



**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. Ломоносова**

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

МАГИСТРАТУРА

**Магистерская программа «Международное экономическое
(коммерческое) право»**

Выпускная квалификационная работа

**«Формирование норм международного права обычного характера
на современном этапе»**

Нирова Аслана Гумаровича

Научный руководитель:

д.ю.н., профессор

Кремнев Петр Петрович

Дата защиты: «__» _____ 2023 г.

Оценка: _____

Работа представлена на кафедру «__» _____ 2023 г.

Работа загружена в ЭБС «__» _____ 2023 г.

Москва 2023 г.

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ.....	4
ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ «ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА ГОСУДАРСТВ».....	9
§ 1.1. Роль обычая в международном праве и стадии его формирования.....	9
§ 1.2. Содержание термина «всеобщая практика государств»	13
§ 1.3. Субъекты практики государств	15
§ 1.4. Формы практики государств.....	22
§ 1.5. Требования к практике государств.....	25
ГЛАВА II. OPINIO JURIS	34
§ 2.1. Состоятельность альтернативных теоретических взглядов на роль opinio juris в обычном нормообразовании	34
§ 2.2. Доказательства opinio juris	40
Глава III. КОНЦЕПЦИЯ О «НАСТОЙЧИВО ВОЗРАЖАЮЩЕМ ГОСУДАРСТВЕ»	52
§ 3.1. Содержание концепции о настойчиво возражающем государстве.....	52
§ 3.2. Базовые элементы концепции настойчиво возражающего государства.....	57
§ 3.3. Настойчивое возражение и нормы jus cogens	66
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	69
Список использованной литературы.....	72
Монографии и статьи.....	72
Учебные курсы и учебники.....	73
Литература на иностранных языках.....	73
Нормативные источники	77
Решения международных органов	82

Интернет-источники 84

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы выпускной квалификационной работы.

Несмотря на стремительный рост числа международных договоров после Второй мировой войны, обычные нормы международного права сохраняют свою значимость в регулировании международных публичных правоотношений.

В частности, государства, выступая в органах международного правосудия, в обоснование своей позиции регулярно ссылаются на нормы международного права обычного характера в случае отсутствия применимых международных соглашений.

Однако существование международного обычая и его противопоставимость тому или иному государству не так легко установить в силу его бесформенности, в отличие от международного соглашения.

В этой связи, изучение процесса формирования норм международного права обычного характера приобретает колоссальную значимость. Неслучайно Комиссия международного права ООН (далее – КМП) в 2012 году включила эту тему в повестку своей работы, и в 2018 году вышел заключительный, пятый доклад¹.

Целью данного исследования является анализ процесса формирования норм международного права обычного характера в современных реалиях с уделением особенного внимания концепции настойчиво возражающего государства.

Для выполнения данной цели автором были поставлены следующие **задачи**:

— изучить ключевые вопросы относительно «всеобщей практики»;

¹ ILC Report, A/73/10, 2018, chap. V. (далее — A/73/10). URL: <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2018/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC> (дата обращения: 04.01.2023 г.).

- рассмотреть альтернативные теоретические позиции относительно роли *opinio juris* и выявить главенствующие виды доказательств *opinio juris*;
- изложить суть нормы о «настойчиво возражающем государстве» и пределы ее действия.

Методологическая основа данного исследования представлена как общенаучными, так и специальными методами. Среди них такие методы познания, как логический, сравнительно-правовой, проблемный, исторический, аналогия, диалектический.

Широко применялись методы анализа и синтеза.

Степень разработанности темы. В отечественной доктрине отдается должное роли международного обычая как регулятора международных публичных правоотношений, вместе с тем, научных исследований в области формирования этого неписанного источника международного публичного права относительно немного.

Вместе с этим, важно отметить научные труды ведущих отечественных ученых в области международного права, которые системно изучили те или иные проблемы по рассматриваемой теме. Наиболее пристальное внимание проблематике формирования международного обычая уделили Г.М. Даниленко, И.И. Лукашук, Ю.С. Ромашев. Общетеоретические вопросы формирования рассматриваемого источника международного права были глубоко изучены Г.И. Тункиным.

В своем диссертационном исследовании Л.Р. Шаммасова также довольно подробно затрагивает тему настоящей работы.

Среди зарубежных научных работ важно отметить труды Я. Броунли, Э. Д'Амато, Дж. Кроуфорда, Г. Лаутерпахта, М. Мендельсона, М. Шоу.

Теоретическую основу исследования составляют труды как отечественных, так и зарубежных юристов-международников, к примеру,

таких как И.И. Лукашук, Г.И. Тункин, М. Мендельсон, М. Шоу и других ученых.

Структура данной работы predetermined целью и задачами, установленными перед собой автором данного исследования. Она состоит из введения, трех глав, включающих 10 параграфов, которые последовательным образом раскрывают сущность и ключевые проблемы затрагиваемых аспектов, а также заключения и списка использованной литературы по проблематике настоящего исследования.

Объект и предмет исследования. Объектом данного исследования выступает процесс обычного нормообразования в международном публичном праве на современном этапе.

В предмет данного исследования входят нормативные и доктринальные источники, которые затрагивают процесс обычного нормообразования в международном праве, а также релевантные решения органов международного правосудия.

Положения, выносимые на защиту. Автор по результатам проведенного исследования пришел к теоретическим и практическим выводам, которые изложены в положениях, выносимых на защиту:

1. Международный обычай состоит из двух компонентов: общая практика плюс *opinio juris*. Международные обычаи являются главным источником норм *jus cogens*.
2. Субъектами общей практики (по смыслу статьи 38.1 (b) Статута Международного Суда ООН) являются государства. Теоретически, общую практику могут формировать и межправительственные организации, но релевантная практика отсутствует. Международные неправительственные организации, транснациональные корпорации и физические лица неспособны формировать общую практику в силу отсутствия у них международной правосубъектности.

3. Государственная практика может выступать в виде физических действий, вербальных заявлений (как устных, так и письменных), а иногда и в виде бездействия. Практикой государства является поведение любых его органов, вне зависимости от вида осуществляемой функции (исполнительная, законодательная судебная) и положения, занимаемого в системе государства (центральный или местный уровень).
4. Ключевыми требованиями к государственной практике, без соблюдения которых международный обычай не может появиться, являются требования, что практика должна быть общей и единообразной. Всеобщности практики для кристаллизации международного обычая не требуется. Единообразие включает в себя внутреннюю и внешнюю последовательность в поведении государства. Длительной практики не требуется, равно как и непрерывности практики.
5. К доказательствам *opinio juris* государств стоит относить прежде всего: включение в национальное законодательство; официальные заявления лиц, уполномоченных выступать от имени государства; решения национальных судов высшей инстанции; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; утвержденные парламентом военные уставы (руководства, мануалы, наставления); официальные карты, признанные и опубликованные государством; молчаливое согласие (при соблюдении необходимых требований) и др.
6. Концепция о «настойчиво возражающем государстве» учитывает согласительный характер международного публичного права, признается как в доктрине, так и в современной практике межгосударственных отношений и играет важную роль в обычном нормообразовании. Тремя базовыми элементами, без которых норма

о настойчиво возражающем государстве не может быть реализована являются: элемент возражения, элемент настойчивости и элемент своевременности. Норма о возражении постфактум отсутствует в международном праве.

ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ «ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА ГОСУДАРСТВ»

§ 1.1. Роль обычая в международном праве и стадии его формирования

Статья 38.1 (b) Статута Международного Суда ООН содержит общепризнанное определение международного обычая; она гласит: «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»².

Прежде чем приступить к анализу первого этапа становления международного обычая следует рассмотреть, во-первых, вопрос о значимости этого источника международного права на современном этапе и во-вторых, взглянуть на процесс формирования международного обычая через призму отечественной теории согласования воле.

Как известно, до принятия Устава ООН международное право в основном состояло из международных обычаев. Вместе с тем и на современном этапе их роль является значительной, несмотря на растущее число международных соглашений. К тому же остаются некодифицированные отрасли международного права (в частности, право международной ответственности).

Во время дискуссий в стенах Шестого комитета ООН делегаты подавляющего числа государств пришли к выводу, что международные обычаи являются главным источником норм *jus cogens*³.

² В научной литературе традиционно обращают внимание на те или иные изъяны данной формулировки. Довольно интересной является критика инверсированного порядка изложения определения международного обычая. См., например: Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С 10.; Лукашук И.И. Обычные нормы современного международного права // Московский журнал международного права. 1994. № 2. С. 25; Crawford J. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Hague, 2014. P. 58.

³ Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/714, para. 15 // (далее — A/CN.4/714).

Значение международного обычая для современного международного права оценивается в доктрине по-разному. Некоторые ученые отдают должное роли обычая в прошлом, но вместе с тем ставят под сомнение его важность как в настоящем, так и в будущем. Так, по мнению профессора Колумбийского университета В. Фридманна, «...обычай является слишком неуклюжим и медленным, чтобы соответствовать эволюции международного права в наше время...»⁴. Взгляд И.И. Лукашука куда более оптимистичный: «[обычные] нормы второго вида быстро создаются и способны не только закреплять сложившуюся практику, но и формировать ее, что чрезвычайно важно в наш динамичный век»⁵.

Обычаи продолжают играть важную роль даже в тех отраслях международного права, которые подверглись кодификации. Так, например, преамбула Венской конвенции о праве договоров 1969 г. гласит, что «нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции»⁶.

Бывают случаи, когда государства признают положения, содержащиеся в международных соглашениях в качестве юридически обязательных для себя обычных норм, даже если они не являются ее участниками (об этом далее параграф 2.2. настоящей работы). Подобная возможность ныне прямо предусмотрена в статье 38 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Гораздо реже, но все же бывают и случаи, когда государства признают в качестве международно-правового обычая положения политических актов (наиболее яркий пример — ситуация с Заключительным актом СБСЕ 1975 г.⁷).

⁴ Friedmann W. *The Changing Structure of International Law*. New York, 1964. P. 122.

⁵ Лукашук И.И. *Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов* / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. С. 105.

⁶ Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года // *Международное публичное право. Сборник документов* / Сост. К.А. Бекашев, Д.К. Бекашев. – М.: Проспект, 2009. С. 175–199.

⁷ Кремнев П. П. *Общепризнанные принципы и нормы jus cogens и обязательства erga omnes: юридическая природа и иерархия в российской правовой системе* // *Вестник СПбГУ. Серия 14. Право*. 2021. №3. С. 794-795.

Одни лишь указанные случаи показывают, что международный обычай сохраняет важную роль в урегулировании межвластных отношений.

Обычному нормообразованию присущи особые черты, однако, вместе с тем, оно подчиняется закономерностям образования норм международного права в целом.

В соответствии с теорией согласования воле Г.И. Тункина «первая часть процесса формирования обычной нормы международного права, как правило, приводит лишь к образованию обыкновения ...»⁸.

Довольно много обыкновений традиционно встречается в дипломатической практике. К таковым можно отнести широко распространенное обыкновение предоставлять перевод нот и прочих документов в порядке вежливости на язык государства, для которого эти документы предназначены⁹.

Одной из стадий формирования обычной нормы могут выступать резолюции межправительственных организаций¹⁰.

Поведение государства, не соответствующее сложившемуся обыкновению, вполне может быть воспринято иными государствами в негативном ключе. Но даже самое явное нарушение обыкновения не является международно-противоправным деянием, влекущим международно-правовую ответственность, так как обыкновение по самой своей природе не способно повлечь какие-либо последствия правового характера.

Вторая стадия формирования международного обычая заключается «...в согласовании воле государств относительно признания обыкновения в качестве правовой нормы»¹¹. То есть, согласие государства при формировании международного обычая, также как и при формировании конвенционной нормы требуется. Международный обычай не может быть навязан тому или

⁸ Тункин Г. И. Теория международного права / Под ред. Л. Н. Шестакова. М., 2016. С. 188.

⁹ Roberts I. Satow's diplomatic practice. Oxford, 2016. P. 82.

¹⁰ Тункин Г.И. // Международное право: учебник / Под ред. Л.Н. Шестакова. М., 2005. С. 59.

¹¹ Там же. С. 55.

иному государству большинством государств, самыми могущественными государствами и так далее. Важным в этой связи является тот факт, что согласие государства на обязательность обычной нормы международного права может быть выражено либо в явной форме, либо путем молчания.

Д. Анцилотти считает характерной чертой международных обычаев их спонтанность, почти бессознательность¹². Однако стоит согласиться с позицией Г.И. Тункина, который считает ошибочным «распространенное в западной литературе мнение, что процесс образования обычных норм международного права происходит без участия воли государств»¹³. Многовековая межгосударственная практика показала, что как раз государственная воля и составляет сердцевину обычного нормообразования, поэтому теория о неосознанном и стихийном методе образования обычной нормы представляется несостоятельной¹⁴. В остальном принципиальных разногласий между отечественной и западной доктриной относительно процесса формирования обычных норм международного права нет.

¹² Anzilotti D. Cours de droit international. Paris, 1929. P. 74

¹³ Тункин Г.И. // Международное право: учебник / Под ред. Л.Н. Шестакова. М., 2005. С. 56.

¹⁴ К числу наиболее видных сторонников данной теории относится М. Виралли

§ 1.2. Содержание термина «всеобщая практика государств»

Прежде чем приступить к изучению отдельных аспектов государственной практики необходимо возвратиться к ст. 38.1 (b) Статута Международного Суда¹⁵.

Еще И.И. Лукашук справедливо обратил внимание на ошибочность использования слова «всеобщей» и что следовало бы прибегнуть к слову «общей»¹⁶. Аутентичные тексты Устава ООН на других языках таким пороком не страдают; в них (в статье 38.1 (b)) используется формулировка «общая практика»: *general practice* в английском варианте¹⁷ Статута Международного Суда ООН, *pratique générale* – во французском¹⁸, *práctica generalmente* – в испанском¹⁹, 通例 – в китайском²⁰. Эти аутентичные тексты Статута Международного Суда более точно раскрывают сущность международного обычая. Формулировка «всеобщая практика» дает искаженное восприятие процесса создания международных обычаев. Как будет показано далее, существуют и региональные нормы международного права обычного характера. Более того, есть и международные обычаи, участниками которых являются лишь два государства.

К тому же некоторые государства не могут формировать определенные виды практики. Так, государства, не принадлежащие к числу космических держав, не могут иметь практику относительно космоса и космических объектов. Аналогичным образом, условный Люксембург или Южный Судан

¹⁵ Статут Международного Суда. // URL: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml#chap2> (дата обращения: 07.02.2023 г.).

¹⁶ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. - М.: Издательство БЕК, 1997. С. 74.

¹⁷ Statute of the International Court of Justice. // URL: <https://www.icj-cij.org/statute> (дата обращения: 07.02.2023 г.).

¹⁸ Statut de la Cour Internationale de Justice // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/acts-and-documents-en.pdf> (дата обращения: 09.02.2023 г.).

