

Александр ДРАГИЕВСофийский университет «Св. Кл. Охридски»
Царь Освободитель бул., д. 15, София 1504, Болгария
al_dragiev@abv.bg
ORCID: 0009-0006-0339-5521

КОНЦЕПЦИЯ И ПРОЦЕСС ФОРМИРОВАНИЯ СУБЪЕКТИВНОГО ЭЛЕМЕНТА ОБЫЧНОЙ НОРМЫ (OPINIO JURIS) МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

ВВЕДЕНИЕ. Международное обычное право является старейшим источником международного права и на протяжении столетий являлось его основным источником. Но и в наше время сохраняется значение обычая в международном праве - это другой вид его правовой нормы, наравне с международным договором. Основное различие между двумя нормами заключается в неписаной форме обычая, но он и договорные нормы имеют равную юридическую силу.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Документальной основой исследования являются международные договоры и международные обычаи, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, Статут Международного Суда ООН и его юриспруденция, доклады Ассоциации международного права. Доктринальной основой статьи являются труды ученых международного права. Методология исследования - общенаучные и частнонаучные методы познания.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. Результаты исследования в статье касаются определения международно-правового обычая, а это формулировка его как применимого права в делах, рассматриваемых Международным Судом: «международный обычай, как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (Ст. 38, п. 1 «b» Статута

Международного Суда ООН). Согласно этому определению, обычно-правовая норма содержит два элемента: объективный, называемый также материальным - это практика государств, и субъективный - убеждение государств в обязательности этой практики, т.е. право. Для обозначения субъективного элемента в международном праве установлено латинское выражение «*opinio juris sive necessitatis*» (мнение о праве или необходимости), а чаще всего субъективный элемент кратко именуется только «*opinio juris*». В результате исследования выявлено, что по своей сути *opinio juris* представляет собой волевое отношение к государственной практике. Воля государства имеет внешние формы проявления; эти формы не являются чем-то случайным и произвольным — они точно определены, общеизвестны и созданы государственной практикой: согласие, принятие, признание и убеждение государства.

ОБСУЖДЕНИЯ И ВЫВОДЫ. Основные выводы исследования касаются вопроса формирования *opinio juris*. Процесс создания двух элементов обычая представляет собой интегральный процесс: он одновременно формирует практику государств, но и *opinio juris* относительно нее. *Opinio juris* не имеет самостоятельной стадии или процесса формирования,

а также не формируется после окончательного формирования практики обычно-правовой нормы, так сказать, формирование *opinio juris* не „ждет“ окончательного формирования практики; следовательно формирование *opinio juris* не располагаться между стадией практики и возникновение самой обычной нормы. Поэтому объективный элемент обычной нормы — ее практика, и ее субъективный элемент — *opinio juris*, создаются вместе и во взаимодействии. Вывод, вытекающий из интегральности процесса состоит в том, что каждый акт соответствующей практики, такой же, как и предыдущий, но и как последующий, и таким образом способствует формированию убеждения в том, что это единственный, а потому - обязательный способ выполнения практики. И наоборот, убеждение государств в том, что данная практика является обязательной, мотивирует их выполнять только эту практику.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: международное право, источники международного права, международный договор, международный обычай, обычные нормы международного права, элементы содержания обычной нормы, объективный элемент обычая, субъективный элемент обычая, практика государств, *opinio juris sive necessitatis*, Международный Суд ООН

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Драгиев А.Д. 2023. Концепция и процесс формирования субъективного элемента обычной нормы (*opinio juris*) международного права. – Московский журнал международного права. №3 . С. 17–28. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-3-17-28>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-3-17-28>

Research article
UDC:341.01
Received 25 April 2023
Approved 25 September 2023

Alexander DRAGUIEV

Sofia University "St. Kl. Ohridski"
15, Tsar' Osvoboditel' bul., Sofia, Bulgaria, 1504
al_dragiev@abv.bg
ORCID: 0009-0006-0339-5521

CONCEPT AND PROCESS OF FORMATION OF THE SUBJECTIVE ELEMENT OF THE CUSTOMARY RULE (OPINIO JURIS) OF INTERNATIONAL LAW

INTRODUCTION. Customary international law is the oldest source of International law and has been its main source for centuries. However, even in our time, the importance of custom in International law is preserved – besides and on par with international treaties; this is the other type of its legal norms. The main difference between the two kinds of norm is the unwritten form of custom, but customary and treaty norms have equal legal force.

