст на русском языке]

Вопрос настойчиво возражающего против формирования обычной нормы международного права государства не лишен противоречий. В этой связи в проекте вывода 15 и комментариях к нему следует более подробно исследовать обстоятельства, при наличии которых государство может освободиться от выполнения обязательств, вытекающих из уже сложившейся обычной нормы. Данная проблема должна рассматриваться в комплексе с тематикой бездействия как практики и/или признания в качестве правовой нормы и молчаливого согласия с формированием обычной нормы.

Открытое и официальное возражение государства против формирования международного обычая, как нам представляется, может повлечь за собой неприменимость обычной нормы к этому государству, если это, соответственно, не оспаривается большинством других государств по весомым мотивам для международного сообщества и целостности всей системы международного права.

Пункт 1 проекта вывода 15 нуждается в конкретизации в части более точного определения временных рамок формирования нормы международного обычного права. Принцип суверенного равенства государств и недопустимости возложения на государства обязательств без их прямого и явного согласия требует особого внимания. Возможно, в этом контексте следует говорить о том, что сформировавшаяся норма не обязательна, не создает обязательств для последовательно возражающей стороны.

При этом требование «настойчивого возражения» государства на протяжении всего периода формирования нормы и признания ее обязательности (пункт 2 проекта вывода 15) не вполне понятно с хронологической точки зрения и в целом обременительно для государств. Не исключено, что отсутствие возражения государства в течение весьма короткого периода времени будет ложно истолковано как молчаливое согласие с нормой и признание на этом основании наличия международно-правового обязательства возражающего государства. Это может породить безосновательные, как представляется, ожидания относительно буду-

щего поведения затронутого государства. Мы предлагаем доработать этот элемент по аналогии с пунктом 3 проекта вывода 10, дополнив его ссылками на возможность государства отреагировать, а также на наличие внешних обстоятельств, требующих такой реакции.

Китай

[Подлинный текст на китайском языке]

В-третьих, в комментарии к проекту вывода 15, устанавливающему правила в отношении «настойчиво возражающих государств», указано, — в части, касающейся того, как определить, что возражение «продолжается настойчиво», — что «при этом от государств не ожидается проявление реакции в каждом конкретном случае, особенно если их позиция уже хорошо известна». Китай считает это в целом соответствующим международной практике. Однако при определении того, является ли страна «настойчиво возражающим государством», следует учитывать контекст и всесторонне исследовать различные факторы, включая вопрос о том, имеет ли соответствующая страна в данном конкретном случае возможность заявить о своем несогласии. Кроме того, если ранее соответствующая страна в надлежащее время уже выражала свои недвусмысленные возражения, ей не обязательно делать это вновь. Китай рекомендует добавить более подробные разъяснения этого вопроса в комментарий к проекту вывода 15.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

Ссылаясь на свои замечания, сделанные в предыдущие годы, мы приветствуем включение правила о настойчиво возражающем государстве. Страны Северной Европы разделяют мнение о том, что в тех случаях, когда государство настойчиво возражает против формирующейся нормы международного обычного права и продолжает возражать против нее после того, как она окончательно сформировалась, эта норма ему не противопоставима. В этом контексте особое внимание должно быть уделено категории нормы, против которой государство возражает, и также необходимо учитывать всеобщее соблюдение основополагающих норм, особенно тех, которые касаются защиты физических лиц. Мы разделяем также мнение о том, что после того, как норма международного обычного права окончательно сформировалась, возражение против нее не освобождает от ее соблюдения государство, которое не заявляло настойчивых возражений против нее в стремлении освободить себя от ее применения. И наконец, мы согласны с содержащимся в комментарии замечанием о том, что включение проекта вывода о настойчиво возражающем государстве не наносит ущерба какому бы то ни было вопросу *jus cogens*.

Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

Следует отметить, что в проекте вывода 15, где говорится о механизме «настойчиво возражающего государства», важно уточнить, что этот механизм применяется без ущерба для какого бы то ни было аспекта *jus cogens*, что придаст больше ясности его регулированию.

В конечном счете универсальный и обязательный характер норм *jus cogens* — это норма, возражать против которой не может никакой механизм. Это

признается в практике Конституционной палаты, которая, ссылаясь на международное обязательство оперативно наказывать за преступления против человечности и военные преступления, указывает, что «неприменимость срока давности к таким преступлениям закреплена как выражение общего и обычного признания, **возведенного в статус императивного принципа общего и обязательного международного права (*jus cogens*)**, независимо от его включения в конкретные конвенции или во внутреннее законодательство, — иными словами, без необходимости наличия конкретного обязательства, вытекающего из того или иного международного договора» (решение по делу неконституционности № 44–2013/145–2013 от 13 июля 2016 года).