¹⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia // URL: <https://web.archive.org/web/20070505225235/https://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php> (дата обращения: 09.02.2023 г.).

²⁰ 国际法院规约 // URL: <https://www.un.org/zh/documents/statute/text.htm> (дата обращения: 12.02.2023 г.).

по очевидным географическим причинам не могут иметь практику относительно морских пространств, их загрязнения и т.п.

Неслучайно в отечественной науке отмечается отсутствие необходимости в доведении всеобщности признания до «арифметического совершенства»²¹.

Таким образом, рассматриваемая формулировка аутентичного текста Статута Международного Суда на русском языке действительно не самая удачная, что не отменяет тот факт, что практика должна носить общий характер.

Далее, нами будут рассмотрены в рамках данной главы следующие отдельные вопросы, касающиеся практики²²:

- 1) субъекты практики государств, то есть будет рассмотрен вопрос о том, чья практика имеет значение для целей формирования международного обычая;
- 2) формы, которые может принимать практика государств;
- 3) требования к государственной практике.

²¹ Цит. по: Кремнев П.П. Источники и правопреемство общепризнанных принципов и норм международного права в российской правовой системе и изменения в Конституции РФ 2022 года // Конституционное и муниципальное право. 2022. № 9. С. 18.

²² Термины «государственная практика», «обыкновение», «объективный элемент», «материальный элемент» употребляются в качестве синонимов в научной литературе по проблемам формирования международных обычаев.

§ 1.3. Субъекты практики государств

По мнению КМП, «требование наличия всеобщей практики, как конститутивный элемент обычного международного права прежде всего относится к практике государств...»²³. Безусловно, государства являются ключевыми акторами всей межгосударственной системы, что проявляется и в их главенствующей роли в формировании международных обычаев.

При этом, как отмечает Специальный докладчик КМП, «практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций»²⁴.

Когда речь заходит о федерациях, то насущным становится вопрос о том, стоит ли рассматривать практику их административно-территориальных единиц как объективный элемент международного обычая, то есть как практику самого государства. М. Мендельсон, один из ведущих западных исследователей по проблемам формирования международных обычаев, считал что если административно-территориальные единицы не уполномочены конституцией государства на ведение собственных международных отношений и другие государства не признали такую способность, то поведение субъекта федерации не должно рассматриваться как практика государства, если только государство в той или иной форме не одобрит практику субъекта федерации или не выдаст соответствующие полномочия²⁵. Эта же точка зрения с теми же оговорками была воспринята двумя годами позднее Ассоциацией международного права²⁶. К сожалению, Ассоциация международного права не привела в обоснование своих доводов ни одного авторитетного источника.

²³ A/73/10, Conclusion 4 (1).

²⁴ Ibid, Conclusion 5.

²⁵ Mendelson, M. The formation of customary international law. Hague, 1998. P. 199, Fn. 85.

²⁶ London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary, resolution 16/2000 entitled «Formation of general customary international law», adopted at the Sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000 (далее — «London Statement of Principles»), Section 8 // URL: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcaweb/Document/Document/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.).

Представляется, что если бы речь шла не об обыкновении, а об *opinio juris* государства, то столь ограничительный подход, выработанный М. Мендельсоном и воспринятый Ассоциацией международного права был бы оправдан. Однако обоснован ли тезис о том, что поведение субъектов федерации (обладающих какими бы то ни было полномочиями) не представляет собой практику государства?

Представляется, что такая точка зрения стоит на неустойчивой основе (если не сказать ни на какой), учитывая тот факт, что давно устоялась норма международного права, которая приравнивает практику любого государственного органа к практике самого государства²⁷.

В пользу широкого подхода к содержанию практики государства стоит отнести и тот факт, что пункт 1 статьи 4 Проекта статей Комиссии международного права Организации Объединенных Наций «Ответственность государств за международно-противоправные деяния» 2001 г. приравнивает поведение органов государства на уровне административно-территориальной единицы к поведению самого государства.

Таким образом, автору ближе позиция КМП, которая отвергла вышеуказанную точку зрения Ассоциации международного права относительно роли поведения субъектов федерации в материальном элементе международного обычая, отметив, что она не представляется верной²⁸.

Стоит согласиться и с точкой зрения КМП о том, что можно говорить о вкладе какой-либо практики в обычное нормообразование лишь в том случае, если о ней осведомлены иные государства²⁹.

²⁷ Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62, at p. 87, para. 62 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.).

²⁸ Second report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/672, Fn. 77 // URL: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_672.pdf&lang=EFSX (дата обращения: 05.01.2023 г.).

²⁹ A/73/10, para 5 of the commentary to draft conclusion 5.

Необходимо также проанализировать вклад межправительственных организаций в обычное нормообразование. Несомненно, что они могут оказывать содействие государствам в выявлении международных обычаев, находить те или иные релевантные доказательства. Вместе с тем, в западной международно-правовой доктрине нередко встречается мысль о том, что роль межправительственных организаций в обычном нормообразовании не ограничивается лишь вспомогательной функцией. Так, в одном довольно известном учебнике по международному праву отмечается, что международные организации «могут сами по себе порождать практику, которая со временем может приобрести характер обычного права ... поскольку в статье 38 Статута Международного Суда нет ничего, что ограничивало бы международный обычай практикой только государств»³⁰. Вместе с тем авторы этого учебника ограничиваются этим утверждением и не приводят примеры общей практики межправительственных организаций, в отношении которой достаточно четко и недвусмысленно было выражено *opinio juris*.

Специальный докладчик КМП придерживается аналогичной позиции. Так, пункт 2 вывода 4 последнего доклада КМП по выявлению обычных норм гласит следующее: «В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию³¹ или выражению норм обычного международного права»³².

Реакция представителей ведущих государств на это положение довольно показательна. Так, при обсуждении в Шестом комитете ГА ООН работы КМП

³⁰ Oppenheim's International Law / Jennings Sir R., Watts Sir A. eds. 9th ed. London., 1992. Vol. 1. P. 47.

³¹Если исходить из контекста Вывода 4, то становится очевидно, что под фразой «способствовать формированию» Специальный докладчик каждый раз подразумевает прямой вклад в процесс формирования обычной нормы. Строго говоря, прямой вклад предполагает возможность создавать/порождать/формировать обычные нормы. Однако формулировка «способствовать формированию» несколько неудачна и в определенной степени даже дезориентирует, поскольку в широком значении «способствовать формированию» международного обычая могут самые различные акторы. К примеру, та или иная транснациональная корпорация может косвенно повлиять на формирование обычной нормы, например, побудив правительство (при условии положительной реакции правительства) к совершению определенных действий, либо же к намеренному воздержанию от действий, тем самым способствуя (в широком смысле) формированию обычной нормы.

³² A/73/10.

в сфере международных обычаев делегация РФ выразила свое несогласие с подобной формулировкой: «... именно практика государств формирует и выражает нормы международного обычного права. У делегации нет убежденности в верности, содержащейся в пункте 2 формулировки, указывающей, что международные организации могут вносить вклад в этот процесс»³³.

Тем не менее рассматриваемое положение сохранилось и в 5 докладе КМП³⁴. На этот раз уже делегация США выразила категорическое несогласие, заявив, что это положение «наталкивает на неверную мысль о том, что международные организации точно так же, как и государства, могут способствовать формированию международного обычного права»³⁵. Делегация США затем предложила убрать это положение³⁶.

Любопытно было бы ознакомиться с замечаниями Европейского Союза (далее - ЕС) по поводу рассматриваемого пункта доклада КМП. К сожалению, в 2016 году представителем ЕС не было высказано каких-либо конкретных предложений и замечаний³⁷. К последнему докладу КМП по формированию международных обычаев комментариев Европейского Союза и вовсе не последовало. Однако пролить свет на позицию ЕС по поводу роли межправительственных организаций в создании норм международного права обычного характера помогут документы, разработанные институтами Европейского Союза. Так, еще в 2009 году, спустя две недели после обретения Европейским Союзом международной правосубъектности Совет ЕС в одном

³³Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting, Agenda item 78: Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eighth session (continued). UN Document: A/C.6/71/SR.21, para. 49 // URL: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FC.6%2F71%2FSR.21&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (дата обращения: 05.01.2023 г.).

³⁴ A/73/10, Draft conclusion 4 (2).

³⁵ International Law Commission, Seventieth session, Identification of customary international law, Comments and observations received from Governments. UN Document: A/CN.4/716, P. 19. // URL: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/716> (дата обращения: 07.01.2023 г.).

³⁶ Ibid, P. 22.

³⁷ Шестой комитет, Краткий отчет о 20-м заседании, Пункт 78 повестки дня: Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят восьмой сессии. Документ ООН: A/C.6/71/SR.20, параграф 45. // URL: <https://undocs.org/ru/A/C.6/71/SR.20> (дата обращения: 07.01.2023 г.).

из документов указал, что «обычное международное право формируется практикой государств, которую они признают обязательной для себя»³⁸. Представляется, что при ином видении ЕС на рассматриваемую проблему в процитированном выше документе содержалась бы более прогрессивная формулировка, выработанная с учетом особого положения ЕС в межгосударственной системе и учитывающая прямую роль межправительственных организаций в процессе создания международных обычаев.

Кроме того, отсутствие конкретных и развернутых замечаний со стороны ЕС при обсуждении работы КМП по теме формирования международных обычаев так же не способствует тому, чтобы роли межправительственных организаций в обычном нормообразовании стали придавать более серьезное значение.

Для Международного Суда также характерно использование формулировок, отражающих монополию государств на процесс развития международных обычаев. Так, в одном из своих последних решений Суд использовал следующую формулировку: «Суд не видит в **практике государств**, которая является источником международного обычного права...»³⁹ (выделено мною — А.Н.).

Судьи Международного Суда также выражали свое личное убеждение в том, что обычное международное право представляет собой «обобщение практики государств»⁴⁰.

³⁸ Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (Official Journal of the European Union, C 303, 15 December 2009), para 7. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG1215\(01\)&qid=1677435745496&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG1215(01)&qid=1677435745496&from=EN) (дата обращения: 7.01.2023 г.).

³⁹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 143, para 101. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 14.01.2023 г.).

⁴⁰ См. например Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at. p. 191 (Judge Read). URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-04-EN.pdf> (дата обращения: 14.01.2023 г.).

Учитывая все эти факторы, вероятно, Специальный докладчик КМП подменил фиксацию действующего международного права предложением по его прогрессивному развитию (при том, что целью КМП был как раз первый вариант⁴¹).

В любом случае, вопрос крайне спорный и скудость (а то и полное отсутствие) практики по данному вопросу не позволит дать убедительного ответа в пользу прямой роли межправительственных организаций в обычном нормообразовании на современном этапе. И тенденция в данном направлении фактически не просматривается.

В то же время, межправительственные организации обладают правосубъектностью, пусть она и носит производный характер. И поскольку межправительственные организации могут заключать международные соглашения по ограниченному кругу вопросов в соответствии с их уставом, то, вероятно, они способны и формировать определенные международные обычаи, но применимые только к межправительственным организациям. Представляется, что в таком случае, как общая практика, так и *opinio juris* межправительственной организации могут содержаться прежде всего в:

— официальных заявлениях высших должностных лиц межправительственных организаций (например, в заявлениях генерального секретаря/генерального директора);

— резолюциях высшего пленарного органа межправительственной организации;

— корреспонденции между межправительственными организациями и т.д.

Таким образом, в теоретическом плане еще можно ставить вопрос о возможности прямого вклада межправительственных организаций в обычное

⁴¹ First report on formation and evidence of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. UN Document A/CN.4/663, para. 16 // URL: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_663.pdf&lang=EF SX (дата обращения: 14.01.2023 г.).

нормообразование, хоть и в весьма усеченном виде. Другое дело, что в практическом плане область, затрагиваемая этим вопросом, остается *terra incognita*.

Что касается международных неправительственных организаций, физических лиц и транснациональных корпораций, то в научной литературе в основном презюмируется невозможность прямого вклада таких акторов в обычное нормообразование⁴². КМП разделяет эту точку зрения⁴³. Неспособность международных неправительственных организаций и индивидов формировать международные обычаи с теоретической точки зрения объясняется отсутствием у них международной правосубъектности.

Основываясь на вышесказанном, дальнейшая часть данной работы будет посвящена роли именно государств в обычном нормообразовании. В следующем параграфе будут исследованы формы практики государств.

⁴² См., например: Mendelson, M. The formation of customary international law. Hague, 1998. P. 203.

⁴³ A/73/10, 2018, Draft conclusion 4 (3) and para. (8) of the commentary to draft conclusion 4.

§ 1.4. Формы практики государств

КМП отметила, что государственная практика может выступать в виде материальных актов, вербальных актов, а иногда и в виде бездействия⁴⁴.

Материальные акты представляют собой физические действия, предпринимаемые государством. Такими действиями, могут быть, к примеру: арест судов, запуск космических летательных аппаратов (в том числе искусственных спутников), высылка иностранцев, арест граждан, конфискация имущества, предоставление дипломатического убежища⁴⁵, наложение таможенных пошлин, проведение испытаний ядерного оружия, транзит через государственную территорию⁴⁶ и т.д.

Что касается **вербальных актов**, то не все исследователи международного права причисляют такие акты к государственной практике. Так, Э. Д'Амато, выдвигает тезис, что составлять практику государств могут лишь физические действия, а заявления не могут составлять материальный компонент обычая⁴⁷ (то есть, общую практику). Д. Рид, по всей видимости, занимает аналогичную позицию⁴⁸.

Исходя из теории согласования воли нет каких-либо причин полагать, что словесные акты (будь то устные либо письменные) не являются практикой государств. Стоит учитывать, что словесные акты (наряду с физическими действиями и, в ограниченном числе случаев, воздержанием от действий) также представляют собой выражение воли государства. Иными словами, способ или форма выражения воли государства не играют решающего

⁴⁴ A/73/10, draft conclusion 6 (1).

⁴⁵ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 277 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023 г.).

⁴⁶ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at pp. 40-41 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023 г.).

⁴⁷ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. London, 1971. P. 88

⁴⁸ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 191 (Dissenting Opinion of Judge J.E. Read) // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-04-EN.pdf> (дата обращения: 23.01.2023 г.).

значения; главное — это стоящая за этой формой или способом государственная воля.

К вербальным актам Ассоциация международного права отнесла дипломатические заявления (в том числе протесты), пресс-релизы, законодательство, заявления в рамках межправительственных организаций, инструкции вооруженным силам, решения национальных судов, дипломатическую переписку, административные акты и т.д.⁴⁹

Как видно из данного перечня, практика государства может выражаться в актах, вырабатываемых любой из трех ветвей власти. Это облегчает поиск обыкновения, но порождает проблему — практика разных ветвей власти может противоречить друг другу. Даже в рамках практики одной ветви власти могут иметь место коллизии (например, в случае значительных расхождений в содержании решений судов одного уровня)⁵⁰. Представляется, что такие виды практики не вносят вклада в процесс обычного нормообразования.

