

ОБЫЧНЫЕ НОРМЫ СОВРЕМЕННОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

И.И. Лукашук *

Существуют многочисленные доктринальные концепции обычных норм, что осложняет попытки создания принципиально новых теорий. Отметим из новейших концепций наиболее оригинальные.

В качестве примера можно указать на ту, что была выдвинута профессором политических наук Колумбийского университета З. Слоукой. Он полагает, что традиционный подход, определяющий эти нормы как общие или универсальные, не является реалистичным, не позволяет раскрыть динамическую природу их развития. В качестве "нового комплекса концептуальных средств", позволяющих выявить природу обычных норм, автор избрал теорию Йельской школы, рассматривающую международное право как процесс принятия властных решений. На этой основе и обычные нормы понимаются как процесс, при помощи которого "политическое усмотрение государств постепенно сближается, доходя до все более ограничивающих, неизбежных и, наконец, обязательных моделей"¹.

Какие моменты следует отметить в этой концепции? Создание и применение норм права действительно являются процессом принятия властных решений. Но то же самое можно сказать и о политике. В результате такой подход не содействует выяснению специфики права, в том числе и обычного. Показательно то, что и З. Слоука в конечном счете не обходится без понятия "обязательная модель", то есть правовой нормы, значение которой оспаривается теорией принятия властных решений.

Начнем рассмотрение понятия обычая с выяснения его сущности. При отсутствии надгосударственной власти в основе любой международно-правовой нормы лежит соглашение независимых субъектов, являющееся единственным способом создания норм. Только таким путем определяется содержание нормы и ей придается юридическая сила. Соглашение имеет две формы выражения: одна из них ясно выраженная, в большинстве случаев писаная; другая – неписаная форма обычая, которая в большинстве случаев создается молчаливым соглашением (*tacitum pactum*). Следовательно, обычная норма

* Доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН.

отличается от договорной не по существу, а по способу достижения соглашения и форме его выражения.

Весьма показательно, что эти положения достаточно четко были сформулированы еще Г. Гроцием, опиравшимся на богатый опыт римского права. Он писал о праве, которое определяет отношения между многими народами и одним из источников которого является молчаливое соглашение. Г. Гроций обосновывал существование этого права следующим образом: "...известные права могли возникнуть в силу взаимного соглашения как между всеми государствами, так и большинством их. И оказывается даже, что подобного рода права возникли в интересах не каждого сообщества людей в отдельности, а в интересах обширной совокупности всех таких сообществ. Это и есть то право, которое называется правом народов..."². Эти мысли, на наш взгляд, целиком сохраняют свое значение и сегодня.

Тем не менее приведенная концепция издавна подвергается критике, в том числе и авторитетными юристами. При этом они ссылаются на то, что обычные нормы являются самостоятельной формой права, отличной от норм, создаваемых соглашением³. Едва ли кто-либо станет отрицать, что обычай является особой формой права (*consuetudo est altera lex*). Но особая форма не противоречит общей сущности норм.

Отрицающие согласительный характер обычая считают, что при его создании имеет место не молчаливое соглашение, а нечто совершенно иное, а именно "ряд односторонних актов"⁴. Однако "ряд односторонних актов" представляет собой серию актов согласия отдельных государств признать определенное правило в качестве нормы международного обычая. Аналогичный процесс, только в ясно выраженной форме, происходит при присоединении государств путем односторонних актов к конвенции.

Приводится также соображение о том, что, став общей нормой международного права, обычай обязывает все государства, не возражающие против него⁵. Однако для того, чтобы стать нормой общего международного права, обычай должен получить согласие государств, в то время как для государства, не выразившего такого согласия либо возражающего против обычая, он не будет обязателен.

Значительное число авторитетных юристов, обладающих к тому же большим опытом практической работы, понимают обычай как форму соглашения. При этом Г.И. Тункин отметил немаловажное обстоятельство: "Концепция, согласно которой обычные нормы международного права, как и договорные нормы, создаются путем соглашения волею государств, соответствует основным принципам международного права"⁶.

Весьма показательна компромиссная точка зрения Дж. Фицмориса, который был юридическим советником британского ведомства иностранных дел, членом Комиссии международного права, членом Международного Суда. Он писал: "Когда общая норма обычного международного права формируется совпадающей практикой государств, то, хотя, может быть, и несколько нецелесообразно прибегать к понятию соглашения... но было бы правильно говорить, что согласие кроется во взаимной терпимости, которое вообще позволяет формироваться практике"⁷. Иначе говоря, без той или иной степени согласия обычные нормы вообще не могли бы сформироваться. Отметим, что свое мнение Дж. Фицморис сформулировал на основе анализа практики первых лет деятельности Международного Суда. Действительно, концепция согласия как основы международного обычного права использовалась Судом при принятии ряда решений⁸.

Концепция, в соответствии с которой как обычные, так и договорные нормы создаются в результате согласия государств, в определенной мере нашла свое отражение и в доктринальной кодификации международного права, подготовленной Американским институтом права⁹.

Концепция согласительной природы обычных норм обладает тем преимуществом, что она соответствует практике государств и природе международного права, дает ответы на основные вопросы теории и практики, касающиеся не только природы, но также создания и действия обычая. В этой связи О. Шехтер подчеркнул, что "теория, которая стала доминирующей в XIX веке и продолжает преобладать сегодня, дает четкие критерии создания и установления юридической силы предписаний. Этими критериями являются ясное проявление "воли" государств в процессах, в ходе которых формируются нормы, а именно в договоре и практике государств, принятой в качестве права"¹⁰.