MATERIALS AND METHODS. The documentary basis of the study is international treaties and international customs, resolutions of the UN General Assembly, Statute of the International Court of Justice and its jurisprudence, reports of the International Law Association. The theoretical basis of the article is the works of scholars of international law. The methodological basis of the study is general and particular scientific methods of cognition.

RESEARCH RESULTS. *The research in the article leads to a conclusion that comprises a definition of international custom, and this is the formulation of it as applicable law in cases before the International Court of Justice: “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” (Art. 38 (1) (b) of Statute of the Court). According to this definition, the customary legal rule contains two elements: objective, also material - the practice of States, and subjective – the conviction of States that this practice is obligatory, i.e. law. It has been established in International law that the subjective element is termed by the Latin expression “*opinio juris sive necessitates*” (opinion of law or necessity), and most often the subjective element is briefly called only “*opinio juris*”.*

*The research reveals as its result that by its nature *opinio juris* represents a conscious, intentional attitude towards State practice. The will of the State has external manifestations – the consent, acceptance, recognition and conviction of the State.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *The main conclusions of the research relate to the question of the formation of *opinio juris*. This formation is a process that is integrated: it simultaneously forms the practice of States and the *opinio juris* towards it. *Opinio juris* does not have an autonomous stage or process of for-*

mation, nor is it formed only after the practice of the customary law rule has been completely formed. The conclusion from the integrated process is that each act of the relevant practice, which is the same as the previous one, but also as the next one, helps to form the belief that this is the only, and therefore - obligatory, manner to perform the practice. Conversely, States' belief that a given practice is obligatory motivates them to perform only that practice.

KEYWORDS: *International law, sources of International law, international treaty, international custom, customary rules of International law, elements of the customary rule, objective element, subjective element, State practice, *opinio juris sive necessitates*, UN International Court of Justice*

FOR CITATION: Dragiev A.D. Concept and Process of Formation of the Subjective Element of the Customary Rule (*opinio juris*) of International Law. – *Moscow Journal of International Law*. 2023. No. 3. P. 17–28. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2023-3-17-28>

The author declares the absence of conflict of interest.

1. Введение

В странах, принадлежащих к континентальной правовой системе (другое название - романо-германская правовая система) [Давид, Жоффр-Спинози 2009:35,37], и прежде всего в странах континентальной Европы, где источники права только письменные, представители науки международного права и в международном праве в основном обращают внимание на договор как на его письменный источник и при этом игнорировать другой его источник – обычай, именно потому, что он неписаный. Но международное право возникло как

обычное и в течение столетий оставалось в основном таковым, например, морское, дипломатическое, договорное право; даже такая современная отрасль международного права, как космическое право, возникает как обычное: «... целый ряд институтов в области международного права покоится исключительно на обычае...» [Вылегжанин, Каламкарян 2012: 6]. И в настоящее время международно-правовой обычай продолжает регулировать международные отношения. Кроме того, в международной судебной практике в качестве применимого права для разрешения судебных дел установилась международно-правовая норма обычного права¹. Это иллюстриру-

¹ См. напр. International Court of Justice: Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA). 1986. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (accessed 9.04.2023); International Court of Justice: Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India). 1960. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf> (accessed 9.04.2023); International Court of Justice: Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua). 2009. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf> (accessed 9.04.2023).

ет важность международного обычного права и оправдывает изучение того, как формируются его нормы.

2. Определение обычной нормы международного права

Статут Международного Суда (МС) Организации Объединенных Наций в ст. 38, п. 1 регулирует применимое право в разбирательствах в Суде, а ст. 38, п. 1 «б» указывает в качестве такого применимого права обычай международного права: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права – применяет:

б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы».

Положение ст. 38, п. 1 «б» Статута (Ст.) МС дает определение обычной нормы международного права [Danilenko 1988:31 («общепризнанное законодательное определение обычая, предусмотренное ст. 38»)]. В свою очередь это определение раскрывает содержание нормы обычного международного права; она состоит из двух элементов², имеющих конститутивный для нормы характер: практика государств, определяемая как объективный или также материальный элемент, и признание государствами практики как обязательной, т. е. как права, которое признание определяется как субъективный элемент обычной нормы³. Эти два элемента также были подтверждены Комиссией ООН по международному праву, которая разработала специальный проект с выводами о выявлении обычного международного права. Вывод 2 определяет практику государств и *opinio juris* как составные элементы нормы⁴.