Израиль

[Подлинный текст на английском языке]

Настойчивое возражение

Текст в нынешней редакции: в пункте 9) комментария к проекту вывода 15 мысль о том, что возражение должно «продолжаться настойчиво», толкуется как требование о том, что возражение следует «высказывать вновь всякий раз, когда такой повтор диктуется обстоятельствами», и при этом отмечено, что это будет иметь место в обстоятельствах, когда молчание либо бездействие может обоснованно привести к выводу, что государство от своего возражения отказалось.

Замечания:

- Мы считаем, что имеет смысл предусмотреть четкие критерии не только для настойчивого возражения, но и для отказа от таких возражений. Мы предлагаем разъяснить в тексте проекта вывода 15, что отказ от возражения должен быть **ясно выражен** как результат реального пересмотра *opinio juris* государства. Представляется сомнительным полагать, что о таком отказе может свидетельствовать простое молчание, отсутствие неоднократно повторяющихся заявлений позиции или бездействие (особенно потому, что такое молчание или бездействие могут быть обусловлены другими, внешнеправовыми соображениями). Более того, в свете принципа государственного суверенитета было бы неподобающе пытаться аннулировать четко выраженное возражение суверенного государства, опираясь при этом на одно только толкование его поведения.
- Мы обеспокоены также тем, что слова «продолжаться настойчиво» в проекте вывода 15, если их читать вместе с проектом комментария, могут быть неправильно поняты как требование о том, что возражение должно постоянно повторяться, чтобы иметь действие. Даже если это не является целью комментария, представляется необходимым и полезным уточнить — как с принципиальной точки зрения, так и в интересах эффективного ведения дипломатических сношений и работы международных конференций, — что возражение, четко выраженное суверенным государством в процессе формирования нормы обычного права, является достаточным для констатации этого возражения и, как правило, не требует повторения, чтобы оставаться в силе.

Предлагаемые поправки:

- В соответствии с духом *Англо-норвежского дела о рыболовстве* мы предлагаем изменить проект вывода 15 следующим образом: «... до тех пор, пока оно сохраняет [*retains*] свое возражение».

- Мы рекомендуем включить в проект вывода и комментарий четкие критерии отказа от возражения, в соответствии с которыми оно не просто может подразумеваться, а должно быть ясно выражено как изменение *opinio juris* этого государства и доведено до сведения других государств. Мы рекомендуем также, чтобы в комментарии разъяснялось, что, как правило, возражение, четко выраженное в надлежащее время, является достаточным для того, чтобы государство считалось возражающим против формирования той или иной обычной нормы, и его не обязательно постоянно повторять. В этой связи мы хотели бы также предложить подтвердить в пункте 5) комментария к проекту вывода 15, что трудно определить точный момент появления нормы, поскольку процесс формирования недостаточно четко определен и разграничен.

Особо затрагиваемые государства и всеобщая практика

Текст в нынешней редакции: кроме того, в пункте 2) комментария к проекту вывода 15 указано: «Настойчиво возражающее государство следует отличать от ситуации, когда возражение значительного числа государств против формирования новой нормы международного обычного права полностью препятствует появлению такой новой нормы (из-за отсутствия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы)».

Замечания:

- В связи с пунктом 2) комментария к проекту вывода 15, о котором говорилось выше, мы обеспокоены тем, что ссылка на необходимость наличия «значительного» числа государств, которые возражают против нормы, чтобы не допустить ее превращения в обычную норму, может быть неправильно понято как отмена ограничения, которое было четко определено в делах *О континентальном шельфе Северного моря* и согласно которому обычная норма возникает только при наличии обширной, представительной и практически единообразной практики.

Предлагаемые поправки:

- Для того чтобы исключить возможность неверного толкования и с учетом приводимых выше замечаний в отношении особо затрагиваемых государств мы предлагаем также изменить пункт 2) комментария к проекту вывода 15 следующим образом: «возражение *достаточно* числа государств против формирования новой нормы международного обычного права полностью препятствует появлению такой нормы».

[См. комментарий к проекту вывода 8 выше].