Что касается решений национальных судов, то тот факт, что они представляют собой государственную практику, неоднократно подтверждался Международным Судом. Так, разрешая спор между Германией и Италией Международный Суд прямо указал, что он «...обращается к практике государств в форме решений национальных судов...»⁵¹.

Вместе с тем, представляется, что имеет место определенная закономерность: чем выше находится тот или иной суд в иерархии судебной системы государства, тем значимее формируемая его решениями практика.

Отдельно необходимо прояснить ситуацию с решениями международных судов, арбитражей и иных органов международного

⁴⁹ London Statement of Principles, Section 4.

⁵⁰ По мнению автора, такие ситуации представляют собой пример внутренней непоследовательности. Содержание внутренней и внешней непоследовательности будет проанализировано в следующем параграфе данной главы

⁵¹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 131, para 72 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 27.01.2023 г.).

правосудия. Да, они учреждаются государствами и функционируют по лекалам, которые разработаны государствами. Однако они призваны действовать независимо от них. Насколько успешно это реализуется на практике — это отдельный вопрос, но сама идея независимости международных судов не позволяет рассматривать их решения как опосредованную форму практику самих государств.

Примерами практики в форме **бездействия** (то есть, негативной практики) могут выступать, к примеру, воздержание от осуществления уголовного преследования, отказ от выдвижения протеста и т.д.

Установив формы, которые может принимать государственная практика, теперь необходимо рассмотреть требования, приводимые, в частности, в судебной практике и научной литературе, которым должна соответствовать практика государств для того, чтобы она могла конституировать международный обычай.

§ 1.5. Требования к практике государств

Единообразие практики. Логичное требование о том, что практика государств должна быть единообразной было сформировано Международным Судом еще в 1950 году, который отметил в своем решении следующее: «факты, доведенные до сведения Суда, показывают так много неопределенности и противоречий, так много колебаний и несоответствий в осуществлении дипломатического убежища и в официальных точках зрения, выраженных по различным поводам, было так много несоответствий в быстро принятых одна за другой конвенциях о предоставлении убежища, ратифицированных одними государствами и отвергнутых другими ... что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное обыкновение, принятое как право...»⁵².

Спустя год, уже в другом деле Международный Суд в определенной мере уточнил требование единообразия, указав что «...не нужно придавать слишком большое значение незначительному числу факторов неопределенности или противоречий ... в практике Норвегии»⁵³. Фактически, речь идет о том, что незначительные вариации поведения государства допустимы и единообразие не должно быть идеальным. Данное уточнение, сделанное Международным Судом, является правильным и крайне важным: оно учитывает как природу государств, так и реалии межгосударственной системы в целом. Сложно представить себе, что государства способны длительное время и с арифметической точностью придерживаться одной линии поведения. К тому же государственная практика это явление многомерное и непостоянное: на поведение государств влияют как внутренние, так и внешние факторы, как объективные, так и субъективные причины.

⁵² Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 277 // <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.02.2023 г.).

⁵³ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p 116, at p. 138 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.02.2023 г.).

Поэтому определенная степень противоречивости и непоследовательности была и будет в практике любого государства.

В 1969 году Международный Суд подтвердил свои предыдущие правовые позиции, отметив, что государственная практика должна быть «...практически единообразной...»⁵⁴.

Исходя из практики Международного Суда и практики межгосударственных отношений, автор делает вывод, что, в сущности, единообразие государственной практики предполагает последовательность, причем как внутреннюю, так и внешнюю:

— внутренняя последовательность, во-первых, означает, что поведение государства не должно существенно отклоняться от его поведения в предшествующих аналогичных случаях. Во-вторых, внутренняя последовательность означает отсутствие существенных противоречий между практикой различных ветвей власти внутри самого государства;

— внешняя последовательность означает, что те или иные государства не должны применять существенно различающуюся практику.

Непрерывность. В научной литературе встречается мнение о том, что государственная практика должна быть непрерывной. В частности, Ю.С. Ромашев относит к числу основных требований к практике *inter alia* «постоянство (непрерывность)»⁵⁵.

Однако представляется, что непрерывность — это все же относительное требование, поскольку вполне возможна ситуация, что в какой-то промежуток времени у государства может отсутствовать необходимость в совершении тех или иных действий (или в воздержании от действий) и, соответственно, наступит перерыв в практике. По словам Г.И. Тункина: «...ни одна обычная

⁵⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43. para 74 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.02.2023 г.).

⁵⁵ Ромашев Ю.С. Право международных обычаев. М., 2023. С. 57.

норма международного права не появилась на свет в результате международной практики, не имевшей перерыва»⁵⁶.

Временной фактор. Известно, что в прошлом международные обычаи нередко складывались столетиями. Но означает ли это, что на современном этапе длительность практики является непременным условием формирования обычной нормы? Для ответа на этот вопрос необходимо рассмотреть судебную и межгосударственную практику, а также релевантную доктрину.

Международный суд в одном из своих решений указал, что: «...краткость прошедшего периода не является непременно препятствием для формирования новой нормы обычного международного права...»⁵⁷.

Что касается отечественной научной литературы, то здесь нет единства мнений по рассматриваемому вопросу. Г.М. Даниленко пишет, что для возникновения международного обычая недостаточно одного прецедента⁵⁸. С ним солидарен С.В. Черниченко, который отметил, что «...международный обычай ... возникает в результате неоднократного совершения участниками межгосударственного общения во взаимоотношениях друг с другом одних и тех же действий»⁵⁹. Г.И. Тункин занимает другую позицию: «элемент повторения в отдельных случаях может и не иметь места, и правило поведения возникает в результате всего лишь одного прецедента»⁶⁰. Эту позицию разделяет И.И. Лукашук⁶¹.

Нет сомнений, что в подавляющем большинстве случаев появлению обычных норм международного права предшествуют повторяющиеся действия. В далеком прошлом это и вовсе был единственный путь появления обычных норм, что легко понять: людьми использовались примитивные

⁵⁶ Тункин Г.И. Теория международного права / Под ред. Л. Н. Шестакова. М., 2016. С. 100.

⁵⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43. para 74 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 04.02.2023 г.).

⁵⁸ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С 91.

⁵⁹ Черниченко С.В. Контуры международного права. М., 2014. С. 142.

⁶⁰ Тункин Г.И. Теория международного права / Под ред. Л. Н. Шестакова. М., 2016. С. 99.

⁶¹ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. С. 109.

средства коммуникаций, отсутствовали высокоскоростные средства передвижения и т.д. Однако колоссальный технологический прогресс человечества в XX веке создал условия для более быстрого формирования обычных норм.

Итак, в межгосударственной практике действительно встречаются случаи (хоть и крайне редко), когда международный обычай складывается в результате одного прецедента. В качестве классического примера такой нормы во многих научных трудах по международному праву приводится пример с запуском «Спутника-1» в 1957 г. Так, по мнению И.И. Лукашука: «Запуск Советским Союзом первого искусственного спутника и молчание государств означали появление обычной нормы о праве безвредного пролета в космосе над территорией иностранных государств»⁶².

Обычная норма действительно сложилась, однако представляется, что ее содержание состояло все же несколько в ином. Согласимся с авторами академического курса, которые пришли к выводу, что в результате запуска «Спутника-1» «сложился обычай, в соответствии с которым космическое пространство начинается ... с высоты ... около 100 км над уровнем океана»⁶³. Иными словами, государства мира молчаливо признали, что их суверенитет не распространяется на пространство выше указанной границы. Аналогичный взгляд на содержание сложившейся в результате запуска «Спутника-1» обычной нормы присутствует и в трудах зарубежных ученых, хотя и в другой формулировке⁶⁴.

Ни в одном международном договоре эта обычная норма так и не была отражена и по сей день она носит обычный характер.

В качестве еще одного доказательства возможности возникновения обычной нормы международного права в результате единичного прецедента

⁶² Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. С. 109.

⁶³ Курс международного права. В 7 т. М., 1992. Т. 5. С. 181.

⁶⁴ См., например: Shaw M. International Law. Padstow, 2021. P. 506; D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. London, 1971. P. 64.

можно выделить категорию «государство-продолжатель». Данный пример еще не приводился в научной литературе юристами-международниками.

До сих пор можно встретить скептический взгляд даже на саму концепцию государства-продолжателя. В частности, касаясь этой концепции специальный докладчик КМП отметил в одном из докладов, что «нет нужды изобретать некий новый правовой конструкт применительно к правопреемству»⁶⁵. Действительно, изобретать ничего не нужно, поскольку данная категория и так уже давно возведена волей международного сообщества в ранг обычной нормы общего международного права.

Как указал М. Вуд «следует отдельно выявлять наличие каждого из ... двух конститутивных элементов»⁶⁶. Следуя данной рекомендации, рассмотрим две стадии формирования обычной нормы «государство-продолжатель»:

- 1) сложившийся уникальный статус России как государства-продолжателя СССР был в первый раз официально провозглашен в Указе Президента РФ «О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом» от 8 февраля 1993 г.: «Российская Федерация, как государство-продолжатель Союза ССР...»⁶⁷. Это означало окончательное формирование правила поведения (международно-правовой статус государства-продолжателя);
- 2) *opinio juris* в отношении указанного правила поведения было выражено мировым сообществом как в явной, так и в молчаливой форме. Так, в двусторонних актах России, в частности, с

⁶⁵Second report on succession of States in respect of State responsibility by Pavel Šturma, Special Rapporteur // UN Document A/CN.4/719, para. 88. URL: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCN.4%2F719&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRquested=False> (дата обращения: 05.02.2023 г.).

⁶⁶ A/73/10, draft conclusion 3 (2).

⁶⁷ Указ Президента Российской Федерации от 08.02.1993 г. № 201 «О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом», п. 1 // URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/3039> (дата обращения: 05.02.2023 г.).

Великобританией (Меморандум от 30 января 1992 г.⁶⁸), Японией (Декларация от 13 октября 1993 г.⁶⁹) и множеством других государств содержится ярко выраженное *opinio juris* в отношении уникального статуса России. Протестов со стороны оставшихся государств не последовало; иными словами, они выразили свое согласие в молчаливой форме. Лишь Украина остается «...единственным непримиримым противником статуса России как государства-продолжателя СССР...»⁷⁰. Однако несогласие Украины в рассматриваемом контексте ни на что не влияет.

Таким образом, в результате единственного прецедента в международных правоотношениях сложилась категория «государство-продолжатель» в виде обычной нормы общего международного права. Не исключено, что указанная обычная норма в будущем может быть отражена в универсальной конвенции.

С учетом внесенных в 2020 году поправок конституционный статус Российской Федерации закреплен как «правопродолжателем» Союза ССР⁷¹.

Объем практики. Как было ранее указано, практика не обязательно должна быть всеобщей. Вместе с тем, Международным Судом было четко установлено, что практика должна быть обширной⁷². Это подводит нас к вопросу о количестве государств, необходимых для появления международного обычая.

Международные обычные нормы не всегда и не обязательно регулируют универсальные правоотношения; они могут регулировать гораздо меньшие по

⁶⁸ Меморандум о взаимопонимании относительно учреждения консульских представительств Российской Федерации и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии на территории каждого государства, 30 января 1992 г. // URL: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&link_id=0&nd=203003313&collection=1 (дата обращения: 05.02.2023 г.).

⁶⁹ Токийская Декларация о российско-японских отношениях, 13 октября 1993 г. // URL: <https://docs.cntd.ru/document/1902887> (дата обращения: 07.02.2023 г.).

⁷⁰ Кремнев П.П. Распад СССР и правопреемство государств: монография. М., 2012. С 167.

⁷¹ Конституция Российской Федерации. Ст. 67.1.

⁷² North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 43, para 74 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 12.02.2023 г.).

своему охвату и политическому значению вопросы. Но возникает вопрос: сколько государств должно участвовать в практике, чтобы мог возникнуть международный обычай? Может ли существовать двусторонний международный обычай?

Относительно возможности существования двустороннего обычая в научной литературе можно встретить диаметрально противоположные мнения. Так, если Н.А. Ушаков отмечает бессмысленность существования двустороннего обычая⁷³, то Г.М. Даниленко признает, что двусторонние обычаи могут появляться⁷⁴.

В отечественном академическом курсе международного права указывается следующее: «для того, чтобы обыкновение стало нормой международного права...необходимо, чтобы два или более государств признали его нормой международного права»⁷⁵.

В знаменитом деле о праве прохода Индия отрицала возможность существования двустороннего обычая, однако судьи не увидели преград для возможности существования двустороннего обычая⁷⁶. Наличие такого двустороннего обычая означало правомерность прохода частных лиц и чиновников, а также транзита товаров через территорию Индии между Даманом и некоторыми анклавами, которые в то время находились под суверенитетом Португалии. То есть, данный двусторонний обычай затрагивал крайне важный вопрос.

Партикулярный международный обычай может носить и региональный характер. Вероятно, наиболее известным примером такого обычая является общеизвестный обычай предоставления убежища дипломатическими

⁷³ Ушаков Н.А. Международное право: Учебник. – М: Юрист, 2000. С. 23.

⁷⁴ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С 128.

⁷⁵ Курс международного права. В 7 т. М., 1989. Т. 1. С. 191.

⁷⁶ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 39 // URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 12.02.2023 г.).

представительствами государств Латинской Америки⁷⁷. Эта норма носит исключительно региональный характер, что подтверждается, отсутствием аналогичной практики в других государствах, что иногда подкрепляется прямыми соответствующими заявлениями. Наиболее яркий пример непринятия этого регионального международного обычая содержится в официальном заявлении бывшего министра иностранных дел Великобритании У. Хейга: «Великобритания не признает принцип предоставления дипломатического убежища. Это далеко не общепринятая концепция...»⁷⁸.

Участников партикулярного международного обычая может объединять не только географическая близость, как это имеет место при региональном обычае. КМП признает, что партикулярный обычай может возникнуть и «между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности...»⁷⁹.

Партикулярные обычаи довольно редки. Все же большинство международных обычаев относятся к категории **«общее обычное международное право»**.

Ассоциация международного права считает, что общее обычное международное право включает в себя все государства⁸⁰, за исключением настойчиво возражающих государств⁸¹. Пожалуй, это была одна из самых удачных попыток определения данной категории. Вместе с тем, возникает вопрос: что, если настойчиво возражающим государством будет одно из ведущих государств, например, Китайская Народная Республика? Учитывая политический вес Китая на международной арене сложно представить

⁷⁷ Цит. по: Кремнев П.П. Общепризнанные принципы общего международного права в системе российского права // Вестник Московского Университета. Серия 11. Право. 2018. № 6. С. 31.