Раскрывая причины этого, О. Шехтер пишет, что противоречащие названной теории идеи естественного права, основанные на принципах морали, все в большей степени воспринимались как несоответствующие политическому порядку суверенных государств. Эта же теория призвана "сделать международное право реалистическим и определенным. Она удовлетворяет тех, кто озабочен реальностями государственного могущества и значением суверенитета. Она также отвечает интеллектуальным требованиям аналитических теоретиков права, которые стремятся поставить юриспруденцию на научную основу"¹¹.

Подобное признание ценно еще и тем, что исходит от автора, не поддерживающего доминирующую теорию. Вместе с тем нельзя не возразить против одного из положений в приведенных рассужде-

ниях. О. Шехтер противопоставляет мораль теории позитивного права, что присуще многим сторонникам этой теории, особенно в прошлом. Однако сегодня едва ли может быть состоятельной какая бы то ни было разновидность теории позитивного права, которая игнорирует мораль или, тем более, противопоставляет ее праву. Трудно представить становление в общем международном праве аморальных обычаев. Они неизбежно вступили бы в противоречие с основными принципами международного права, отражающими главные моральные идеи и ценности международного сообщества.

Обратимся теперь к понятию обычая в позитивном праве. Наиболее авторитетным источником по данному вопросу является статья 38 Статута Международного Суда. В ней говорится о международном обычае как доказательстве "общей (в русском тексте "всеобщей". — И.Л.)¹² практики, признанной в качестве правовой нормы". На этот счет в Статуте предшествовавшей Суду Постоянной палаты международного правосудия содержалась следующая формула: "общая практика, принятая как право, является свидетельством обычной нормы".

Обе формулировки далеки от идеала, не устанавливают достаточно четких критериев для определения обычной нормы. И все же формула Статута Постоянной палаты представляется предпочтительной, поскольку рассматривает практику как свидетельство обычной нормы. Что же касается дефиниции Статута Международного Суда, то в ней международный обычай квалифицируется как доказательство практики, признанной в качестве правовой нормы. Получается, что одна норма является доказательством другой нормы.

Недостатки обеих формул не раз отмечались юристами¹³. Анализируя формулу Статута Международного Суда, они отмечали ее нелогичность, состоящую прежде всего в том, что перевернута логическая связь явлений, "поскольку именно общая практика, принятая как право, образует свидетельство обычной нормы"¹⁴.

Нелогичность формулировок носит концептуальный характер и служит одним из доказательств того, что весьма распространенное, особенно в англосаксонской доктрине, понимание обычая не только делает сложным его точное определение, но и затрудняет его функционирование. Соответствующие формулировки складывались под влиянием доктринальных взглядов большинства участников подготовки статуты. Они исходили из весьма распространенного понимания обычного права как фактической практики, выражающей правовое сознание¹⁵.

Эта концепция разделялась и большинством членов Международного Суда, и потому его практика не очень содействовала выяснению вопроса. Из решений Суда следует, что "практика должна быть такой

или осуществляться таким образом, чтобы служить доказательством убежденности, что эта практика стала обязательной благодаря существованию требующей этого нормы права"¹⁶.

Положительно то, что Суд вернулся к позиции, согласно которой практика является доказательством убежденности в юридической силе нормы. Что же касается того, что практика стала обязательной благодаря уже существующей норме, то здесь Суд некритически воспроизвел известное доктрине положение, которое уже было квалифицировано как не имеющий ответа парадокс¹⁷. Индийский профессор К. Венката Раман справедливо заметил, что "так называемая "ранее существовавшая норма права", порождающая юридическую обязательность обычной практики, сама является продуктом обычной практики"¹⁸. При этом подходе право никогда не могло бы возникнуть.

Неудивительно поэтому, что соответствующее положение решения Суда подверглось критике. Весьма показательно в этом плане особое мнение судьи М. Ляхса, который, в частности, отметил: "...утверждать, что все государства, даже те, что выступили инициаторами данной практики, верили, что действуют в соответствии с юридическим обязательством, значит прибегать к фикции и фактически отрицать возможность развития такого рода норм"¹⁹. Далее подчеркивалось, что лишь на более поздней стадии возникает международное согласие.

Представляется, что такая точка зрения более обоснованна, чем содержащаяся в решении Суда. Хочется верить, что со временем она будет воспринята и Судом. Об этом свидетельствует, в частности, тот факт, что в его последних решениях практика рассматривается как доказательство существования обычной нормы²⁰.

Приведенные факты показывают, сколь велика неопределенность концептуального подхода к обычаю даже у такого органа, как Суд, который призван применять ко всем субъектам обычные нормы, составляющие общее международное право.

Сказанное ранее приводит к выводу, что в современном международном праве существуют два вида обычных норм. Одни представляют собой сложившееся в практике неписаное правило, за которым субъекты признают юридическую силу. Другие также являются неписаными правилами, за которыми признается юридическая сила, но создаются они не в результате длительной практики, а путем признания нескольких или даже одного предшествующего акта.

Нормы второго вида первоначально формулируются либо в международных договорах, либо в неправовых актах, например принимаемых международными органами и организациями, а в дальнейшем получают признание в качестве нормы общего международного

права. В результате юридически они существуют в неписаной форме, а соответствующие международные акты, включая правовые, служат доказательствами их содержания.

Общее таких норм с традиционными обычными нормами заключается в неписаной форме и в *opinio juris*. Отличие – в том, что они не закрепляют уже сложившуюся практику, а призваны ее формировать. В них еще выше удельный вес должного, чем сущего, по сравнению с нормами первого вида. Именно в этом основная причина широкого распространения норм второго вида в международных отношениях, которые нуждаются во все более активном правовом регулировании. Следовательно, различия между двумя видами обычных норм касаются в основном процесса их создания; другие же юридические признаки совпадают, и это дает основание говорить о двух разновидностях обычных норм.