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

Мы хотели бы подтвердить наше настойчивое возражение, которое впервые было выражено в ходе обсуждения доклада Комиссии в Шестом комитете в 2015 году, против содержащегося в проекте вывода 15 требования о том, что возражение должно «продолжаться настойчиво». Мы задаемся вопросом о том, откуда возникло это требование, поскольку оно представляется теоретически и логически неправильным. В основе концепции настойчиво возражающего государства лежит понимание того, что международное право является системой, основанной на консенсусе. В то время как необходимость явно выраженного со-

гласия очевидна в случае разработки международных договоров, это гораздо менее очевидно в случае международного обычного права. В рамках формирования международного обычного права для того, чтобы государство было связано такой нормой, его прямое согласие не требуется. Напротив, только явные, последовательные и четко выраженные возражения позволяют государству избежать того, чтобы норма стала для него обязательной. Однако есть одно важное условие: эти возражения должны быть заявлены в процессе формирования нормы; последующие возражения не будут иметь желаемого результата — освобождения от действия этой нормы. Если дело обстоит именно так, то само собой разумеется, что после того, как государство обрело статус настойчиво возражающего государства, предприняв требуемые шаги, а соответствующая обычная норма сформировалась, для сохранения этого статуса уже не требуется никаких дополнительных шагов в виде постоянного подтверждения этого возражения. Не может быть обязательства подтверждать свое стремление не быть связанным какой-либо нормой, если государство еще в период формирования такой нормы достаточно ясно выразило свое намерение не быть ею связанным. Мы бы сказали, что на самом деле верно обратное: только когда в своей последующей практике или в своих заявлениях с выражением юридической позиции настойчиво возражающее государство выступает в поддержку «новой» нормы и отходит от своей изначальной позиции, оно утрачивает этот статус. В этой связи мы предлагаем, чтобы в проекте комментария в отношении настойчиво возражающих государств было четко указано, что, как правило, возражение, ясно выраженное в ходе формирования нормы, является достаточным для того, чтобы это государство считалось настойчиво возражающим государством до тех пор, пока не появится последующая практика или заявления настойчиво возражающего государства с выражением юридического мнения, свидетельствующее о поддержке «нового» правила и отказе от его первоначальной позиции.

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Новая Зеландия в целом поддерживает предложенную в проекте вывода 15 формулировку правила о настойчиво возражающем государстве. Она поддерживает разъяснение в пункте 1 проекта вывода 15 о том, что наличие настойчиво возражающего государства само по себе не препятствует формированию нормы международного обычного права. В то же время Новая Зеландия признает, что в случаях, когда возражения высказываются целым рядом государств, представляется маловероятным, что практика станет достаточно широко распространенной, чтобы было соблюдено требование первого конститутивного элемента формирования нормы международного обычного права. Эта мысль доступно разъясняется в пункте 8) комментария к проекту вывода 15.

Новая Зеландия согласна с рядом других государств, которые уже отметили, что государство не может настойчиво возражать против норм *jus cogens*. Новая Зеландия не считает, что пункт 10) комментария к проекту вывода 15 является в этом отношении достаточным. Она не считает, что взаимосвязь между правилом о настойчиво возражающем государстве и *jus cogens* выходит за рамки рассматриваемой темы, и обеспокоена тем, что в случае, если этот принцип не будет учтен, проекты выводов окажутся неполными. Новая Зеландия полагает, что этот принцип должен быть отражен в более полном объеме в комментарии и в тексте самого проекта вывода.

Республика Корея

[Подлинный текст на английском языке]

Что касается проекта вывода 15, в котором речь идет о так называемом «настойчиво возражающем государстве», то правительство Республики Корея отмечает, что доктрина настойчиво возражающей стороны является одним из наиболее спорных вопросов в теории международного обычного права. Наше правительство считает, что эта доктрина чревата существенными последствиями для нормообразования в международном праве и поэтому требует более тщательного и весьма осторожного анализа.

Сингапур

[Подлинный текст на английском языке]

Сингапур подтверждает существование принципа «настойчиво возражающего государства», как он сформулирован в пункте 1 проекта вывода 15, и считает его существование *lex lata*.

Что касается пункта 2 проекта вывода 15, то Сингапур с особым удовлетворением отмечает признание Комиссией того факта, что от государства, поддерживающего свое настойчивое возражение, не ожидается выражение этой позиции по каждому поводу, особенно в тех случаях, когда эта позиция уже хорошо известна, и что оценка того, соблюдено ли требование о настойчивом характере возражения, должна осуществляться «на основе прагматичного подхода и с учетом обстоятельств каждого случая».