⁷⁸ Foreign Secretary statement, 16 August 2012 // URL: <https://www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange> (дата обращения: 15.02.2023 г.).

⁷⁹ A/73/10, para 5 of the commentary to Draft conclusion 16.

⁸⁰ London Statement of Principles, Introduction, para. 8.

⁸¹ Ibid, Fn. 13.

возникновение общего международного обычая при его настойчивом возражении.

Все же для отнесения практики к общему международному праву необходимо выражение *opinio juris* «абсолютным большинством стран мира, в том числе ведущими державами (например, государствами, входящими в G20)»⁸².

Ассоциация международного права, по всей видимости, проводит различие между общим и универсальным обычным международным правом, исходя из того универсальные обычаи связывают все государства, без исключений⁸³. Вне зависимости от того, насколько такое разграничение оправдано с практической точки зрения, к универсальным обычным нормам можно отнести, к примеру, принцип *pacta sunt servanda*.

Таким образом, ключевыми требованиями к государственной практике, без соблюдения которых международный обычай не может появиться являются требования, что практика должна быть общей и единообразной. Длительной практики не требуется, равно как и ее непрерывности.

В данной главе был рассмотрен первый шаг на пути к появлению международного обычая. Теперь необходимо перейти к анализу заключительной стадии обычного нормообразования — выражение *opinio juris*.

⁸² Кремнев П.П. Общепризнанные принципы общего международного права в системе российского права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 6. С. 23. Более подробно см. также: Кремнев П. П. Общепризнанные принципы и нормы *jus cogens* и обязательства *erga omnes*: юридическая природа и иерархия в российской правовой системе // Вестник СПбГУ. Серия 14. Право. 2021. №3. С. 783-802.

⁸³ London Statement of Principles, commentary «d», Section 1 // URL: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf> (дата обращения: 15.01.2023 г.).

ГЛАВА II. OPINIO JURIS

§ 2.1. Состоятельность альтернативных теоретических взглядов на роль *opinio juris* в обычном нормообразовании

Как в отечественной⁸⁴, так и в зарубежной⁸⁵ международно-правовой науке господствует точка зрения, что международный обычай состоит из двух компонентов: общая практика плюс *opinio juris*⁸⁶ (убеждение в том, что правило поведения является юридически обязательным для конкретного государства).

Однако некоторые западные юристы (особенно в области международного воздушного и международного космического права) в попытке обосновать возможность существования «мгновенного обычая», выдвигают альтернативную точку зрения. В концентрированном виде ее выразил Б. Ченг, который утверждал, что «обычное международное право имеет лишь один конститутивный элемент, *opinio juris*»⁸⁷. Рассмотрим изъяны данного тезиса.

Во-первых, имеет место явное несоответствие со статьей 38.1 (b) Статута Международного Суда, в котором отражена как раз двухкомпонентная конструкция: «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы».

⁸⁴ См., например: Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 65; Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. кандидата юрид. наук. Казань., 2006. С. 10.

⁸⁵ См. например: Orakhelashvili A. Akehurst's modern introduction to international law, Ninth edition, New York, 2022. P. 43.

⁸⁶ Споры о том, кому принадлежит авторство термина *opinio juris* актуальны и сегодня. Некоторые исследователи считают, что данный термин был выработан французским исследователем Ф. Жени. См. например: Shaw M. International Law. Padstow, 2021. P. 502; D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. London, 1971. P. 49. Дж. Кроуфорд, в свою очередь, полагает, что впервые термин *opinio juris* был использован Ф. Листом в 1898 году. См.: Crawford J. Chance, Order, Change: The Course of International Law. Hague, 2014. pp. 64-65, para 58.

⁸⁷ Cheng B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World // The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory. The Hague, 1983. P. 531.

Во-вторых, по признанию действующего словацкого судьи Международного Суда П. Томки, Суд никогда не отказывался от своей позиции, прочно утвердившейся в формулировке Статута о том, что международное обычное право — это «международная практика, признанная в качестве правовой нормы»⁸⁸. Словам П. Томки можно найти подтверждение во многих решениях Международного Суда⁸⁹. То есть, судебная практика тоже не дает оснований для утверждения об одноэлементном составе норм международного права обычного характера.

Во-третьих, рассматриваемый выше тезис некоторых западных юристов воплощает искаженное понимание международного обычая, которое не отражает ее реальной сущности и ключевых свойств. На самом деле, уже по самой своей природе так называемый субъективный элемент⁹⁰ предполагает существование вполне конкретного правила поведения — практики, что подтверждается многовековой историей межгосударственных отношений. Иными словами, нет практики государств — нет международного обычая⁹¹.

К сожалению, пытаясь обосновать возможность существования «мгновенного обычая» авторы концепции одноэлементного обычая оторвались от закономерностей формирования обычая в целом.

Существует и позиция, при которой, напротив, отрицается значимость *opinio juris*, которая выражена в наиболее категоричной форме в трудах Э.

⁸⁸ Tomka P. Custom and the International Court of Justice // The Law and Practice of International Courts and Tribunals vol. 12. 2013. № 2. P. 197.

⁸⁹ См, например: North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 44, para 77 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.); 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 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.02.2023 г.).

⁹⁰ Термин впервые был использован Международным Судом в 1969 году качестве синонима *opinio juris*, см. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 44 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.02.2023 г.).

⁹¹ Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Значение международного обычая в современном международном праве // Московский журнал международного права. 2012. № 2. С. 20.

Д'Амато⁹². Несостоятельность такой позиции вновь опровергается как статьей 38.1 (b) Статута Международного Суда, так и судебными решениями⁹³.

Кроме того, Э. Д'Амато, рассуждая о природе *opinio juris* критикует саму идею о том, что государства могут быть в чем-то «убеждены»⁹⁴. Однако Международный Суд, описывая сущность *opinio juris*, неоднократно использовал формулировки «убежденность...»⁹⁵, «признание...»⁹⁶, «осознание...»⁹⁷, т.е. задействовал весь доступный лингвистический арсенал, чтобы продемонстрировать, что *opinio juris* представляет собой именно психологическое, субъективное, оценочное состояние, а не какой-то объективно сложившийся факт.

Сложно отрицать важность второго конститутивного элемента для обычного нормообразования: без *opinio juris* любая, даже самая древняя и широко применяемая практика останется лишь обыкновением, и не будет порождать последствия юридического характера. В частности, Международный Суд, касаясь этой проблемы, указал, что «существует обширная практика, например, в области церемониала и протокола..., но она

⁹² См., например: D'Amato A. Customary International Law: A Reformulation // International Legal Theory, Volume 4. 1998. №1. P. 1 // URL: https://law.ubalt.edu/downloads/law_downloads/ILT_04_1_1998.pdf (дата обращения: 23.02.2023 г.).

⁹³ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 44, para 77. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.); 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 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 23.02.2023 г.).

⁹⁴ D'Amato A. Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd // Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 21. 1988. №3. P. 471 // URL: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2118&context=vjtl> (дата обращения: 23.02.2023 г.).

⁹⁵ См, напр: North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para 77 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.);

⁹⁶ См, напр: Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 60 (Separate Opinion of Judge Wellington Koo) // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.).

⁹⁷ См, напр: North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 104, 130 (Separate Opinion of Judge Ammoun) // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.).

вызвана лишь соображениями вежливости, удобства или традиции, а не каким-либо чувством правовой обязанности»⁹⁸.

Вместе с тем, может возникнуть вопрос: может ли вообще быть обыкновением дипломатический протокол? По мнению автора, стоит дать утвердительный ответ. Безусловно, это две автономные категории, что отнюдь не означает того, что они никогда не пересекаются. Автор соглашается с позицией одного из наиболее видных теоретиков международного права С.В. Черниченко, который указал следующее: «обыкновения очень часто встречаются в области дипломатического протокола...»⁹⁹. И.И. Лукашук идет еще дальше, и выражает следующую мысль: «известны случаи, когда **норма вежливости становится нормой права в результате признания за ней юридической силы**»¹⁰⁰ (выделено мною А.Н.). Фактически, тем самым, И.И. Лукашук признает, что нормы вежливости если не всегда являются, то во всяком случае могут быть обыкновением, первой стадией формирования международного обычая.

Существует еще одна альтернативная точка зрения относительно *opinio juris*, но она касается не сущности данного института, а его временного позиционирования. Так, бывший член КМП К. Парк предлагал закрепить в разрабатываемом проекте статей о выявлении международных обычаев идею о том, что *opinio juris* может в некоторых случаях предшествовать общей практике (практике государств)¹⁰¹. Аналогичную позицию высказывал и его коллега Г. Нолте, который дал понять, что проект статей должен быть сформулирован так, чтобы не предполагалось, что общая практика должна

⁹⁸ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44. para 77 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.).

⁹⁹ Черниченко С.В. Контуры международного права. М., 2014. С. 143.

¹⁰⁰ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. С. 198.

¹⁰¹ Yearbook of the International Law Commission. 2014. Vol. 1. Summary records of the meetings of the sixty-sixth session 5 May–6 June and 7 July–8 August 2014. P. 113, para. 38 // URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2014_v1.pdf (дата обращения: 25.02.2023 г.).

быть на первом месте, и что затем она должна быть принята в качестве нормы права¹⁰².

Широкой поддержки такая нестандартная точка зрения не снискала и было успешно забыта. В чем ошибочность утверждения о возможности появления международного обычая даже при рокировке конституирующих его компонентов?

При всей абсурдности и нецелесообразности ничто не мешает государствам заявить, что они признают еще не существующую модель поведения в качестве юридически обязательной (фактически, задним числом). Государства суверенны, вольны заявлять о множестве вещей, к тому же и с фактической точки зрения это осуществимо. Такое заявление может стать отправной точкой для появления соответствующей модели поведения, но на этом его смысл заканчивается.

Нестандартная позиция о допустимости рокировки конститутивных компонентов без ущерба для появления международного обычая, в сущности, означает отрицание наличия стадий/этапов в международно-правовом нормообразовании. По своей абсурдности такая концепция сравнима с возможностью ратификации еще не разработанного международного договора.

Исходя из ст. 38.1 (b) Статута Международного Суда и релевантной судебной практики становится очевидна несостоятельность предложенной вышеупомянутыми бывшими членами КМП концепции. Так, Международный Суд отмечал, что «...в области обычного международного права общего мнения Сторон относительно содержания того, что они считают нормой, недостаточно. Суд должен убедиться в том, что существование нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»¹⁰³.

¹⁰² Ibid, P. 131, para. 27.

¹⁰³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 97–98, para. 184 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023).

Из этого следует вывод, что с юридической точки зрения убеждение в юридической обязательности, выраженное в отношении отсутствующей общей и единообразной модели поведения будет в лучшем случае представлять собой *opinio* государства. Оно не приведет к правовым последствиям, даже если в будущем появится соответствующая общая практика. Институт *opinio juris* имеет место лишь в случае, когда государства придают *уже сформировавшейся* общей и единообразной модели поведения юридическую обязательность.

Что касается субъектов правового признания общей практики, то в качестве таковых традиционно рассматриваются именно государства.

Рассмотрев общетеоретические аспекты рассматриваемого элемента, необходимо изучить конкретные, прямые доказательства *opinio juris*.

§ 2.2. Доказательства *opinio juris*

К доказательствам *opinio juris*¹⁰⁴ (т.е. признания конкретным государством правил поведения в качестве юридически обязательных) Специальный докладчик прежде всего отнес «публичные заявления, сделанные от имени государств»¹⁰⁵.

Характерной чертой данной фразы является если не некорректность, то всяком случае некая неточность. В качестве публичных могут выступать и высказывания, которые не носят официального характера. То есть, под публичные заявления может подходить неоправданно большое количество заявлений. Представляется, что при поиске *opinio juris* следует фокусироваться скорее не на публичных, а на **официальных заявлениях лиц, уполномоченных выступать от имени государства.**

Строго говоря, речь идет о трех лицах: это глава государства, глава правительства и министры иностранных дел. Они могут именоваться по-разному в разных правовых порядках, но принципиального значения это не имеет. Главным является то, что они выражают волю государства, которое они представляют на международной арене и что выражаемая ими воля государства не страдает пороками.

То, что именно три указанных лица уполномочены выступать от имени государства, раньше являлось исключительно международным обычаем. Ныне этот обычай зафиксирован в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (п. 2 (а) ст. 7). Эта норма в полной мере применима и к представлению государства в процессе обычного нормообразования. Таким образом, только официальные заявления лиц входящих в вышеуказанную триаду необходимо расценивать как прямое

¹⁰⁴ Иногда данный элемент называют субъективным элементом (компонентом) международного обычая. См. например: North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 44, para 77 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.); Зарубежные юристы-международники нередко называют *opinio juris* психологическим элементом. См. например: Thirlway H. The Sources of International Law, Second Edition. Oxford., 2019. P. 62.

¹⁰⁵ A/73/10, draft conclusion 10 (2).

доказательство убежденности представляемого ими государства в юридической обязательности той или иной общей практики. Для внесения большей ясности стоит сказать, что если, к примеру, условный министр юстиции, бывший президент страны, руководитель политической партии, или еще кто-либо не относящийся к вышеуказанной триаде заявляет о том, что какая-либо общая практика стала носить обычный характер, что она связывает юридически государство, то это не более чем их личная позиция. Их заявления ничтожны с точки зрения влияния на формирование международного обычая и соответствующих юридических последствий для государства. Безусловно, это усложняет и без того нелегкий поиск так называемого психологического компонента международного обычая, сужает круг субъектов выражения *opinio juris*. Но позиция, придающая заявлениям лиц иных, чем входящих в вышеуказанную триаду статус доказательства *opinio juris*, будет в корне неверной с точки зрения современного международного обычного права и исказит представление о реальной международно-правовой позиции изучаемого государства.

Разобравшись с тем, чьи заявления стоит брать во внимание при поиске доказательств *opinio juris*, теперь стоит рассмотреть примеры таких доказательств.

Как известно, США по сей день воздерживаются от присоединения к Конвенции ООН по морскому праву 1982¹⁰⁶. Тем не менее, США последовательно выражали свое согласие (в той или иной форме) с большинством норм указанной конвенции. Детально рассмотрим эти случаи выражения согласия на конкретных и наглядных примерах.

Так, идея расширения прилегающей зоны, ныне кристаллизована в пункте 2 статьи 33 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Наиболее весомое *opinio juris* относительно расширения лимита прилегающей зоны

¹⁰⁶ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 г. // URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.).

можно усмотреть в официальном заявлении президента США: «Я, Уильям Дж. Клинтон... провозглашаю расширение прилежащей зоны США...: прилежащая зона Соединенных Штатов простирается на 24 морские мили от исходных линий Соединенных Штатов...»¹⁰⁷.

Opinio juris в отношении ширины территориального моря¹⁰⁸ и нового морского пространства – исключительной экономической зоны¹⁰⁹ было выражено еще до вступления Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. с помощью соответствующих официальных заявлений.