Близкая точка зрения высказывалась в доктрине²¹. Но у нее есть и немало противников²². Нельзя согласиться с мнением юристов, противопоставляющих традиционные обычные нормы их новому виду²³. Суть дела не в вытеснении одних норм другими, а в их взаимодействии. Речь идет о своеобразном разделении труда: традиционные обычные нормы призваны обеспечивать стабильность, а их новый вид – динамизм международно-правового регулирования.

В отечественной литературе обычай в большинстве случаев понимается как сложившееся в практике правило, за которым субъекты международного права признают юридически обязательную силу²⁴. Практически все авторы исходят из того, что обычная норма выражает соглашение субъектов.

Таким образом, можно считать, что в нашей литературе доминирует традиционное понимание обычая; что же касается второго вида обычных норм, так называемого "моментального права", то отношение к нему сдержанное. Г.И. Тункин отмечал, что обычная норма может образоваться быстро, но вместе с тем исходит из необходимости существования предварительно сложившегося в практике государств правила поведения²⁵.

Г.М. Даниленко, критикуя концепцию Бин Ченга, подчеркивает, что без практики обычное право не может возникнуть. В соответствии с этим пониманием практики он делает вывод, что "обычай не может служить инструментом опережающего правового регулирования"²⁶. Такой подход означает либо игнорирование новых моментов в формировании обычая и роли создаваемых таким путем норм, либо отнесение их к иным нормам. При всех условиях их соотношение с традиционными нормами было бы желательно определить.

Сказанное позволяет заметить, что практически во всех концепциях международно-правового обычая центральное положение за-

нимают два элемента: практика и признание за сложившимся на практике правилом юридической силы (*opinio juris*). Существование этих элементов и их соотношение определяют суть концепций обычая и их правовые последствия.

Известны также концепции, отвергающие саму идею необходимости двух элементов: последователи одних считают необходимым лишь *opinio juris*, других – лишь практику. Наконец, есть и такие, которые отрицают необходимость и того, и другого. Последнее типично для естественной школы права, согласно которой обычное право определяется законами природы, а не волей государств. Отметим, что в 70-х годах появилась целая плеяда молодых юристов-международников, отстаивающих естественно-правовую концепцию объективной природы обычного международного права.

Существуют и концепции, базирующиеся на более или менее полном преимуществе одного из элементов. Иллюстрацией может служить позиция П. Хаггенмахера, который признает, что доктрина двух элементов обычая дает практике достаточно четкие критерии, позволяющие выявить содержание обычной нормы. Несмотря на это, он делает вывод, что доктрина двух элементов не находит подтверждения в международной практике. "Практика образует... комплексный элемент, единый по своей природе, имеющий "материальный" и "психологический" аспекты"²⁷.

Такое множество точек зрения на роль каждого из элементов обычая и противоречивость существующих концепций побуждают хотя бы кратко остановиться на понятии каждого элемента.

Начнем с практики. Юристы отмечают, что термин "практика" является "одним из наиболее фундаментальных и в то же время наиболее общих и неопределенных терминов, используемых в связи с международным обычаем"²⁸. В доктрине существуют два основных понятия практики как элемента обычая. Согласно первому она представляет собой действия или воздержание от действий государств, их органов²⁹. Именно такая практика имеется в виду в дипломатических актах, содержащих ссылки на принятую или установившуюся практику. Путем признания такой практики в качестве юридически обязательной создается обычная норма. Согласно второму практика понимается как сложившееся в поведении государств правило при наличии убежденности государств, что такое поведение соответствует международному праву, является юридически обязательным³⁰. Последнее широко распространено не только в доктрине, но и в практике, включая практику Международного Суда.

По нашему мнению, оба понятия недостаточно точны. В первом случае необходимо помнить, что поведение субъектов может послужить основой нормы лишь в том случае, если оно представляет собой

не просто действия или воздержание от них, а определенное правило. Когда речь идет о сложившемся в практике правиле, то это уже не просто поведение, а его обобщение, модель, определенная абстракция, которая не тождественна фактическому поведению. Такая модель обретает относительную самостоятельность, она не следует автоматически за поведением государств и еще до придания ей юридической силы регулирует международные отношения в качестве обычкновения. Само поведение выступает как фактор формирования практики-нормы, а затем как доказательство ее существования и содержания.

Что же касается второго понятия практики, то оно порождено главным образом юриспруденцией стран обычного права, в которых под практикой понимаются не только повторяющиеся действия, но также обычай и обычкновение. На самом же деле для создания обычая нет необходимости в том, чтобы процесс формирования в практике определенного правила протекал при наличии убежденности в том, что создается правовая норма. Широко признано, что норма может первоначально сложиться как обычкновение и лишь впоследствии будет признана в качестве правовой.

Сказанным ранее определяется одно из важных требований к практике. Она должна быть достаточно определенной, единообразной, чтобы из нее можно было вывести общее правило. Обычай должен быть определенным (*consuetudo debet esse certa*). Международный Суд указал на оспоримость обычая в случае "большой неопределенности и противоречий"³¹. В этом одна из причин того, что при установлении обычая и определении его содержания все большее значение приобретают те формы практики, в которых позиция государств выражена достаточно четко (заявления, ноты, коммюнике, резолюции международных органов и организаций).