И наконец, Сингапур отмечает, что включение Комиссией проекта вывода 15 не наносит ущерба вопросам *jus cogens*, и отмечает далее, что Комиссия отдельно проводит работу по теме императивных норм общего международного права (*jus cogens*). Мы согласны с тем, что, учитывая разницу в этапах работы по обеим темам, Комиссии, возможно, пока преждевременно определяться с позицией в отношении связи между *jus cogens* и принципом настойчиво возражающего государства.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Соединенные Штаты согласны с замечанием в пункте 9) комментария к проекту вывода 15 о том, что оценка того, является ли возражение против нормы обычного права настойчивым, должна проводиться на основе прагматичного подхода с учетом обстоятельств каждого случая; Соединенные Штаты также согласны с важным подтверждением со стороны Комиссии того обстоятельства, что от государств «не ожидается проявление реакции [повторение своего возражения] в каждом конкретном случае, особенно если их позиция уже хорошо известна». В этой связи мы обеспокоены тем, что конкретный пример, используемый в пункте 9) и касающийся «конференции, на которой в присутствии возражающего государства вновь утверждается данная норма», может ввести в заблуждение. По нашему мнению, редко когда, если вообще когда-либо, от государства может потребоваться выражение своих возражений на конкретной конференции для сохранения своего статуса государства, настойчиво возражающего против какой-либо нормы международного обычного права, принятой другими государствами. Например, государство может отказаться сделать заявление на дипломатической конференции по целому ряду политических или практических соображений, которые не отражают правовую позицию, и представляется странным считать, что заявление, сделанное после конференции, не будет иметь

таких же последствий по международному обычному праву, как заявление, сделанное в ходе конференции. В более общем плане из этого примера можно сделать неверный вывод о придании международным конференциям статуса особо значимых форумов для выработки практики, имеющей отношение к формированию международного обычного права, что, как мы считаем, неверно. В этой связи мы считаем, что этот пример следует из комментария исключить.

Е. Часть седьмая — Партикулярное международное обычное право

1. Проект вывода 16 — Партикулярное международное обычное право

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

В вопросе о «партикулярном обычае» (проект вывода 16) целесообразно продолжить работу по подбору более удачного термина, хотя, по нашему мнению, предложенная формулировка отвечает основной цели: признание существования явления и того, что оно не сводится исключительно к географическому критерию. Например, широко распространено в доктрине признание наличия определенных обычаев, которым следуют так называемые «космические державы» или другие страны, в какой-то высокотехнологичной сфере деятельности.

В отдельных случаях практика, формирующая норму международного обычного права, может зависеть от технологического, научного, географического или иного потенциала и особенностей государств. В этой связи может быть целесообразным введение категории государств, «чьи интересы затронуты особо» (как один из возможных вариантов «партикулярной нормы международного права» по смыслу проекта вывода 16). При этом формирование норм международного обычного права такими государствами не должно нарушать законные интересы других субъектов международного права и принцип суверенного равенства государств.

Требования к доказательству существования партикулярного обычая должны быть более высокими, чем в отношении обычных норм общего международного права. Для партикулярного (или локального) обычая очень важно, чтобы он был принят в ясно выраженной форме всеми затрагиваемыми государствами.

Проект вывода 16 будет полезным, по нашему мнению, дополнить некоторыми критериями отнесения той или иной группы государств к группе, в которой формируется партикулярный международный обычай. Особый акцент предлагается сделать на объективные критерии (географический, исторический, военно-политический, технологический и т.п.) в противовес заявлениям государств о формировании групп, коалиций и т. п.

Чешская Республика

[Подлинный текст на английском языке]

«Нелокализованное» партикулярное международное обычное право — пункт 1 проекта вывода 16

В соответствии с пунктом 1 проекта вывода 16 «норма партикулярного международного обычного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой международного обычного права, которая применяется лишь

между ограниченным числом государств». В комментарии (пункт 5)) Комиссия добавляет, что «хотя партикулярное международное обычное право действует в основном на региональном, субрегиональном или местном уровне, в принципе нет никаких причин полагать, что некая норма партикулярного международного обычного права не может сформироваться между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, либо которые подчиняются общности интересов, установленной в силу договора или иным образом».

Замечания:

Чешская Республика хотела бы выразить возражения в отношении этого проекта вывода, а именно анализа понятия «нелокализованного» партикулярного международного обычного права.