Касаемо роли официальных заявлений лиц, уполномоченных выступать от имени государства, стоит отметить еще одну особенность. Их заявления могут выступать не только в роли заключительного этапа становления международных обычных норм, но и как первый этап такого становления (т.е., они могут положить начало общей практике). Однако это встречается довольно редко. Все же упомянутые выше официальные заявления чаще рассматриваются как доказательство объективного компонента международного обычая.

Вместе с тем представляется, что нельзя придавать официальным заявлениям лиц, уполномоченных выступать от имени государства, двойственную роль, то есть расценивать их одновременно как объективную и субъективную составляющую нормы международного права обычного характера. Вероятно, такое слияние на теоретическом уровне означало бы

¹⁰⁷ Contiguous Zone of the United States - Proclamation by the President of the United States of America, 2 September 1999 // URL: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/USA_1999_Proclamation.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.).

¹⁰⁸ Proclamation 5928, December 27, 1988, Territorial Sea of the United States // URL: <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/proclamation-5928-territorial-sea-united-states> (дата обращения: 26.02.2023 г.).

¹⁰⁹ Proclamation 5030 by the President of the United States of America on the Exclusive Economic Zone of the United States of America, 10 March 1983 // URL: https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/USA_1983_Proclamation.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.); Statement on United States Oceans Policy, March 10, 1983 // URL: <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/statement-united-states-oceans-policy> (дата обращения: 26.02.2023 г.).

отрицание бивалентной структуры норм международного права (как конвенционных, так и обычных) и замену этой структуры одним элементом. Очевидно, что это было бы ошибкой. Общая практика и *opinio juris* являются самостоятельными элементами международного обычая, которые требуют отдельного выявления.

Заявления от лица указанной триады представляют собой наиболее явный и один из наиболее авторитетных источников *opinio juris*.

Далее в списке доказательств *opinio juris* КМП упоминает официальные публикации¹¹⁰. Представляется, что лучше было бы если не исключить данное доказательство из доклада, то во всяком случае серьезно его доработать. Это объясняется, как указывалось ранее, неоправданной широтой, избранной М. Вудом формулировки.

Под понятие «официальные публикации» при соответствующей цели можно подвести очень многое и это может привести к злоупотреблениям государств. При какой-либо спорной ситуации государства могут ссылаться на данную формулировку, ссылаться на авторитетность ее составителя (то есть, КМП) и попытаться доказать *opinio juris* какого-либо государства, основываясь на какой-либо официальной публикации, в которой содержится позиция, не имеющая в действительности отношения к реальной позиции государства.

Представляется, что во избежание каких бы то ни было разночтений в толковании рассматриваемой формулировки Специальному докладчику КМП следовало точнее определить ее реальное содержание в самом выводе или исключить эту формулировку из доклада, учитывая, что приведенный перечень источников *opinio juris* все равно носит лишь иллюстративный характер.

¹¹⁰ A/73/10, draft conclusion 10 (2).

В качестве еще одного доказательства *opinio juris* Специальный докладчик выделил **правительственные юридические заключения**¹¹¹. В этой формулировке ключевое значение имеет слово «правительственные». Это справедливо исключает иные юридические заключения из процесса обычного нормообразования, как не имеющие к нему отношения. Соответственно, в юридических заключениях, выработанных правоведами того или иного правительства, должно подтверждаться, что какая-либо практика поведения имеет юридическую силу для данного государства.

Ситуация осложняется тем фактом, что такие юридические заключения редко становятся доступны широкой публике, и международное сообщество далеко не всегда имеет возможность с ними ознакомиться. Но, в любом случае, при их наличии они, безусловно, должны браться во внимание.

Далее, необходимо исследовать проблематику реальной роли решений национальных судов на втором этапе формирования международных обычаев.

Еще Г. Лаутерпахт писал, что решения национальных судов «...если они достаточно единообразны и авторитетны, могут рассматриваться как выражающие *opinio juris* этого государства»¹¹².

Приводя перечень доказательств *opinio juris* КМП также использует довольно широкую формулировку - «решения национальных судов»¹¹³. Но насколько она точна?

Важно проводить четкое различие между ролью решений национальных судов на различных стадиях становления международных обычных норм. Если речь идет о первой стадии, то, как уже было установлено ранее, нет юридических оснований не считать деятельность каких бы то ни было национальных судов поведением государства. Будучи органами государства национальные суды вполне могут формировать обычное право. Представляется,

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Lauterpacht H. The Development of International Law by The International Court. New York, 1958. P. 20.

¹¹³ A/73/10, Draft conclusion 10 (2).

что для этого необходимо, чтобы правовые позиции, изложенные внутренними судами двух и более государств, были практически единообразными (то есть, при условии, что в наиболее важных аспектах между ними нет противоречий). Однако, когда дело касается убеждения государства в правовой природе практики, то здесь требуется куда более узкий подход и великая осторожность.

В итоге, в связи с избранной Специальным докладчиком КМП формулировкой возникает закономерный вопрос: при вынесении решений, к примеру, районными судами, или даже судами субъектов федерации можно ли говорить о том, что в них содержится международно-правовая позиция всего государства? Представляется, что в лучшем случае решения судов такого уровня могут служить лишь подспорьем для определения содержания обычной нормы, но никак не свидетельством *opinio juris*; выражать *opinio juris* могут лишь **решения национальных судов высшей инстанции.**

Изначально для государств-членов ООН было очевидно, что результатом деятельности КМП в деле выявления международных обычаев будет документ, не носящий юридически обязывающего характера. Вероятно, этим можно объяснить отсутствие категорических возражений от делегаций государств в отношении формулировки «решения национальных судов», которая находится в разделе «формы свидетельства признания в качестве правовой нормы...»¹¹⁴. Вероятно, это ключевой раздел всего доклада КМП, поскольку он помогает определить, что будет юридически связывать государство, а что нет. Сложно представить себе, что в случае созыва конференции по выработке международной конвенции о процессе формирования международных обычаев большинство государств мира согласится с тем, чтобы решения любых их национальных судов связывали все государство обычно-правовым способом.

¹¹⁴ Ibid, Draft conclusion 10.

Возвращаясь к национальным судам высшей инстанции, стоит отметить, что их решения могут выражать и отсутствие убеждения в юридической обязательности правила поведения для государства. Так, в одном из своих наиболее знаковых решений Верховный Суд США обратил внимание на несостоятельность ссылки истца в отношении Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. (далее – Декларация), указав, что «Декларация сама по себе не налагает обязательств с точки зрения международного права»¹¹⁵. Иными словами, Верховный Суд США дал понять, что конкретно Декларация не отражает международно-правовых обязательств США обычного характера. Стоит также добавить, что содержащееся в данном решении *opinio non juris* привело к ожидаемым последствиям в американской судебной системе: судьи нижестоящих судов стали куда более настороженно относиться к идее о том, что Всеобщая декларация прав человека является частью права США и сместили фокус на другие применимые акты.

Еще одним доказательством *opinio juris* является **включение в национальное законодательство**. Хотя КМП этот вид доказательства не упоминает в пятом докладе, но на самом деле это один из наиболее важных источников *opinio juris* (и, вероятно, самый весомый из них).

Поиск этого вида доказательств нужно вести в самом широком диапазоне: *opinio juris* может быть найдено как в высшем законе государства, так и в самом обыденном законодательном акте. Если в принятом законодательном акте будет прямо указано, что побудительным мотивом его разработки и принятия стало существование того или иного международного обычая, то авторитетность такого доказательства *opinio juris* будет близка к ультимативной.

¹¹⁵ Sosa v. Alvarez-Machain Et Al. 542 U.S. 692 (2004), para. 735 // URL: [https://scholar.google.com/scholar_case?case=6103279683071618777&q=Sosa+v.+Alvarez-Machain&hl=en&as_sdt=2006#\[1\]](https://scholar.google.com/scholar_case?case=6103279683071618777&q=Sosa+v.+Alvarez-Machain&hl=en&as_sdt=2006#[1]) (дата обращения: 28.02.2023 г.).

Дипломатическая переписка также может послужить ценным свидетельством правоощущения государства при постановке вопроса о юридической природе общей практики.

Так, Международный Суд, проанализировав давнюю переписку между Португалией и Англией, заявил, что правовая позиция в отношении прохождения вооруженных сил между Даманом и анклавами четко вытекает из этой переписки¹¹⁶. Высокая значимость межправительственной переписки в процессе выявления *opinio juris* была признана и в деле о рыболовстве 1951 г.¹¹⁷

Представляется, что для более точной идентификации истинной воли государства важно проводить комплексный анализ дипломатической переписки: нужно учитывать контекст переговоров и обстоятельства при которых они велись. После получения предварительных выводов, вытекающих из анализа дипломатической корреспонденции, необходимо осторожно подходить к их оценке, во избежание присвоения государству несуществующего *opinio juris*.

Кроме того, к доказательствам *opinio juris* следует относить **утвержденные парламентом военные уставы** (руководства, мануалы, наставления; наименования могут быть различными).

Представляется, что убеждение в юридическом характере общей практики может содержаться и в **официальных картах, признанных и опубликованным государством**.

Специальный докладчик КМП в качестве доказательств *opinio juris* также указывает договорные положения¹¹⁸. В отличие ранее выделенных

¹¹⁶ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 p. 6 at p. 42 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 28.02.2023 г.).

¹¹⁷ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at pp. 135-136 // URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 28.02.2023 г.).

¹¹⁸ A/73/10, draft conclusion 10 (2).

видов доказательств *opinio juris*, в данном случае ситуация не столь однозначная.

Нет сомнений, что договорные положения могут отражать уже существующие международные обычаи. Другое дело, что всегда ли договорные положения дают однозначно сделать вывод об *opinio juris* участников такого соглашения?

Представляется, что на этот вопрос следует ответить отрицательно, особенно в случае, если международное соглашение содержит положения, служащие цели прогрессивного развития международного права.

Также государства могут иметь цель взять на себя исключительно договорные обязательства (без взятия на себя обязательств, вытекающих из бесформенного международного обычая) исходя из положительных качеств международного договора как источника международного права: относительной простоты установления его содержания, толкования, применения и так далее.

Кроме того, не исключена и ситуация, при которой договорное положение может быть гораздо уже схожего международного обычая, при кажущейся *prima facie* их тождественности.

Еще более значимая проблема, которая возникает из простого причисления договорных положений (без каких-либо уточнений) к доказательствам *opinio juris*, состоит в следующем: как быть в случае, если международный договор заключен таким образом, что правомерна постановка вопроса в отношении основания относительной недействительности договора? Выраженная таким образом воля государства носит изначально искаженный характер. Участники такого международного договора, очевидно, могут его оспорить. С обычно-правовой же перспективы, представляется, что при наличии основания относительной недействительности договора положения такого договора совершенно точно не могут считаться доказательством *opinio juris*.

Спорность однозначного отнесения договорных положений к доказательствам *opinio juris* подтверждается и авторитетными исследователями данной проблемы. С убеждением автора в значительной мере резонирует позиция Г.М. Даниленко, который, хотя и в несколько категоричной форме, но все же справедливо отметил, что «... кодифицирующие конвенции, даже те, в которых прямо указано, что они воплощают существующее обычное право, никогда не могут рассматриваться как неоспоримое доказательство обычного права»¹¹⁹.

В обширном ряду доказательств *opinio juris* особое место занимает **молчаливое согласие**. Безусловно, согласие, данное в явной форме, является более предпочтительным способом выражения убеждения в правовой природе правила поведения, однако молчаливое согласие тоже имеет важное место в практике межгосударственных отношений. Наличие института молчаливого согласия неоднократно признавалось как в судебной практике¹²⁰, так и в трудах исследователей по международному праву¹²¹.

Однако концепция молчаливого согласия требует внимательного подхода и само название не должно вводить в заблуждение. Д. Фицморис, утверждает, что отсутствие возражений *per se* не обязательно и не всегда подразумевает молчаливое одобрение, в частности, если «другие государства не были проинформированы о соответствующей практике»¹²². Стоит согласиться и с Г.М. Даниленко, что «согласно действующему международному праву, отсутствие протеста означает молчаливое согласие

¹¹⁹ Danilenko G.M. Law-Making in the International Community. Dordrecht, 1993. P. 154.

¹²⁰ См., например: Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 139 // URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 28.02.2023 г.).

¹²¹ См. например: Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С 108; Черниченко С.В. Контуры международного права. М., 2014. С. 514.

¹²² Fitzmaurice G. The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law // BYBIL. 1954. Vol. 30. P. 33.

только в том случае, если практика затрагивает интересы ... и права бездействующего государства»¹²³.

Таким образом, исходя из судебной практики и изречений авторитетных юристов-международников автор предлагает выделить два условия, при которых можно ставить вопрос о том, что государство выразило *opinio juris* посредством молчаливого согласия:

1. государство осведомлено о практике и намеренно молчит;
2. правило поведения прямо либо косвенно затрагивает права и интересы бездействующего государства.

Представляется, что без строгого соблюдения указанных двух условий нельзя квалифицировать молчание государства как акт *opinio juris*.

В качестве примера молчаливого признания практики в качестве правовой нормы можно привести ранее упомянутую ситуацию с отсутствием протестов государств о нарушении их воздушной границы после запуска «Спутника-1» в 1957 году.

Разумеется, нами были установлены не все возможные доказательства *opinio juris*, но самые авторитетные. При их оценивании, для целей наиболее точной идентификации истинной воли государства важно применять комплексный подход, то есть учитывать обстоятельства и контекст, окружающие то или иное доказательство в момент его появления.

От прямых доказательств *opinio juris* следует отличать вспомогательный инструментарий, призванный облегчить как поиск международных обычаев, так и процесс установления их содержания.

Как отметил Международный Суд, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН могут предоставить доказательства, важные для установления существования нормы или возникновения *opinio juris*¹²⁴.

¹²³ Danilenko G.M. Law-Making in the International Community. Dordrecht, 1993. P. 108.

¹²⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226 at pp. 254–255, para. 70 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

Представляется, что вклад резолюций международных организаций в процесс выявления международных обычаев напрямую зависит от числа государств, участвовавших в голосовании и степени репрезентативности. Очевидно, что если резолюция, выявляющая потенциальный международный обычай была принята путем голосования, в котором участвовало малое количество государств, или форум был не репрезентативным, то ценность такой резолюции в деле выявления международных обычаев вряд ли является высокой.

Также, резолюции международных организаций могут послужить триггером, запускающим процесс формирования международного обычая.

Подспорьем в выявлении международного обычая могут выступать и решения органов международного правосудия (международных судов, трибуналов, Органа по разрешению споров ВТО), а также международно-правовая доктрина. Однако, они, опять-таки (как и резолюции межправительственных организаций), не являются «сосудом», в котором содержится *opinio juris* государства, в отличие от ранее приведенных примеров доказательств *opinio juris*.