Вместе с тем нельзя требовать от обычного права абсолютной определенности, поскольку это существенно затруднило бы формирование и развитие обычных норм. Весьма важное для права требование определенности в наше время подвергается серьезному испытанию растущей активностью государств, динамизмом международной жизни. Непрерывно появляются правила, которые, не обладая необходимой определенностью, тем не менее регулируют международные отношения. Представляется, что не следует признавать все такие нормы юридически обязательными. Более предпочтительно, чтобы формирующиеся в практике нормы такого рода продолжали регулировать международные отношения в качестве неправовых. Лишь после того, как они докажут свою рациональность и выявится целесообразность придания им юридической силы, они могут стать нормами правового обычая.

Касаясь действий, необходимых для создания обычной нормы, Международный Суд отметил, что они должны "возвышаться до уровня установившейся практики"³². Вместе с тем и в этом случае требование устойчивости, стабильности не является абсолютным, не означает, что поведение государств должно полностью совпадать с формирующейся нормой. В решении по делу "Никарагуа против США" говорится: "Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно совпадать с нормой. Суду представляется достаточным, чтобы поведение государств в общем следовало этим нормам..."³³.

Формы практики многообразны, имеют существенное юридическое значение и служат доказательствами, свидетельствами обычного права. Их можно разделить на два основных вида: к первому отнести поведение государств как таковое, не находящее отражения в каких бы то ни было актах (пассивная практика); ко второму — документы, более или менее четко отражающие позиции государств.

В оценке значения двух форм практики существуют различные мнения. Согласно одной из точек зрения, лишь реальное поведение, "физические действия" учитываются при формировании обычая. Иные способы поведения могут формировать правовые нормы, но не служат материальным элементом обычая³⁴.

Многие юристы придерживаются противоположной точки зрения, обоснованно полагая, что фактическое поведение государств является лишь вспомогательным средством для установления обычных норм. Прямое заявление государства о том, что оно считает нормой, — лучшее свидетельство его позиции³⁵.

Сложность состоит в том, что многие официальные акты правительств преследуют в основном пропагандистские цели и не отражают реальных позиций. Поэтому для формирования обычая имеет важное значение сочетание обеих форм практики, когда официальные акты подтверждаются, а не опровергаются фактическим поведением.

Представляется, что эта двойственность нашла отражение в новейшей практике Международного Суда. С одной стороны, Суд по-прежнему считает аксиомой то, что "материалы обычного международного права следует искать прежде всего в реальной практике"³⁶. С другой стороны, однако, это заявление не было подтверждено должными усилиями Суда по идентификации соответствующей реальной практики. В значительной степени Суд анализировал не фактическое поведение государств, а их позиции, изложенные в официальных документах, включая резолюции, декларации международных организаций. Так, в решении по делу "Никарагуа против США" Суд исключительно широко использовал для установления содержания обычных норм такие акты, как Декларация о принципах

международного права 1970 года и Определение агрессии 1974 года. Несомненно, это решение способствовало упрочению роли резолюций Генеральной Ассамблеи в процессе создания обычных норм. Одновременно оно содействовало снижению значения реального поведения. Думается, что эта тенденция закономерна.

Из приведенных фактов видно, сколь велика и сложна проблема форм практики государств, в которой формируются и действуют обычные нормы. Не случайно статья 24 Статута Комиссии международного права содержит задачу рассмотреть "пути и средства к тому, чтобы сделать более легко доступными доказательства международного обычного права". Сам Статут отнес к числу таких доказательств практику государств, а также решения национальных и международных судов по вопросам международного права (ст. 24).

Обсудив этот вопрос уже в 1950 году, Комиссия представила Генеральной Ассамблее соответствующий доклад. В нем Комиссия отметила, что это не исключает существования и иных источников³⁷. Она предложила следующий перечень доказательств, в которых отражается практика государств: а) тексты договоров; б) решения международных судов; в) решения национальных судов; г) национальное законодательство; д) дипломатическая корреспонденция; е) мнение национальных юридических советников; ж) практика международных организаций.

Представляется, что обоснованно были поставлены на первое место договоры. Содержание многосторонних и двусторонних договоров представляет наиболее четкое и авторитетное доказательство именно юридической практики. Комиссия отметила, что даже не вступившие в силу многосторонние конвенции могут представлять ценность как доказательства обычного права. Как известно, с интенсификацией кодификации они стали играть в этом плане весьма важную роль и не раз использовались в таком качестве Международным Судом.

Важная роль в становлении и толковании обычных норм принадлежит международным судебным органам, особенно Международному Суду. Не случайно во всех работах, посвященных обычаю (и настоящая не является исключением), практика Суда используется довольно активно. Это объясняется высоким авторитетом этого органа, квалификацией его членов и представительным характером состава. Представляется, что осуществление этой функции Суда будет иметь все большее значение.

Некоторые авторы упоминают о том, что Комиссия международного права и другие органы, проводящие кодификацию, рассматривают национальное право, постановления и судебные решения как "главное доказательство практики государства"³⁸. Национальное

законодательство действительно является авторитетным выражением позиции государства. В качестве примера можно указать на конституционное закрепление основных принципов международного права в Российской Федерации. Проблема, однако, состоит в том, что понятие национального законодательства является весьма широким, и на этот счет существуют различные мнения. Комиссия международного права довольно широко очертила круг соответствующих актов, включив в него конституции, акты законодательных органов, а также постановления и даже заявления исполнительных и административных органов. Было оговорено, что "не исключается ни одна из форм нормативного предписания, изданного государственной властью".

Нет сомнений в правильности последнего положения. Вместе с тем с юридической точки зрения едва ли целесообразно включать заявления государственных органов в понятие национального законодательства. Они образуют особую категорию.