Для обозначения субъективного элемента в международном праве установлено латинское выражение «*opinio juris sive necessitatis*» (мнение о праве или необходимости⁵), а чаще всего субъективный элемент кратко именуется только «*opinio juris*» [Хименес де Аречага 1983:39; Mendelson 1995:181; Scharf 2013:47; Skubiszewski 1971:840]. Наиболее авторитетное подтверждение субъективного элемента международного обычая дает юриспруденция Международного Суда: «существование субъективного элемента неотъемлемо заложено в самой концепции *opinio juris sive necessitatis*»⁶, а также Ассоциация международного права: «Так называемый субъективный элемент обычая часто описывается латинской фразой «*opinio juris sive necessitatis*»⁷, или сокращенно «*opinio juris*»⁸. Таким образом можно сделать очень важный вывод. И в теории, и в практике международного права всеобщее признание получили и термин *opinio juris*, и его понятие как субъективный элемент обычной нормы.

3. *Opinio juris* - сущность субъективного элемента обычной нормы

Убежденность государств в обязательности своей практики по тому или иному вопросу является проявлением их волевого отношения к практике и имеет одну юридическую функцию – превратить соответствующую государственную практику в правовую норму: «природа субъективного элемента состоит в том, что он содержит акт воли. Именно этот акт воли создает право» [Kammerhofer 2004:536], «*opinio juris* является доказательством того, что практика кристаллизовалась в норму обычного права» [Starke 1977:44], «*opinio juris* означает волю государств,

² См.: [Вылегжанин, Каламкьян 2012:8 («нормы обычного права формируются...из взаимодействия обоих элементов»); Ромашев 2022:32 («...двухэлементной структуры обычной нормы международного права»)]. См. также [Даниленко 1988:64-124; Лукашук 1997: 221 - 235; Толстых 2017: 17-20].

³ См.: [Skubiszewski 1971:840; Villiger 1985: 12, 26; Degan 1997:143, 144, 147, 162; Mendelson 1998:195], а также International Law Association (ILA): Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. London. 2000. P. 7.

⁴ Yearbook of the International Law Commission. 2018. Vol. II. Part 2. P. 93.

⁵ «Мнение о праве (*opinio juris*) будет тогда, когда выражено юридическое обязательство; мнение о необходимости (*opinio necessitatis*) будет, когда выражаются требования социального, экономического или политического характера» [Cassese 2005:156].

⁶ I. C. J. Reports. 1969. P. 44; I. C. J. Reports. 1986. P. 109.

⁷ International Law Association (ILA): Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. London. 2000. P.32

⁸ Ibid. P. 7.

направленную на признание юридически обязательного характера обычного правила поведения» [Даниленко 1988: 102]. Таким образом, эта юридическая функция фактически является конститутивной функцией *opinio juris* [Kammerhofer 2004:536] – она создает обычно-правовую норму.

Но воля сама по себе не может выполнять эту функцию, ибо воля вообще, а не только государства, есть абстракция, нечто невещественное, нечто идеальное, «духовный элемент»⁹, что и является остроумной квалификацией *opinio juris* в международно-правовой литературе. Поэтому воля по необходимости должна иметь какие-то формы проявления, посредством которых она получает внешнее выражение и может быть установлено ее присутствие. Воля государства также имеет внешние формы проявления, конкретные и адекватные только ей и имеющие реальное участие в нормотворческом процессе международно-правового обычая, поэтому они фактически констатируемы. Вот почему эти формы не являются чем-то случайным и произвольным – они точно определены, общеизвестны и созданы государственной практикой. Сам субъективный элемент обычной нормы по своей природе является такой практикой, он не существует вне ее. Соответственно воля государства как субъективный элемент состоит из актов государственного поведения, которые в свою очередь становятся выражениями этой воли, конкретнее – ее внешними проявлениями. Поэтому воля государства как субъективный элемент обычной нормы как по своей правовой природе, так и по своим явным формам есть практика того же государства. «...*opinio juris* проявляется в практике, а практика развивается под влиянием *opinio juris*...» [Вылегжанин, Каламкарян 2012:18].

Формы волеизъявления различны и имеют разные названия: согласие, принятие, признание, убеждение.

4. Процесс формирования субъективного элемента обычной нормы

1. Каждая обычная норма международного права возникает как поведение государств

для решения определенного вопроса международных отношений. Вначале это несколько, немногие страны, которые в случае универсальной обычно-правовой нормы могут быть из разных географических регионов, а могут быть и из одного региона, к которому со временем присоединяются страны из других регионов. Как говорит Ю.С. Ромашев: «Это своего рода аналог присоединения к открытому международному договору» [Ромашев 2022:32]. Государства начинают осуществлять соответствующую деятельность для удовлетворения определенного своего интереса – экономического, социального, политического, культурного, гуманитарного и т. п.¹⁰. В этой связи следует подчеркнуть предложенную проф. В.М.Шумиловым классификацию государственных интересов, куда помимо экономических и политических включены также территориальные, правовые и интеллектуальные интересы [Шумилов 2000:13].