Рассмотрев ключевые аспекты двух стадий формирования международного обычая, теперь необходимо уделить отдельное внимание норме о настойчивом возражающем государстве и отдельным требованиям, соблюдение которых необходимо для ее успешной реализации. Об этом далее в следующей главе.

Глава III. КОНЦЕПЦИЯ О «НАСТОЙЧИВО ВОЗРАЖАЮЩЕМ ГОСУДАРСТВЕ»

§ 3.1. Содержание концепции о настойчиво возражающем государстве

Концепция о настойчиво возражающем государстве, пожалуй, занимает заслуженное место в ряду наиболее интересных и вместе с тем дискуссионных концепций во всем международном публичном праве.

Прежде чем приступить к исследованию данной темы необходимо обратиться к знаменитому утверждению Международного Суда 1969 года. Разрешая спор, Суд отметил, что нормы общего или обычного международного права ¹²⁵ «...по самой своей природе должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества и, следовательно, не дают ни одному из членов никакого права исключить себя из сферы их действия в одностороннем порядке и по своему усмотрению в своих собственных интересах»¹²⁶.

Данное утверждение Суда вполне логично, поскольку предсказуемость и добросовестность крайне важны в межгосударственных отношениях. Не говоря уже о том, что неправомерные односторонние действия государств, направленные на исключение себя из-под действия обычных норм, создают нежелательный прецедент, ставят под угрозу мировой порядок и способны привести в самым разрушительным последствиям.

Вместе с тем существует концепция настойчиво возражающего государства. Согласно позиции КМП, содержание данной концепции сводится

¹²⁵ Судя по всему, Международный Суд в данном отрывке поставил знак равенства между обычным и общим международным правом. Аналогичное понимание данной формулировки Суда выражает И.И. Лукашук (см. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. С. 111.). В любом случае, данный отрывок служит очередным свидетельством неугасающей и даже возрастающей роли и ценности обычных норм для современного международного права.

¹²⁶ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at pp. 38–39, para. 63 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

к следующему: «Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству пока оно продолжает возражать»¹²⁷. Далее следует важное дополнение, что возражение должно «...продолжаться настойчиво»¹²⁸.

Данная концепция находится в полном соответствии с теорией согласования воли, которая учитывает невозможность навязывания норм международного права вопреки воле государства. Если государство по каким-либо причинам не желает «плыть по течению» и соглашаться с формирующимся международным обычаем, который будет носить диспозитивный характер, то такое поведение будет абсолютно правомерным.

Необходимо кратко остановиться на одной из причин значимости рассматриваемой концепции. Очевидно, что между обычным и договорным нормообразованием прослеживается достаточно много параллелей. Однако, исходя из позиции Международного Суда¹²⁹ и здравого смысла, можно констатировать, что институт оговорок не применим к обычным нормам. Иными словами, у государств есть лишь две опции: либо целиком принять обычай, либо целиком отвергнуть его. Поэтому норма о настойчиво возражающем государстве обретает особую важность и значимость в процессе формирования международных обычаев.

Понимание рассматриваемой концепции, весьма близкое к современному, существовало еще более ста лет назад. Так, в деле «Фишбах и Фридриси» 1903 г., было отмечено, что любая нация имеет власть и право не

¹²⁷ ILC Report, A/73/10, 2018, chap. V, Draft conclusion 15 (1) // URL: <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2018/english/chp5.pdf&lang=EFSSRAC> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

¹²⁸ Ibid, Draft conclusion 15 (2).

¹²⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at pp. 38–39, para. 63 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

соглашаться с нормой или принципом международного права, даже если их приняли все другие нации¹³⁰.

Что касается судебной практики, то четче всего данная концепция просматривается в решении Международного Суда по делу о рыболовстве 1951 г. В нем Суд постановил, что «в любом случае норма о 10 милях, по видимому, неприменима к Норвегии, поскольку она всегда выступала против любых попыток применить ее к норвежскому побережью»¹³¹.

Межамериканская комиссия по правам человека (далее - МКПЧ) также отметила, что международный обычай, который был принят большинством государств, не имеет обязательной силы для государства, которое настойчиво отвергало практику, на которой основан этот международный обычай¹³².

Концепция о настойчиво возражающем государстве нашла свое отражение и в результатах трудов как Ассоциации международного права¹³³, так и КМП¹³⁴.

На современном этапе в мировой доктрине относительно самого факта существования концепции о настойчиво возражающем государстве в целом нет сомнений. Одним из немногих противников в отношении указанного факта остается Э. Д'Амато. В своем недавнем труде он в очередной раз заявил, что не может быть исключения для настойчиво возражающих государств в отношении формирования международных обычаев¹³⁵.

Что касается государственной практики, то по мнению Э. Д'Амато на норму о настойчиво возражающем государстве никогда не ссылались в

¹³⁰ Reports Of International Arbitral Awards, Volume X, 1903, p. 388 at p. 397 // URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/357-476.pdf (дата обращения: 01.03.2023 г.).

¹³¹ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 131 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.02.2023 г.).

¹³² Michael Domingues v. United States, Case 12.285, Merits, Report No. 62/02, 22 October 2002, para. 48 // URL: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm#_ftn40 (дата обращения: 01.03.2023 г.).

¹³³ London Statement of Principles, Section 15.

¹³⁴ См., например: A/73/10, draft conclusion 15 (5).

¹³⁵ D'Amato A. Groundwork for International Law // American Journal of International Law, Vol. 108. 2014. № 4. P. 667 // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2606351 (дата обращения: 01.03.2023 г.).

международной практике¹³⁶. Можно сказать о том, что государства не выдвигают возражения по поводу и без него и поэтому прямых ссылок на норму о настойчиво возражающем государстве действительно не так много. Однако в любом случае со столь категоричным утверждением Э. Д'Амато нельзя согласиться.

Так, одним из из недавних примеров прямой ссылки на рассматриваемую концепцию имел место в ходе разрешения спорной ситуации связанной с архипелагом Чагос. Великобритания подала в Международный Суд письменное заявление, где было сказано следующее: «Даже если бы в 1960-х годах существовало обычное право народа самоуправляющейся территории на территориальную целостность, оно не было бы обязательным для Соединенного Королевства, поскольку оно настойчиво возражало»¹³⁷.

Быть в статусе настойчиво возражающего государства означает быть в меньшинстве, причем в значительном меньшинстве. Так, однажды именитый судья Международного Суда С.М. Швебель фактически охарактеризовал настойчиво возражающее государство как «правительство-изгой»¹³⁸. Очевидно, что государствам проще и выгоднее отстаивать свою позицию находясь в большинстве, поэтому прямых ссылок на норму о настойчиво возражающем государстве не так много. Но они есть.

Основываясь на определении, выработанном КМП и практикой межгосударственных отношений, представляется необходимым выделить три базисных элемента, без которых норма о настойчиво возражающем государстве не может быть реализована: это элемент возражения, элемент

¹³⁶ Ibid, P. 668.

¹³⁷ Written statement the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 15 February 2018, ICJ Advisory opinion, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 P. 138 para 8.59 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/169/169-20180215-WRI-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

¹³⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, dissenting opinion of Vice-President Schwebel, at p. 312 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-09-EN.pdf> (дата обращения: 02.03.2023 г.).

настойчивости и элемент своевременности. Их анализу посвящен следующий параграф.

§ 3.2. Базовые элементы концепции настойчиво возражающего государства

Элемент возражения. Против чего необходимо выдвигать протест? При всей кажущейся самоочевидности поставленного вопроса, необходимы некоторые уточнения.

В доктрине нередко встречается узкое понимание **содержания возражения**. В частности, американский профессор Р. Бейкер сводит его к тому, что государство может объявить, что оно не считает «себя связанным»¹³⁹. Однако едва ли содержание возражения ограничивается лишь одним таким случаем.

Представляется, что под «возражение» по смыслу рассматриваемой концепции подпадают два вида возражения:

1. государство возражает против **существования** обычной нормы. Иными словами, государство считает, что предполагаемого международного обычая не появилось и, следовательно, он не обязателен вообще ни для кого;
2. государство возражает против **применимости** обычной нормы в отношении себя. Как раз этот случай и приводит Р. Бейкер. То есть, даже если международный обычай и возник, то все равно он действует лишь в отношении согласившихся государств, но не в отношении государства, которое возражало еще до его окончательного становления.

Дуалистический состав возражения поддерживается комментарием КМП, где указано что настойчиво возражающее государство «может пытаться не допустить закрепления этой нормы или пытаться обеспечить ее непротивопоставимость данному государству»¹⁴⁰.

¹³⁹ Baker R.B. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates // European Journal of International Law, Vol. 21. 2010. № 1. P. 176. // URL: <http://www.ejil.org/pdfs/21/1/1988.pdf> (дата обращения: 03.03.2023 г.).

¹⁴⁰ A/73/10, draft conclusion 15 (7).

То, что возражение против существования обычной нормы также охватывается концепцией настойчиво возражающего государства подтверждается и практикой межгосударственных отношений. Так, в 1982 году Турция в очередной раз заявила, что она «...придерживается мнения, что 12-мильное ограничение территориальных вод не приобрело характера нормы обычного международного права»¹⁴¹. В сущности, это было возражение против **существования** соответствующего международного обычая. Затем Турция отметила следующее: «Турция, как на подготовительных этапах Конференции, так и во время самой Конференции, настойчиво возражала против ограничения в 12 миль»¹⁴². Фактически, Турция подтвердила, что серия ее возражений против существования соответствующего международного обычая стоит интерпретировать именно как ссылку на норму о настойчивом возражении.

В этой связи, необходимо прийти к выводу, что некорректно сужать содержание возражения до одного случая: оба рассмотренных варианта поведения государства, которое недовольно формирующейся нормой, должны трактоваться как реализация нормы о настойчивом возражении.

Что касается **формы возражения**, то здесь стоит отметить следующее. Согласно научно-практическому комментарию КМП: «...к форме самого возражения конкретных требований нет. Четкого словесного возражения в письменной или устной форме, в отличие от физического действия, должно

¹⁴¹ Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 189th Plenary meeting, 8 December 1982 // UN Document: A/CONF.62/SR.189, P. 76, para. 148 // https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_17/a_conf62_sr189.pdf (дата обращения: 03.03.2023 г.).

¹⁴² Ibid, P. 76, para. 150.

быть достаточно...»¹⁴³. Достаточность словесных протестов подтверждается как авторитетными судьями¹⁴⁴, так и в научной литературе¹⁴⁵.

То, что какие-либо физические действия не обязательны для обретения и поддержания статуса настойчиво возражающего государства представляется логичным. В конце концов, не у всех государств достаточно тех или иных ресурсов, госслужащих и военных, чтобы регулярно осуществлять необходимые физические действия (а они могут быть самыми разнообразными). Вместе с тем, у развивающихся государств не возникнет проблем с опубликованием письменных заявлений, содержащих объяснение их позиции относительно формирующейся практики, поскольку для этого не требуется больших ресурсов и персонала. Поэтому для того, чтобы государства находились в равном положении, важно не налагать на них бремя в виде обязанности осуществлять физические действия в целях настойчивого возражения.

Однако разумеется ничто не мешает государствам при желании и возможности использовать как словесные возражения, так и возражения путем физических действий. К примеру, как следует из дела о рыболовстве, неоднократные протесты Норвегии были не только в форме словесных заявлений, но и в форме физических действий, в ходе которых «значительное число британских траулеров было арестовано...»¹⁴⁶. Такая стратегия наиболее эффективна, поэтому государства используют ее чаще всего.

Элемент настойчивости. По мнению КМП требование настойчивости означает, что «...возражение следует высказывать вновь всякий раз, когда

¹⁴³ A/73/10, para 3 of the commentary to draft conclusion 15.

¹⁴⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. at p. 131-132, para. 31 (Separate Opinion of Judge Ammoun) // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 03.03.2023 г.).

¹⁴⁵ Colson D. How Persistent Must the Persistent Objector Be? // Washington Law Review, Volume 61. 1986. № 3. P. 965 // URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3634&context=wlr> (дата обращения: 03.03.2023 г.).

¹⁴⁶ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 125 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.03.2023 г.).

такой повтор диктуется обстоятельствами (т. е. в обстоятельствах, когда молчание либо бездействие может ... вести к выводу о том, что государство от своего возражения отказалось)»¹⁴⁷. Иными словами, для обретения статуса настойчиво возражающего государства недостаточно возразить лишь один раз против формирующегося международного обычая.

Исходя из решения по делу о рыболовстве (где говорилось о том, что Норвегия «...всегда выступала против...»¹⁴⁸) также становится очевидно, что повторение необходимо.

В Третьем рестейтменте¹⁴⁹ Американский институт права отметил, что «государство, которое **заявляет о своем несогласии** с практикой, когда норма права все еще находится в процессе формирования, не связано этой нормой даже после того, как она созреет»¹⁵⁰ (выделено мною. А. Н.). Представляется, что в данном отрывке наличествует если не отрицание элемента настойчивости, то во всяком случае его явное игнорирование. Читая процитированный выше отрывок, у неискушенного читателя может возникнуть иллюзия, что государству будет достаточно своевременно заявить о своем несогласии и новый международный обычай не будет для такого государства обязательен. Кроме того, указанная неточность вполне способна привести и к реальным нежелательным последствиям на практике. Необходимо учесть, что Третий рестейтмент служит, в том числе, неким пособием для судей и указанная неточность может привести к их ошибкам и иным нежелательным последствиям. Так, судья может посчитать, что та или иная обычная норма не обязательна для США в силу одного своевременного

¹⁴⁷ A/73/10, para. 9 of the commentary to draft conclusion 15.

¹⁴⁸ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 131 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁴⁹ Представляет собой авторитетный научный труд, разработанный Американским институтом права и затрагивающий ряд важнейших вопросов международного публичного права.

¹⁵⁰ Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, The American Law Institute, 1987, § 102, Comment (d). // URL: <http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/IntlLawFall2008/CourseDocs/RestatementSources.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

возражения США против нее и прийти к выводу, что на нее не могут ссылаться истцы для обоснования своих требований.

И тем не менее, в целом доминирует точка зрения, что возражение (по смыслу рассматриваемой концепции) должно быть настойчивым.

Разобравшись с тем, что одного протеста недостаточно, теперь необходимо прояснить формулировку КМП о том, что повторять протест необходимо каждый раз, когда это диктуется обстоятельствами¹⁵¹. Приведем наглядные примеры таких обстоятельств и соответствующих возражений.

Как известно, Соединенные Штаты регулярно отрицают возможность существования международного обычая, касающегося права на питание. Соответствующие возражения начались еще на этапе его формирования. К примеру, при принятии Римской декларации по всемирной продовольственной безопасности 1996 г. Соединенными Штатами было заявлено, что они не признают никаких изменений в текущем состоянии конвенционного или обычного международного права в отношении прав, связанных с питанием и добавили, что достижение любого права на питание — это не более чем некая цель или стремление, которые подлежат постепенной реализации и которые не порождают никаких международных обязательств¹⁵².