Очевиден рост роли национальных судов в реализации норм международного права. Некоторые авторы рассматривают их как органы международного правопорядка³⁹, связывая с этим их возможности в толковании международных норм. Следовательно, решения национальных судов станут приобретать все большее значение в доказательстве обычных норм. Национальные суды не только толкуют международные нормы, но и применяют их к конкретным случаям, что придает им особый характер. Касаясь этого вопроса, Американский институт права выразил мнение, что "решения судов других стран также имеют значение для определения и толкования международного права"⁴⁰.

Вместе с тем на пути этой тенденции имеются серьезные препятствия. Национально-правовые системы до сих пор не урегулировали вопрос о применении судами норм международного права. Судьи в большинстве своем не имеют достаточной подготовки в области международного права. Наконец, установление содержания обычных норм, сбор и анализ соответствующих материалов требуют большого квалифицированного труда. Поэтому судьи при решении соответствующих дел опираются на мнение ведомства иностранных дел и заключения экспертов.

Учитывая эти моменты, Комиссия международного права не без оснований отметила относительную ценность решений национальных судов по сравнению с другими видами доказательств обычного международного права.

Такие акты, как выступления, интервью и аналогичные документы, исходящие от высших должностных лиц государства, Комиссия обошла молчанием. Между тем публичная дипломатия сделала

такого рода акты весьма многочисленными. Достаточно распространено мнение, согласно которому эти акты не могут быть отнесены к международно-правовой практике, поскольку они носят политический и даже пропагандистский характер, а их авторы далеко не всегда обладают необходимыми познаниями в области права. Все эти обстоятельства, разумеется, следует принимать во внимание, однако эти акты, на наш взгляд, выражают официальную позицию государства, и с ними нельзя не считаться.

Весьма знаменательно, что Комиссия в 1950 году практически полностью исключила из доказательств обычного права резолюции международных органов и организаций, упомянув лишь о том, что обобщенная практика организаций может рассматриваться как доказательство обычного международного права в отношениях государств с международными организациями. С тех пор коренным образом изменилась роль резолюций международных органов и организаций не только в регулировании международных отношений, но и в формировании обычных норм. Сегодня, как уже отмечалось, даже в практике Международного Суда они выступают в качестве одного из главных доказательств обычного права.

В прошлом доминировали доказательства одно- и двусторонние. Сегодня, когда процесс создания обычных норм все в большей мере становится коллективным, на первый план выдвигаются доказательства многосторонние, в первую очередь конвенции, а также резолюции международных организаций и совещаний. Общеизвестно значение, которое принадлежит хельсинкскому Заключительному акту как доказательству содержания основных принципов международного права.

Таким образом, приходим к выводу, что многообразие и усложнение международных отношений, рост активности взаимодействия государств, а также потребности в его регулировании обусловили соответствующие перемены в формах практики. Профессор Римского университета Ф. Браво справедливо заметил в этой связи: "Ученые в области международного права должны расширить анализ практики государств, с тем чтобы создать определения и правила, которые бы отражали быстро меняющиеся формы практики"⁴¹.

Коснемся теперь вопроса о субъектах практики. Ответ на него, казалось бы, должен быть однозначен: ими могут быть только субъекты международного права. Однако в доктрине нередко встречается мнение, согласно которому деятельность частных лиц и корпораций, терпимая государствами, также относится к практике, участвует в процессе создания обычных норм⁴². Полагаем все же, что юридическое значение имеют только позиция, практика самих государств в отношении такой деятельности.

В наше время существенно выросла роль практики международных организаций в формировании обычных норм. С этой точки зрения ее можно разделить на два вида. К первому виду отнесем практику организаций как субъектов международного права, которая играет существенную роль в праве международных организаций. Ко второму виду относится практика организаций как коллективных органов государств. В таких случаях организации в принимаемых ими резолюциях выражают мнение государств-членов или даже международного сообщества государств в целом. Это относится и к актам международных совещаний, значение которых в формировании обычных норм также растет. Однако сами по себе такие акты не создают обычных норм.

Поскольку обычай формируется в практике государств, то естественно возникает вопрос продолжительности практики, необходимой для появления нормы. Представляется, что длительность практики никогда не имела решающего юридического значения⁴³, хотя и придавала обычаю дополнительный авторитет. При резких переменах и возникновении новых проблем, требующих неотлагательного решения, обычная норма может складываться без предшествующей практики. Не случайно идея "моментального" обычного права находит все более широкое признание в доктрине⁴⁴. Когда речь идет об обычаях, то должна приниматься во внимание не длительность времени, а разумность их существования (*in consuetudinibus, non diuturnitas temporis sed soliditas retentionis est consideranda*).

Рассмотрим этот вопрос более подробно.

Так, в ходе дискуссии в Комиссии международного права, посвященной обычным нормам, Дж. Брайерли говорил, что для создания обычая необходимо *opinio juris*. В качестве примера Дж. Брайерли указал на принцип суверенитета над воздушным пространством, который возник с началом войны 1914 года, а до этого существовал лишь теоретически. Эту идею поддержал Ф. Эль-Хури, который в подтверждение привел факт создания нюрнбергских принципов. То обстоятельство, что при определении обычных норм права вооруженных конфликтов Нюрнбергский трибунал придавал решающее значение не практике, а *opinio juris*⁴⁵, не раз отмечалось юристами и в дальнейшем. Однако Комиссия в целом пришла к выводу, что становление *opinio juris* занимает длительное время, хотя существуют и исключения из этого правила.