Чешская Республика хотела бы указать на то, что существование партикулярного международного обычного права, учитывая его исключительный характер, предполагает наличие строгих доказательств, что означает, что требуемый стандарт доказывания выше, чем в тех случаях, когда высказывается предположение о существовании простого или общего обычая. Кроме того, как отмечалось в ходе дискуссий в Комиссии по этой теме, прецедентное право в этой области до сих пор базировалось в основном на наличии географической связи (наличие «нелокализованного» обычая — это теоретическая концепция).

В этой связи мы отмечаем, что ни Комиссия в своем комментарии, ни Специальный докладчик в своем докладе, где предложен этот вывод, не приводят никаких практических примеров такого предполагаемого «нелокализованного» партикулярного обычая. Кроме того, непонятно, каким образом на практике можно было бы четко выявить такой расплывчатый критерий, как «связаны общим делом, интересом или видом деятельности» (или «общност[ью] интересов»), и может ли он служить прочной основой для существования той или иной нормы партикулярного международного обычного права, отличного от норм общего международного обычного права.

В этой связи мы предлагаем Комиссии существенно расширить и доработать свой анализ в отношении предполагаемого существования «нелокализованного» международного обычного права, используя соответствующие конкретные примеры, если таковые имеются, из практики государств. В качестве альтернативы мы предлагаем не затрагивать в проектах выводов понятие «нелокализованного» международного обычного права.

Дания (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции)

[Подлинный текст на английском языке]

И наконец, что касается вопроса о международном партикулярном обычном праве, то мы согласны с использованием Комиссией этого термина вместо «партикулярного обычая», чтобы подчеркнуть, что в проекте вывода 16 речь идет также о нормах права, а не просто об обычаях или обыкновениях. Как отмечается, между государствами, несомненно, могут применяться и местные обычаи, не равнозначные нормам международного права. Мы согласны с тем, что, между государствами, применяющими некую норму международного партикулярного обычного права, как правило, существует определенная географическая близость. Мы не исключаем, что международное партикулярное обычное право в принципе может развиваться между государствами, объединенными другими общими делами, интересами или видами деятельности. Тем не менее

мы считаем важным подчеркнуть, что такие общие знаменатели должны весьма четко прослеживаться в отношениях между соответствующими государствами. Значимость такой четкости относится также и к всеобщей практике и ее признанию в качестве правовой нормы. В этой связи мы согласны с тем, что соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна представлять собой постоянную практику в отношениях между соответствующими государствами и что каждое из этих государств должно предварительно признать эту практику в качестве правовой нормы в этих отношениях.

Сальвадор

[Подлинный текст на испанском языке]

В этой связи, несмотря на то, что термин «партикулярный» считается несколько расплывчатым, Сальвадор одобряет определение, содержащееся в пункте 1 проекта вывода 16. Действительно, нормы международного обычного права, которые не являются общими и применяются в отношении определенных районов или регионов, — это то, что согласно доктрине в этой области права называется «региональным обычаем».

Региональный обычай характеризуется как обычай, сложившийся во взаимоотношениях группы государств с общими чертами. Например, с 1991 года, после подписания и последующей ратификации Тегусигальпского протокола к Уставу Организации центральноамериканских государств, Республика Эль-Сальвадор входит в состав экономического и политического сообщества государств, известного как Система центральноамериканской интеграции. Функционирование в Системе поста председателя *pro tempore* основано на обычной практике, в соответствии с которой одно государство-член служит связующим звеном между правительствами и органами и учреждениями Системы, обеспечивая текущую деятельность по осуществлению программы региональной интеграции, в пределах шести месяцев и в порядке ротации, который сами центральноамериканские государства согласовали в соответствующем нормативном документе. В контексте процесса центральноамериканской интеграции в марте 2009 года были приняты ныне действующие правила процедуры председательства *pro tempore* Системы центральноамериканской интеграции — юридический документ, в котором на сегодняшний день эта обычная практика закреплена, поскольку государства выразили правовую убежденность в ее применении.

Таким образом, с учетом конкретных способов, с помощью которых такие виды региональной обычной практики формируются, Сальвадор считает, что словосочетание “Estados interesados”, используемое в испанском переводе пункта 2 проекта вывода 16, должным образом не отражает значение, которое можно придать таким видам обычной практики, поскольку государства обязаны им следовать в силу правовой убежденности в них, а это выходит за рамки простого выражения заинтересованности.