Также, при принятии международным сообществом тех или иных резолюций, затрагивающих право на еду, США традиционно публикуют заявления, содержащие соответствующее настойчивое возражение, причем формулировка возражения практически не меняется годами¹⁵³. Молчание, или

¹⁵¹ A/73/10, para. 9 of the commentary to draft conclusion 15.

¹⁵² Interpretative Statements for the Record by the Government of the United States of America, Report of the World Food Summit, 1996, Annex II // URL: <https://www.fao.org/3/w3548e/w3548e00.htm#Annexii> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁵³ См. напр.: U.S. Explanation of Position UN General Assembly Third Committee Resolution on the Right to Food November 22, 2010 // URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/179237.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.); Explanation of Vote on a Third Committee Resolution on a Right to Food, November 15, 2018 // URL: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-third-committee-resolution-on-a-right-to-food/> (дата обращения: 05.03.2023 г.); Explanation of Position on a Third Committee Resolution on the Right to Food, November 10, 2022 // URL: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-on-a-third-committee-resolution-on-the-right-to-food/> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

невнятно выраженная позиция США в таких ситуациях (которые требуют реакции) способны привести к утере Соединенными Штатами статуса настойчиво возражающего государства относительно рассмотренного международного обычая.

Требование настойчивости означает не только необходимость повторять возражения в случаях, требующих реакции, но и то, что такие возражения должны быть в «целом последовательны, т.е. не нести в себе существенных противоречий»¹⁵⁴. Важность последовательности в рассматриваемой концепции подчеркивается и Дж. Кроуфордом¹⁵⁵.

Элемент своевременности. Судебная практика подтверждает, что необходимо соблюдать требование своевременности. Так, в деле Домингес против США было отмечено, что «однажды установленная норма обычного международного права юридически обязательна для всех государств, за исключением только тех, которые настойчиво отвергали эту практику до того, как она стала правом»¹⁵⁶.

Также, требование о том, что настойчивое возражение должно быть выражено своевременно, поддерживается в целом как в отечественной¹⁵⁷, так и в зарубежной научной литературе¹⁵⁸.

Стоит обратить внимание, что Г.М. Даниленко несколько строже определяет элемент своевременности, выдвигая тезис, что для целей настойчивого возражения необходимо протестовать против обычной нормы «... с самого начала ее становления»¹⁵⁹.

¹⁵⁴ A/73/10, para. 9 of the commentary to draft conclusion 15.

¹⁵⁵ Crawford J. Chance, Order, Change: The Course of International Law. Hague, 2014. P. 334, para. 430.

¹⁵⁶ Michael Domingues v. United States, Case 12.285, Merits, Report No. 62/02, 22 October 2002, para. 48 // URL: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm#_ftn40 (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁵⁷ См., например: Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 115; Ромашев Ю.С. Право международных обычаев. М., 2023. С. 105.

¹⁵⁸ См., например: Броунли Я. Международное право: в 2-х кн. Кн. 1. Пер. с англ. под ред. Г.И. Тункина. 1977. С. 34; Mendelson, M. The formation of customary international law. Hague, 1998. P. 227.

¹⁵⁹ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 115.

Несомненно, что факт выдвижения протестов с самого начала становления международного обычая сделают позицию возражающего государства более устойчивой и убедительной. Вместе с тем нет каких-либо норм международного права, как и решений органов международного правосудия, которые требуют выдвижения возражения на самом столь раннем этапе. Исходя из приведенной ранее судебной практики по рассматриваемой проблематике, представляется, что государству достаточно начинать протестовать против соответствующей практики в любое время до того, как практика превратится в международный обычай.

Подача возражения с самого начала формирования практики может быть особенно обременительной для развивающихся государств. Также стоит учитывать, что, как правило, международный обычай берет свое начало с общей практики весьма малого количества государств. Другие государства могут быть не осведомлены о такой практике, или же она не будет касаться их интересов в самом начале ее возникновения.

Что касается запоздалого возражения, то общепризнанно, что оно не приводит к каким-либо правовым последствиям в рассматриваемом контексте. Выражая общий консенсус, КМП совершенно определенно заявила, что «...нормы о постфактум возражающем государстве не существует...»¹⁶⁰. Кроме того, в судебной практике отсутствуют примеры успешного применения так называемого возражения постфактум.

Отсутствие нормы о постфактум возражающем государстве можно обосновать с точки зрения прагматичности и здравого смысла. Представляется, что существование нормы, допускающей такое возражение, подвело бы международный порядок к весьма опасной черте. Крепкие межгосударственные отношения основываются если не на доверии, то во всяком случае на определенных ожиданиях друг от друга. В частности, группа государств, для которых обязательен тот или иной международный обычай,

¹⁶⁰ A/73/10, para. 5 of the commentary to draft conclusion 15.

ожидают друг от друга строгого соблюдения обязательств, вытекающих из такого обычая. Если же допустить правомерность самовольного возражения против уже сложившегося международного обычая государствами с последующим несоблюдением обязательств из него вытекающих, то это приведет к дестабилизации всего мирового порядка. Кроме того, возможность произвольного отказа от соблюдения уже сложившейся нормы международного права обычного характера сделает практически бессмысленной целесообразность взятия на себя обязательств добросовестными государствами.

Настойчивое возражение в свою очередь предполагает заблаговременное возражение. В этом случае, очевидно, что никакой дестабилизации не происходит, поскольку на данном этапе существует лишь обыкновение, без каких-либо правовых обязательств из него вытекающих. Соответственно, по отношению к настойчиво возражающему государству не возникает определенного рода ожиданий.

Типичный пример возражения постфактум был продемонстрирован рядом экваториальных государств в 1976 году. Как было отмечено ранее, после запуска первого искусственного спутника в 1957 году сложился международный обычай, который разграничил воздушную территорию государств (на которую распространяется их суверенитет) и космическое пространство (на которое их суверенитет не распространяется) по линии 100-110 км над уровнем моря. Восемь государств, спустя почти 20 лет молчания, невзирая на данную обычную норму (и, как минимум, на статью 2 Договора о космосе ¹⁶¹) и принцип эстоппель заявили в Боготской декларации, что сегменты геостационарной синхронной орбиты являются частью территории, над которой экваториальные государства осуществляют свой национальный

¹⁶¹ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 05.03.2023 г.). Эквадор и Уганда в 1976 году уже являлись участниками данного договора, см.: URL: https://treaties.unoda.org/t/outer_space (дата обращения: 05.03.2023 г.).

суверенитет¹⁶². При этом, геостационарная синхронная орбита, очевидно, находится гораздо выше общепризнанной верхней границы воздушной территории государств. Международное сообщество отвергло данные притязания¹⁶³. Игнорируя этот факт, Колумбия до сих пор считает, что находящаяся над ее сухопутной территорией часть геостационарной синхронной орбиты (включая электромагнитный спектр) является территорией Колумбии, со всеми вытекающими последствиями¹⁶⁴.

Таким образом, вся ситуация, связанная с геостационарной синхронной орбитой в очередной раз подтверждает отсутствие нормы о постфактум возражающем государстве в международном праве.

¹⁶² Declaration of the First Meeting of Equatorial Countries, December 3, 1976 // URL: https://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_2/2-2-1-2_e.html (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁶³ См. например: General Assembly, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee, Seventeenth session, summary record of the 297th Meeting, 5 April, 1978, UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.297 // URL: https://digitallibrary.un.org/record/1307234/files/A_AC-105_C-2_SR-297-EN.pdf (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁶⁴ См. например: Constitución Política de Colombia 1991, Artículo 101, 102 // URL: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

§ 3.3. Настойчивое возражение и нормы *jus cogens*

Разобравшись с невозможностью возражения *postfactum*, установив какие требования необходимо соблюсти для успешного применения нормы о настойчиво возражающем государстве, необходимо перейти к следующей проблеме. Она заключается в следующем: каковы границы применения концепции настойчивого возражения?

КМП отметила, что настойчивое возражение неприменимо к императивным нормам общего международного права¹⁶⁵. В этой связи необходимо отметить следующее.

Сложно представить, как может вообще сформироваться норма *jus cogens* обычного характера, если имеет место настойчивое возражение хотя бы одного из ведущих государств мира. Вместе с тем, как будет показано далее, если субъектом возражения будет являться одно из развивающихся государств мира, то в таком случае норма *jus cogens* все равно появится.

Таким образом, представляется, что КМП упустила из виду весьма важный аспект. Важным является то, **кто является субъектом возражения**. В сущности, предпринять попытку настойчивого возражения против норм *jus cogens* могут лишь развивающиеся государства.

В этой связи любопытно замечание Л.Р. Шаммасовой. Подходя к вопросу о том, применимо ли настойчивое возражение к нормам *jus cogens* утверждает, что «...применение принципа «настойчивого возражения» теоретически не может быть ограничено и в указанном случае»¹⁶⁶. Такое утверждение вызывает самые решительные возражения.

Как уже было отмечено, при возражении ведущих государств мира норма *jus cogens* не сформируется. Возражение же развивающихся государств против нормы *jus cogens* обычного характера не будет иметь никакого

¹⁶⁵ Fifth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/747, Draft conclusion 14 (3) // URL: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/747> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁶⁶ Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. кандидата юрид. наук. Казань., 2006. С. 22.

правового эффекта (который имел бы место в случае диспозитивного международного обычая). Данная мысль подтверждается, в первую очередь, статьей 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., запрещающей отклонение от норм *jus cogens*. Поведение настойчиво возражающего развивающегося государства, несомненно, будет представлять собой такое отклонение и не приведет к юридическому последствию в виде исключения такого государства из-под действия нормы *jus cogens*, даже при соблюдении требования своевременности (то есть, на этапе формирования международного обычая ставшего после окончания его становления нормой *jus cogens*).

Попытку настойчивого возражения против нормы *jus cogens* обычного характера предпринимали ЮАР и Родезия. К примеру, в делах о Юго-Западной Африке 1966 г. ЮАР дала понять, что она является настойчиво возражающим государством в отношении международного обычая, запрещающего апартеид, и даже в том случае, если такой международный обычай обязателен в отношении других государств, то он неприменим в отношении ЮАР¹⁶⁷. Какой-либо поддержки такая позиция у международного сообщества не снискала, что вылилось в принятие целой конвенции¹⁶⁸.

Еще один пример может быть обнаружен в практике МКПЧ, хотя данный пример и не учитывает невозможность появления нормы *jus cogens* при возражении ведущих государств (в данном случае США). Так, Правительство США, в ответ на заявление, поданное в МКПЧ, заявила, что даже если казнь шестнадцатилетних и семнадцатилетних преступников была

¹⁶⁷ I.C.J. Pleadings, South West Africa, Vol. X, P. 9 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/47/047-19650315-ORA-03-00-BI.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

¹⁶⁸ Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973 г. // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/apartheid1973.shtml (дата обращения: 05.03.2023 г.).

запрещена международным обычаем, то США настойчиво возражали против применения такого принципа к США¹⁶⁹.

МКПЧ, при рассмотрении данного дела, признав существование концепции о настойчивом возращении¹⁷⁰, в последующем параграфе отметила, что императивные нормы связывают все международное сообщество, независимо от наличия протестов и т.д.¹⁷¹.

Исследовав необходимые факты, МКПЧ отметила, что появился международный обычай, который запрещает казнить преступников, не достигших возраста в восемнадцать лет на момент совершения ими преступления¹⁷². Более того, по мнению МКПЧ эта норма ныне относится к категории *jus cogens*. Далее, было отмечено, что как норма *jus cogens*, этот запрет связывает сообщество государств, включая США. От этой нормы нельзя на правомерно отступить, в том числе, путем настойчивого возращения¹⁷³.

Очевидно, что МКПЧ также твердо стоит на позиции о неприменимости настойчивого возращения к нормам *jus cogens* (хотя и, по всей видимости, ошибочно полагая возможность их появления при возращении США).

Таким образом, автор не разделяет точку зрения Л.Р. Шаммасовой и считает, что она опровержима.

Jus cogens — это глубокие воды, в которых настойчивое возращение развивающихся государств бессильно.

¹⁶⁹ Response of the Government of the United States to May 1, 2000 Petition Case No. 12.185 (Michael Domingues), P. 10, 2C. // URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/16525.pdf> (дата обращения: 08.03.2023 г.).

¹⁷⁰ Michael Domingues v. United States, Case 12.285, Merits, Report No. 62/02, 22 October 2002, para. 48 // URL: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm#_ftn40 (дата обращения: 08.03.2023 г.).

¹⁷¹ Ibid, para. 49.

¹⁷² Ibid, para. 84.

¹⁷³ Ibid, para. 85.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящей работе в достаточной мере проанализированы наиболее важные аспекты относительно «всеобщей практики», исследованы существующие альтернативные точки зрения исследователей международного публичного права на сущность, роль и место *opinio juris* в обычном нормообразовании и изложены наиболее весомые виды доказательств *opinio juris*, а также раскрыта сущность нормы о настойчиво возражающем государстве, основные требования, соблюдение которых необходимо для ее реализации и реальная сфера ее действия.

Несмотря на колоссальный рост числа международных соглашений в послевоенный период, нормы международного права публичного характера не теряют своей значимости и актуальности на современном этапе, представляя собой гибкий инструмент, призванный регулировать межвластные правоотношения. Государства нередко обосновывают свои требования, отстаивают свою позицию, ссылаясь на международные обычаи. Вместе с тем, данный источник международного публичного права вследствие его неписанного характера и аморфности всегда подлежит доказыванию, что представляет собой весьма непростую задачу. Вследствие этого, весьма важно руководствоваться единообразным подходом к сущности процесса формирования международного обычая.

В результате проведенного исследования необходимо подвести следующие итоги:

- Составными компонентами международного обычая являются общая практика плюс *opinio juris*.
- Субъектами общей практики являются государства. Теоретически можно ставить вопрос о прямом вкладе в обычное нормообразование практики межправительственных организаций в силу их международной правосубъектности. Международные организации

неправительственного характера, транснациональные корпорации и частные лица неспособны осуществлять прямой вклад ни в одну из стадий формирования международного обычая вследствие отсутствия международной правосубъектности.

- Практика государств способна принимать различные формы: это могут быть действия физического характера, вербальные акты, в некоторых случаях ею может быть и бездействие. Государственной практикой считается поведение исполнительных, законодательных и судебных органов государства, будь то центрального или местного уровня.
- Формировать международный обычай может только общая и единообразная практика государств. Правило поведения не обязательно должно носить всеобщий, универсальный характер для того, чтобы быть первым конститутивным элементом международного обычая; достаточно общности практики. Единообразие практики включает в себя внутреннюю и внешнюю последовательность государства. Длительность практики и ее непрерывность являются лишь относительными требованиями.
- К прямым свидетельствам *opinio juris* государств прежде всего необходимо относить: включение в национальное законодательство; официальные заявления лиц, уполномоченных выступать от имени государства; решения национальных судов высшей инстанции; дипломатическая переписка; правительственные юридические заключения; утвержденные парламентом военные уставы; официальные карты, признанные и опубликованные государством; в некоторых случаях — молчаливое согласие и т.д.
- Норма настойчиво возражающего государства исходит из согласительного характера международного права и является широко принятой, продолжая играть важную роль на современном этапе.