Обратимся теперь к позиции Международного Суда. Наиболее четко она была изложена в решении по делу о континентальном шельфе Северного моря 1969 года⁴⁶. Суд отметил, что "короткий период времени не является обязательно или сам по себе препятствием для образования новой нормы международного обычного

права". Следовательно, допускается возможность создания нормы в течение короткого периода времени, однако это положение в значительной мере обесценилось требованием того, чтобы практика была обширной. Впоследствии Суд неоднократно ссыался на резолюции Генеральной Ассамблеи ООН как на доказательство существования обычных норм и тем самым приблизился к позиции признания возможности создания обычая без предшествующей практики⁴⁷.

Таким образом, как в доктрине, так и в практике международных органов проявляется тенденция к признанию возможности возникновения обычая без предшествующей "обширной" практики, вызванная необходимостью обеспечить соответствие обычных норм развитию международной жизни. В силу этого возрастает удельный вес неписаных норм нового вида, которые появляются не в практике, а в результате признания государствами юридической силы за правилами, сформулированными в тех или иных международных актах. В результате определяющая роль в создании обычных норм явно переходит к *opinio juris*.

В доктрине существуют три концепции *opinio juris*. В зависимости от той роли, которая отводится *opinio juris*, их можно расположить в следующем порядке. Первое место занимает весьма распространенная концепция, согласно которой *opinio juris* рассматривается как убеждение государства в том, что оно следует определенной практике в силу действия права и в случае отклонения от нее к нему могут быть применены определенные санкции⁴⁸. Основной ее недостаток заключается, на наш взгляд, в том, что эта концепция лишает *opinio juris* юридического значения, создает иллюзию того, что обычное право складывается в практике без всякого *opinio juris*. С некоторыми нюансами это мнение изложено в Энциклопедическом словаре международного права Пэрри и Гранта, где *opinio juris* означает, что соответствующая практика "предписывается или совместима с преобладающим правом"⁴⁹. Это положение заслуживает внимания в том смысле, что *opinio juris* и обычные нормы формируются не в нормативном вакууме, а в системе позитивного международного права. Поэтому, создавая новую норму, субъекты должны учитывать требования этого права, а новая норма должна быть совместима с ним.

Вторая традиционная концепция исходит из понимания *opinio juris* как элемента обычая, представляющего собой признание государством юридической силы за сложившимся в практике правилом⁵⁰. Следовательно, речь идет как бы о паритете двух элементов, при этом наличие сложившегося в практике правила является необходимым предварительным условием образования обычно-правовой нормы.

Согласно третьей, новейшей концепции, для создания обычной нормы нет необходимости в предшествующей практике. Единственным элементом такой нормы может быть *opinio juris*. Бин Ченг пишет: "Роль обыкновения в образовании норм международного обычного права является чисто доказательной. ...Следовательно, международное обычное право имеет фактически лишь один конституирующий элемент — *opinio juris*"⁵¹.

Таким образом, представляется правильным определить *opinio juris* как признание субъектами международного права характера юридической нормы за правилом, сложившимся в практике или сформулированным иным образом. Такое признание может быть дано в ясно выраженной форме заявления или другого официального акта, однако более распространенной является форма молчаливого или подразумеваемого признания. При формировании норм общего международного права основную роль играет отсутствие протеста.

Существует также *opinio juris*, которое может быть названо негативным. Высказывалось мнение, будто существует и негативное обычное право⁵². Нам же представляется, что в данном случае более правильно говорить об *opinio juris*, поскольку речь идет не о норме, а о признании нежелательным возникновения соответствующей нормы или о признании ее отсутствия. Дело здесь не в теоретических тонкостях, а в разных правовых последствиях. Если бы речь шла о негативном праве, то оно не только отрицало бы существование нормы, но и запрещало бы соответствующие действия. В отличие от этого, отрицательное *opinio juris* не делает неправомерными ни соответствующие действия, ни сложившееся в практике правило, ограничиваясь тем, что не признает за ним правовой характер. Эту позицию занимает и известный специалист в области обычного права Р. Бернхардт, который пишет, что если "сообщество государств недвусмысленно и без каких-либо возражений считает определенные действия, которые ранее не встречались, неправомерными, то *opinio juris* может быть достаточно даже при полном отсутствии практики"⁵³. Заметим, что это высказывание еще раз подтверждает самостоятельное юридическое значение *opinio juris*.

Завершая рассмотрение *opinio juris*, определим мнение Международного Суда на этот счет при том понимании, что Суд обязан руководствоваться соответствующим положением своего Статута. Значение этого момента подчеркивается в его решениях: "Будучи обязан статьей 38 своего Статута применять помимо прочего международный обычай "как доказательство общей практики, принятой как право", Суд не может не учитывать существенную роль, принадлежащую практике"⁵⁴. На этом основании Суд не признал *opinio juris*, не подтвержденное практикой, ни доказательством создания нормы, ни

достаточным для определения ее содержания. "Один лишь факт заявления государств о признании ими определенных норм недостаточен для того, чтобы Суд считал их частью обычного права, а также применимыми в качестве таковых к этим государствам"⁵⁵. И далее: "В области международного обычного права наличие общей точки зрения сторон относительно содержания того, что они считают нормой, недостаточно. Суд должен быть удовлетворен в том случае, когда существование нормы в *opinio juris* государств подтверждено практикой"⁵⁶.