Нидерланды

[Подлинный текст на английском языке]

Проект вывода 16 касается нормы международного обычного права, «которая применяется ... между ограниченным числом государств». Мы считаем, что использование глагола «применять» может в этом контексте привести к путанице. Взамен мы предлагаем формулировку «связывает лишь ограниченное число государств».

Новая Зеландия

[Подлинный текст на английском языке]

Проект вывода 16: партикулярное международное обычное право

Новая Зеландия поддерживает включение проекта вывода 16 о нормах партикулярного международного обычного права. Такие нормы могут быть разработаны для применения общих норм международного права на некоем общем географическом пространстве или в ином контексте; или в случаях, когда подобной общей нормы международного права не существует. Вместе с тем, по мнению Новой Зеландии, такие нормы не могут подменять или умалять основополагающие принципы международного права, включая нормы *jus cogens*, или обязательства *erga omnes*. Это следует отразить в тексте соответствующего комментария.

Важно, чтобы было совершенно ясно, какие государства участвовали в формировании таких норм и в силу этого могут считаться связанными ими. В этой связи Новая Зеландия поддерживает уточнение, содержащееся в пункте 7) комментария, о том, что такая практика должна представлять собой последовательную практику между всеми государствами, к которым такая норма партикулярного обычного международного права считается применимой. Это существенное уточнение, которое, по мнению Новой Зеландии, следует отразить непосредственно в тексте пункта 2 проекта вывода 15.

Соединенные Штаты Америки

[Подлинный текст на английском языке]

Проект вывода 16, озаглавленный «Партикулярное международное обычное право», также вызывает озабоченность у Соединенных Штатов по двум причинам. Во-первых, мы сомневаемся в том, что пункт 2 этого проекта вывода надлежащим образом определяет ситуацию, когда норму международного партикулярного обычного права следует считать существующей. В частности, то обстоятельство, что в проекте вывода говорится только, что «необходимо удостовериться, существует ли всеобщая практика в отношениях между соответствующими государствами, которая признана ими в качестве правовой нормы (*opinio juris*)», оставляет открытым вопрос о характере *opinio juris*, которого должны придерживаться соответствующие государства. В результате не ясно, будет ли удовлетворено требование в отношении *opinio juris*, если соответствующие государства просто ошибочно считают такую норму нормой общего международного обычного права, или же они должны правильно понимать такую норму как применяемую только в отношениях между собой.

Вторая проблема, с нашей точки зрения, заключается в понятиях двустороннего обычая и обычая, принятого среди групп государств, отличных от региональных групп. В комментарии не приводится никаких свидетельств того, что в практике государств в целом признается существование двустороннего обычного права или двустороннего партикулярного обычного права, касающегося государств, которые не имеют между собой никакой региональной связи. В этой связи мы с удовлетворением отмечаем формулировку, содержащуюся в пункте 5) комментария, что «в принципе нет никаких причин полагать, что некая норма международного партикулярного обычного права не может сформироваться также» между государствами, которые связаны неким фактором, не относящимся к географии (выделение добавлено). Тем не менее мы не считаем, что эта формулировка четко дает понять читателю, что международное партикуляр-

ное обычное право в отношениях между государствами, не связанными географическим положением, и двустороннее обычное право в целом являются теоретическими концепциями, а не признанными частями международного права. Мы считаем важным четко отразить это обстоятельство в комментарии, чтобы не вводить читателей в заблуждение.

По вышеуказанным причинам Соединенные Штаты считают, что проект вывода 16 следует переформулировать следующим образом:

Вывод 16

Партикулярное международное обычное право

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

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

Комментарий необходимо будет согласовать с вышеуказанными изменениями. Если будет сохранено упоминание двусторонних или «других» обычаев, то мы считаем, что в комментарии следует четко указать, что эти концепции еще не признаны в международном праве, а представляют собой примеры его прогрессивного развития.

IV. Замечания по окончательной форме проектов статей

Беларусь

[Подлинный текст на русском языке]

Разработка конвенции по итогам изучения данной темы, которая в целом носит узкий характер, вряд ли будет оправданной. Сама эта тема требует от Комиссии разработки выводов, «руководящих положений» либо иных документов, предоставляющих практикующим юристам-международникам инструментарий для выявления норм обычного международного права.

Китай

[Подлинный текст на китайском языке]

Что касается окончательной формы представления данной темы, то Китай не имеет возражений против плана разработки свода выводов и надеется, что эти выводы и комментарии, вместе с результатами исследований, проведенных Секретариатом, будут содержать согласованные и четкие рекомендации по международному праву и практике.