Коренными компонентами данной нормы являются элемент возражения, настойчивости, и своевременности. Возражение постфактум не освобождает от соблюдения обычая.

Список использованной литературы

Монографии и статьи

1. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн. Кн. 1. Пер. с англ. под ред. Г.И. Тункина. 1977. 528 с.
2. Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Значение международного обычая в современном международном праве // Московский журнал международного права. 2012. № 2. С. 5-29.
3. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко; ответственный редактор А.П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. 192 с.
4. Кремнев П.П. Источники и правопреемство общепризнанных принципов и норм международного права в российской правовой системе и изменения в Конституции РФ 2022 года // Конституционное и муниципальное право. 2022. № 9. С. 15-24.
5. Кремнев П. П. Общепризнанные принципы и нормы *jus cogens* и обязательства *erga omnes*: юридическая природа и иерархия в российской правовой системе // Вестник СПбГУ. Серия 14. Право. 2021. №3. С. 783-802.
6. Кремнев П.П. Общепризнанные принципы общего международного права в системе российского права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. №6. С. 19-33.
7. Кремнев П.П. Распад СССР и правопреемство государств: монография. М., 2012. 192 с.
8. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. - М.: Издательство БЕК, 1997. 371 с.

9. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук; изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2010. 415 с.
10. Лукашук И.И. Обычные нормы современного международного права // Московский журнал международного права. 1994. № 2. С. 22-40.
11. Ромашев Ю.С. Право международных обычаев. М., 2023. 176 с.
12. Тункин Г. И. Теория международного права / Под ред. Л. Н. Шестакова. М., 2016. 416 с.
13. Ушаков Н.А. Международное право: Учебник. – М: Юрист, 2000. 304 с.
14. Черниченко С.В. Контуры международного права. М., 2014. 592 с.
15. Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. кандидата юрид. наук. Казань., 2006.

Учебные курсы и учебники

1. Курс международного права. В 7 т. М., 1989. Т. 1. 360 с.
2. Курс международного права. В 7 т. М., 1992. Т. 5. 336 с.
3. Международное право: учебник / Под ред. Л.Н. Шестакова. М., 2005. 463 с.

Литература на иностранных языках

1. Anzilotti D. Cours de droit international. Paris, 1929. 534 p.
2. Baker R.B. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates // European Journal of International Law, Vol. 21. 2010. № 1. pp. 173-204 // URL: <http://www.ejil.org/pdfs/21/1/1988.pdf> (дата обращения: 03.03.2023 г.).

3. Cheng B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World // The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory. The Hague, 1983. pp. 513–554.
4. Colson D. How Persistent Must the Persistent Objector Be? // Washington Law Review, Volume 61. 1986. № 3. pp. 957-970 // URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3634&context=wlr> (дата обращения: 03.03.2023 г.).
5. Crawford J. Chance, Order, Change: The Course of International Law. Hague, 2014. 537 p.
6. D’Amato A. Customary International Law: A Reformulation // International Legal Theory, Volume 4. 1998. №1. pp. 1-6 // URL: https://law.ubalt.edu/downloads/law_downloads/ILT_04_1_1998.pdf (дата обращения: 23.02.2023 г.).
7. D’Amato A. Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd // Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 21. 1988. № 3. pp. 459-472 // URL: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2118&context=vjtl> (дата обращения: 23.02.2023 г.).
8. D’Amato A. Groundwork for International Law // American Journal of International Law, Vol. 108. 2014. № 4. pp. 650-679 // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2606351 (дата обращения: 01.03.2023 г.).
9. D’Amato A. The Concept of Custom in International Law. London, 1971. 286 p.
10. Danilenko G.M. Law-Making in the International Community. Dordrecht, 1993. 343 p.

11. First report on formation and evidence of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. UN Document A/CN.4/663 // URL: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_663.pdf&lang=EFSX (дата обращения: 14.01.2023 г.).
12. Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/747 // URL: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/747> (дата обращения: 05.03.2023 г.).
13. Fitzmaurice G. The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law // BYBIL. 1954. Vol. 30. pp. 1-70.
14. Friedmann W. The Changing Structure of International Law. New York, 1964. 410 p.
15. ILC Report, A/73/10, 2018, chap. V // URL: <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2018/english/chp5.pdf&lang=EFSRA> (дата обращения: 05.01.2023 г.).
16. Lauterpacht H. The Development of International Law by The International Court. New York, 1958. 408 p.
17. London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary, resolution 16/2000 entitled «Formation of general customary international law», adopted at the Sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000, pp. 712-777 // URL: [https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/IL A%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf](https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/IL%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf) (дата обращения: 05.01.2023 г.).

18. Mendelson, M. The formation of customary international law, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998, vol. 272, pp. 155-410.
19. Oppenheim's International Law / Jennings Sir R., Watts Sir A. eds. 9th ed. London., 1992. Vol. 1. 329 p.
20. Orakhelashvili A. Akehurst's modern introduction to international law, Ninth edition, New York, 2022. 643 p.
21. Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, The American Law Institute, 1987, § 102, Comment (d). // URL: <http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/IntlLawFall2008/CourseDocs/RestatementSources.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).
22. Roberts I. Satow's diplomatic practice. Oxford, 2016. 880p.
23. Second report on succession of States in respect of State responsibility by Pavel Šturma, Special Rapporteur. UN Document A/CN.4/719 // URL: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCN.4%2F719&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (дата обращения: 05.02.2023 г.).
24. Second report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/672 // URL: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_672.pdf&lang=EFSX (дата обращения: 05.01.2023 г.).
25. Shaw M. International Law. Padstow, 2021. 2913 p.
26. Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. UN Document: A/CN.4/714 // URL: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/714> (дата обращения: 05.01.2023 г.).
27. Thirlway H. The Sources of International Law, Second Edition. Oxford., 2019. 272 p.

28. Tomka P. Custom and the International Court of Justice // The Law and Practice of International Courts and Tribunals vol. 12. 2013. № 2. pp. 195-216.

29. Yearbook of the International Law Commission. 2014. Vol. 1. Summary records of the meetings of the sixty-sixth session 5 May–6 June and 7 July–8 August 2014. // URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2014_v1.pdf (дата обращения: 25.02.2023 г.).

Нормативные источники

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). // СПС «КонсультантПлюс».

2. Венская конвенция от 21.03.1986 «О праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями» // Международное публичное право. Сборник документов / Сост. К.А. Бекяшев, Д.К. Бекяшев. – М.: Проспект, 2009. С. 175–199.

3. Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 05.03.2023 г.).

4. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 г. // URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.).

5. Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него 1973 г. // URL:

https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/apartheid1973.shtml

(дата обращения: 05.03.2023 г.).

6. Меморандум о взаимопонимании относительно учреждения консульских представительств Российской Федерации и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии на территории каждого государства, 30 января 1992 г. // URL: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&link_id=0&nd=203003313&collection=1 (дата обращения: 05.02.2023 г.).

7. Статут Международного Суда ООН // URL: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml#chap2> (дата обращения: 22.02.2023 г.).

8. Токийская Декларация о российско-японских отношениях, 13 октября 1993 г. // URL: <https://docs.cntd.ru/document/1902887> (дата обращения: 07.02.2023 г.).

9. Указ Президента Российской Федерации от 08.02.1993 г. № 201 «О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом», п. 1 // URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/3039> (дата обращения: 05.02.2023 г.).

10. Шестой комитет, Краткий отчет о 20-м заседании, Пункт 78 повестки дня: Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят восьмой сессии. Документ ООН: A/C.6/71/SR.20 // URL: <https://undocs.org/ru/A/C.6/71/SR.20> (дата обращения: 07.01.2023 г.).

11. Constitución Política de Colombia 1991, Artículo 101, 102 // URL: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

12. Contiguous Zone of the United States - Proclamation by the President of the United States of America, 2 September 1999 // URL: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/USA_1999_Proclamation.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.).

13. Declaration of the First Meeting of Equatorial Countries, December 3, 1976 // URL: https://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_2/2-2-1-2_e.html (дата обращения: 05.03.2023 г.).

14. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia // URL: <https://web.archive.org/web/20070505225235/https://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php> (дата обращения: 09.02.2023 г.).

15. Explanation of Position on a Third Committee Resolution on the Right to Food, November 10, 2022 // URL: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-on-a-third-committee-resolution-on-the-right-to-food/> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

16. Explanation of Vote on a Third Committee Resolution on a Right to Food, November 15, 2018 // URL: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-third-committee-resolution-on-a-right-to-food/> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

17. Foreign Secretary statement, 16 August 2012 // URL: <https://www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange> (дата обращения: 15.02.2023 г.).

18. General Assembly, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Sub-Committee, Seventeenth session, summary record of the 297th Meeting, 5 April, 1978, UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.297 // URL: https://digitallibrary.un.org/record/1307234/files/A_AC-105_C-2_SR-297-EN.pdf (дата обращения: 05.03.2023 г.).

19. International Law Commission, Seventieth session, Identification of customary international law, Comments and observations received from Governments. UN Document: A/CN.4/716 // URL: <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/716> (дата обращения: 07.01.2023 г.).

20. Interpretative Statements for the Record by the Government of the United States of America, Report of the World Food Summit, 1996, Annex II // URL: <https://www.fao.org/3/w3548e/w3548e00.htm#Annexii> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

21. Proclamation 5928, December 27, 1988, Territorial Sea of the United States // URL: <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/proclamation-5928-territorial-sea-united-states> (дата обращения: 26.02.2023 г.).

22. Proclamation 5030 by the President of the United States of America on the Exclusive Economic Zone of the United States of America, 10 March 1983 // URL: https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/USA_1983_Proclamation.pdf (дата обращения: 26.02.2023 г.);

23. Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting, Agenda item 78: Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eighth session (continued). UN Document: A/C.6/71/SR.21 // URL: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FC.6%2F71%2FSR.21&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (дата обращения: 05.01.2023 г.).

24. Statement on United States Oceans Policy, March 10, 1983 // URL: <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/statement-united-states-oceans-policy> (дата обращения: 26.02.2023 г.).

25. Statute of the International Court of Justice. // URL: <https://www.icj-cij.org/statute> (дата обращения: 07.02.2023 г.).

26. Statut de la Cour Internationale de Justice // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/acts-and-documents-en.pdf> (дата обращения: 09.02.2023 г.).

27. Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 189th Plenary meeting, 8 December 1982 // UN Document: A/CONF.62/SR.189 // https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_17/a_conf62_sr189.pdf (дата обращения: 03.03.2023 г.).

28. Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, Status of the treaty // URL: https://treaties.unoda.org/t/outer_space (дата обращения: 05.03.2023 г.).

29. U.S. Explanation of Position UN General Assembly Third Committee Resolution on the Right to Food November 22, 2010 // URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/179237.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

30. Written statement the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 15 February 2018, ICJ Advisory opinion, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/169/169-20180215-WRI-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

31. Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (Official Journal of the European Union, C 303, 15 December 2009), para 7. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG1215\(01\)&qid=1677435745496&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG1215(01)&qid=1677435745496&from=EN) (дата обращения: 7.01.2023 г.).

32. Yearbook of the International Law Commission. 2014. Vol. 1. Summary records of the meetings of the sixty-sixth session 5 May–6 June and 7 July–8 August 2014. // URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2014_v1.pdf (дата обращения: 25.02.2023 г.).

33. 国 际 法 院 规 约 // URL: <https://www.un.org/zh/documents/statute/text.htm> (дата обращения: 12.02.2023 г.).

Решения международных органов

1. Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023 г.).

2. Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, Separate Opinion of Judge Wellington Koo // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.).

3. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023 г.).

4. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 05.01.2023 г.).

5. Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951 (Dissenting Opinion of Judge J.E. Read) // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-04-EN.pdf> (дата обращения: 23.01.2023 г.).

6. Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.02.2023 г.).

7. I.C.J. Pleadings, South West Africa, Vol. X // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/47/047-19650315-ORA-03-00-BI.pdf> (дата обращения: 05.03.2023 г.).

8. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 14.01.2023 г.).

9. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.03.2023 г.).

10. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, dissenting opinion of Vice-President Schwebel // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-09-EN.pdf> (дата обращения: 02.03.2023 г.).

11. Michael Domingues v. United States, Case 12.285, Merits, Report No. 62/02, 22 October 2002, // URL: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm#_ftn40 (дата обращения: 05.03.2023 г.).

12. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.02.2023 г.).

13. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969 // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 03.02.2023 г.).

14. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, Separate Opinion of Judge Ammoun // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 25.02.2023 г.).
15. Reports Of International Arbitral Awards, Volume X, 1903 // URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/357-476.pdf (дата обращения: 01.03.2023 г.).
16. Response of the Government of the United States to May 1, 2000 Petition Case No. 12.185 (Michael Domingues) // URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/16525.pdf> (дата обращения: 08.03.2023 г.).
17. Sosa v. Alvarez-Machain Et Al. 542 U.S. 692 (2004) // URL: [https://scholar.google.com/scholar_case?case=6103279683071618777&q=Sosa+v.+Alvarez-Machain&hl=en&as_sdt=2006#\[1\]](https://scholar.google.com/scholar_case?case=6103279683071618777&q=Sosa+v.+Alvarez-Machain&hl=en&as_sdt=2006#[1]) (дата обращения: 28.02.2023 г.).

Интернет-источники

1. Официальный сайт Комиссии международного права ООН // URL: <http://legal.un.org/ilc/>
2. Официальный сайт ООН // URL: <http://www.un.org/ru/index.html>
3. Справочная Правовая Система «КОНСУЛЬТАНТ ПЛЮС»
4. Официальный сайт Организации американских государств // <https://www.oas.org/en/iachr/>
5. Официальный сайт Президентской библиотеки Рональда Рейгана // <https://www.reaganlibrary.gov/>
6. Официальный сайт Международного Суда ООН // <https://www.icj-cij.org/>
7. Официальный журнал ЕС // <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>
8. Официальное интернет-представительство президента России // <http://www.kremlin.ru/>
9. Официальный сайт ФАО // <https://www.fao.org/home/en/>

10. Официальный сайт UNODA // <https://treaties.unoda.org/>
11. Интернет-архив Государственного Департамента США (2009-2017) // <https://2009-2017.state.gov/>
12. Официальный интернет-портал правовой информации // <http://pravo.gov.ru/>