В последних решениях Суда обнаруживается и иной подход к соотношению практики и *opinio juris*. В решении по делу "Никарагуа против США" Суд отметил, что *opinio juris* может быть, хотя и со всеми предосторожностями, выведено из отношения государств к определенным резолюциям Генеральной Ассамблеи ООН. Согласие с такими резолюциями следует понимать "как признание силы за нормой или комплексом норм, провозглашенных самой резолюцией"⁵⁷.

В приведенных положениях содержатся признание существования второго вида обычных норм и определение механизма их создания. Нет необходимости в предшествующей обширной практике: норма создается в результате признания государствами юридической силы за правилом, содержащимся в резолюции. Под согласием с резолюциями, о котором идет речь в решении Суда, на наш взгляд, следует понимать не факт голосования за нее, а последующее признание за ее положениями юридической силы (как правило, в молчаливой форме).

Таким образом, произошли существенные изменения в соотношении двух элементов обычая. Предшествующая обширная практика перестала быть необходимой для создания обычных норм, решающее значение приобрело *opinio juris*. Оно способно создавать нормы международного обычного права даже при отсутствии предшествующей практики, а в некоторых случаях и при отклоняющейся практике (примером такого случая могут служить нормы гуманитарного права). Все это, однако, ни в коей мере не означает принижения значения традиционных обычных норм, складывающихся в практике государств, которые по-прежнему будут занимать весьма важное место в системе общего международного права.

¹ Slouka Zd. International Custom and the Continental Shelf: A Study in the Dynamics of Customary Rules of International Law. — The Hague, 1968. — P. 4.

² Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1956. — С. 44, 48.

³ Известный английский юрист Х. Уолдок писал, что "по мнению большинства юристов-международников, обычное право является не формой молчали-

вого соглашения, а самостоятельной формой права" (Waldock H. General Course on Public International Law//Recueil des cours (Rdc). — 1962. — II. — Vol. 106. — P.49).

В своем обстоятельном исследовании обычая бельгийский юрист П. Хаггенмахер приходит к выводу, что, в отличие от договорных норм, обычай не является результатом согласования суверенных волей государств (см. **Haggenmacher P. Doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale//Revue générale de droit international public.** — P., 1986. — Т. 90. — № 1).

⁴ См. **Kunz J. The Nature of Customary International Law//Americal Journal of International Law (AJIL).** — 1953. — Vol. 47. — No 4. — P. 666; **Ghl T. The Legal Character and Sources of International Law.** — Stockholm, 1957. — P. 77.

⁵ См. **Waldock H. Op. cit.** — P. 50.

⁶ **Курс международного права** (в семи томах). — М., 1989. — Т. 1. — С. 197.

⁷ **Fitzmaurice G. The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–1954//British Yearbook of International Law (BYIL).** 1955. — Vol. 30. — P. 68.

⁸ См. **Asylum, Judgment//International Court of Justice (ICJ) Reports.** 1950. — P. 266; **Fisheries, Judgment//ICJ Reports.** 1951. — P. 116; **Right of Passage over Indian Territory. Merits Judgment//ICJ Reports.** 1960. — P. 4.

⁹ "Нормой международного права является та, которая принята в качестве таковой международным сообществом государств: а) в форме обычного права; б) международным соглашением" (**Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States (Revised).** — Philad., 1986. — Vol. 1. — Para 102).

¹⁰ **Schachter O. International Law in Theory and Practice//RdC.** — 1982-V. — Т. 178. — P. 60–61.

¹¹ **Ibidem.**

¹² То, что имеется в виду именно общая, а не всеобщая практика, Суд уже отметил в одном из своих ранних решений, дав понять, что речь идет не об универсальном принятии, а об "в общем принятой практике государств" (**Fisheries, Judgment/ICJ Reports.** 1951. — P. 128).

¹³ Об этом речь шла еще в подготовительном комитете, разработавшем проект Статута Постоянной палаты международного правосудия (см. **Guenther H. Zur Entstehung von Völkergewonheitsrecht.** — В., 1970. — S. 64 ff.). Обстоятельно рассмотрев материалы, относящиеся к происхождению соответствующей формулы статьи 38 Статута Международного Суда, Н. Хаггенмахер пришел к выводу, что она вообще не является определением обычая (см. **Haggenmacher P. Op. cit.** — P. 30).

¹⁴ **Villiger M. Customary International Law and Treaties.** — Dordrecht, 1985. — P. 3.

¹⁵ См. **Лист Ф. Международное право в систематическом изложении.** — Юрьев, 1917. — С. 13.

¹⁶ **North Sea Continental Shelf, Judgment//ICJ Reports.** 1969. — P. 44.

¹⁷ См. **Thirlway H. International Customary Law and Codification.** — Leiden, 1972. — P. 47.

¹⁸ **Venkata Raman K. Toward a General Theory of International Customary Law//Toward World Order and Human Dignity.** — N.Y., 1976. — P. 367.

¹⁹ **ICJ Reports.** — P. 232.

²⁰ См. **Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua/ICJ Reports.** 1986. — Para 186.

²¹ Дж. Аранджо-Руис говорит о так называемом "обычном праве", которое он предпочитает называть "неписаным или общим правом" (см. **Arango-Ruiz G.**

Voluntarism v. Majority Rule//Change and Stability in International Law-Making. — B., 1988. — P. 102).

²² См. **Koers A.** The Third United Nations Conference on the Law of the Sea//International Law and its Sources. — Deventer, 1989. — P. 45.

²³ Судья А. Альварес еще в 1951 году выразил мнение, что "обычай имеет тенденцию к исчезновению в результате быстрых перемен в современной международной жизни, а также потому, что твердо установленный новый казус может быть достаточным, чтобы сделать устаревшим давний обычай" (*Fisheris, Judgment/ICJ Reports*. 1951. — P. 148—149).

²⁴ См. **Международное право**. — М., 1974. — С. 57. См. также: **Лукин П.И.** Источники международного права. — М., 1960. — С. 70 и сл.; **Международное право**. — М., 1978. — С. 57; **Курс международного права** (в семи томах). — Т. 1. — С. 190, 196.

²⁵ См. **Курс международного права**. — Т. 1. — С. 193, 196.

²⁶ **Даниленко Г.М.** Обычай в современном международном праве. — М., 1988. — С. 37 и 106.

²⁷ **Haggenmacher P.** Op. cit. — P. 11, 113, 114.

²⁸ **Wolfke K.** Custom in Present International Law. — Wroclaw, 1964. — P. 14.

²⁹ См. **Курс международного права**. — Т. 1. — С. 192—193; **Wolfke K.** Op. cit. — P. 14.

³⁰ См. **Oppenheim L.** International Law. — Vol. I. — L., 1967. — P. 26.

³¹ **Asylum, Judgment/ICJ Reports**. 1950. — P. 227. Значение определенности и единообразия практики не раз подчеркивалось и в других решениях Международного Суда и в особых мнениях его членов. См. **Haya de la Torre, Judgment/ICJ Reports**. 1951. — P. 116, 131; **North Sea Continental Shelf, Judgment/ICJ Reports**. 1969. — P. 42; **Fisheris Jurisdiction, Judgment/ICJ Reports**. 1974. — P. 90.

³² **North Sea Continental Shelf, Judgment/ICJ Reports**. 1969. — P. 44.

³³ **Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua/ICJ Reports**. 1986. — Para 186.

³⁴ См. **D'Amato A.** The Concept of Custom in International Law. — Ithaca, 1971. — P. 88.

³⁵ См. **Baxter R.** Multilateral Treaties as Evidens of Customary International Law. — P. 300; **Akehurst M.** Custom as a Source of International Law//BYIL. 1974—1975. — Oxford, 1977. — P. 38.

³⁶ **Continental Shelf, Judgment/ICJ Reports**. 1985. — P. 13.

³⁷ См. **Yearbook of International Law Commission**. 1950. — N.Y., 1957. — Vol. II. — P. 367.

³⁸ См. **Akehurst M.** Op. cit. — P. 9.

³⁹ См. **Kratochwil F.** The Role of Domestic Courts as Agencies of the International Legal Order//International Law: A Contemporary Perspective. — L., 1985.

⁴⁰ **Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States** (Revised). — Vol. 1. — Para 132 "b".

⁴¹ **Bravo F.** Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats//RdC. — 1985. — Vol. 1. — Dorderecht, 1986. — P. 267.

⁴² См. **Dictionnaire de la terminologie du droit international**. — P., 1960. — P. 465; **Wolfke K.** Op. cit. — P. 14; **Bernhardt R.** Ungeschriebenes Völkerrecht//Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (далее **ZaöRV**). — 1976. — Bd. 36. — Nr.1. — S. 76.

⁴³ См. **Тункин Г.И.** Вопросы теории международного права. — М., 1962. —

С. 85; **Sorensen M.** Les sources du droit international. — Copenhague, 1946. — P. 101.

⁴⁴ Немецкий юрист Г. Штребел пишет: "Общее международное право может также возникать как спонтанная реакция государств на новые, исключительно опасные проблемы, порожденные государствами или индивидами. Таким образом, в результате только коллективного волеизъявления большинства государств в подобных обстоятельствах общее международное право может создаваться моментально ("моментальное право"), без какой бы то ни было практики" (**Strebel H.** Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung//ZaöRV. — 1976. — Bd. 36. — Nr. 1. — S. 345).

⁴⁵ См. **Meron Th.** Human Rights and Humanitarian Norms of Customary Law. — Oxford, 1989. — P. 38.

⁴⁶ См. **North Sea Continental Shelf, Judgment/ICJ Reports.** 1969. — P. 42–43.

⁴⁷ См. **Meron Th.** The Geneva Conventions as Customary Law//AJIL. 1987. — Vol. 81. — No 2. — P. 362.

⁴⁸ См. **Villiger M.** Op. cit. — P. 26.

⁴⁹ **Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law.** — N.Y., 1986. — P. 82.

⁵⁰ В отечественной литературе она представлена Г.М. Даниленко (см. **Даниленко Г.М.** Указ. соч. — С. 99 и сл.).

⁵¹ **Bin Cheng.** United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?//Indian Journal of International Law. — 1965. — Vol. 5. — No. 1. — P. 36. В другой своей работе он пишет: "opinio juris является попросту тем, что субъекты/правотворцы в любой данный момент признают правом" (**Bin Cheng.** On the Nature and Sources of International Law//International Law; Teaching and Practice. — L., 1982. — P. 223).

⁵² Немецкий юрист А. Бекманн пишет: "Негативное обычное международное право возникает, когда единодушная, опирающаяся на правовое убеждение практика государств исходит из того, что определенная общая норма обычного международного права не существует" (**Beckmann A.** Zur Feststellung and Ausleognng von Völkergewohnheitsrecht//ZaöRV. — 1977. — Bd. 37. — Nr. 3–4. — S. 511).

⁵³ **Bernhardt R.** Customary International Law//Encyclopedia of Public International Law. — Amsterdam, 1984. — Vol. 7. — P. 65.

⁵⁴ **Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Judgment/ICJ Reports.** 1986. — Para 184.

⁵⁵ **Ibidem.**

⁵⁶ **Ibidem.**

⁵⁷ **Ibidem.** — Paras 188, 189.