Для выяснения природы государственного интереса можем полностью положиться на анализ в этом плане проф. Шумилова. Интересы государств – это пути и способы необходимые для удовлетворения их потребностей, которые можно обозначить понятием «ценности». Потребности государств невозможно удовлетворить без межгосударственного взаимодействия, без участия в межгосударственном общении. Степень включения в межгосударственное общение может быть разной и зависит от множества причин. Существует взаимозависимость между потребностями государства и степенью его участия в международных отношениях: чем более значительную часть своих потребностей государство не может обеспечить за счет внутренних ресурсов, тем в большей степени его интересы обращены вовне и тем большую роль оно стремится обеспечить себе в международных отношениях [Шумилов 2000:5].

Практика государств изначально возникает из их стремления найти разумное решение конкретного вопроса, учитывающее различные интересы [Degan 1997:188]. Поэтому на данном этапе необходима только практика выполнения деятельности. В разных странах может быть разная практика осуществления такой деятельно-

⁹ См.: *Международное право: Учебник*. Под общ. ред. А.Я. Капустина. М.: Гардарики. 2008. С. 72.

¹⁰ См.: [Ромашев 2019: 134; Orakhelashvili 2008:89–90,90; Cassese 2005 :156-158 ; Villiger 1985:26].

сти¹¹; и это различие в практиках не позволяет создать общую норму¹². Как отмечают А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкьян, для формирования международного обычая важно, чтобы не было явно противоречивой практики [Вылегжанин, Каламкьян 2012:14].

Создание международно-правовой обычной нормы является продуктом естественно исторического, объективного развития общества [Ромашев 2018:145-146]. Поэтому вначале процесс создания обычной нормы характеризуется относительной стихийностью [Ромашев 2022:29], и спонтанностью [Вылегжанин, Каламкьян 2012:7]. Но со временем практика приобретает значение сознательного нормативного инструмента формирования обычных норм [Даниленко 1988:22; Ромашев 2019:131].

Постепенно одна из практик начинает доминировать, поскольку ее придерживаются все больше стран, и в ходе ее развития и закрепления из нее возникает убеждение в ее обязательном характере [Degan 1997:188]. «Одна из практик становится обычным правом вместо другой, если она применялась в течение более длительного времени и более последовательно и в большем количестве стран, чем практика, которая применялась в течение более короткого времени, с меньшим количеством повторений и небольшим числом государств» [Kammerhofer 2004:530]. Таким образом, создание нормы обычного права представляет собой процесс, в котором государства одно за другим унифицируют свое поведение в отношении соответствующей деятельности, это поведение становится одинаковым. Отсюда получается, что государства отказываются от различных видов практики и остается только одна, а это означает, что она является выбором государства, какой должна быть их практика в соответствующей деятельности.

Объяснение того, почему государства выбирают ту или иную практику для своей деятельности, заключается в их вере в то, что это единственная практика, адекватная их интересам, с одной

стороны, а с другой стороны, они убеждены, что эта практика в наибольшей степени соответствует предмету [Villiger 1985:222] их деятельности, а отсюда их убежденность в том, что это поведение является единственно правильным, допустимым, приемлемым, поэтому иное поведение недопустимо. И если определенное поведение по той или иной деятельности или вопросу государства считают единственно возможным и допустимым, то они трактуют это поведение как обязательное [Villiger 1985:30 («постепенно растет убеждение, что определенный тип поведения в целом считается обязательным»)]¹³ – никакого другого поведения у государств быть не может. А обязательность поведения государства, т. е. обязательность практики, означает, что сформировалось определенное волевое отношение государств к этому поведению – это «согласование воли государств относительно признания правила поведения в качестве юридически обязательного» [Шумилов 2000:14]. Это признание, в свою очередь, превращает практику в обычно-правовую норму и выражается понятием *opinio juris*. [Danilenko 1988:11 («требование о признании как права, обычно именуемое *opinio juris*, которое превращает установленные правила поведения в юридически обязательные нормы обычного международного права»)]; а *opinio juris*, признание практику обязательной, становится субъективным элементом нормы.

2. Происходит формирование императивности практики государств, или иначе – формирование *opinio juris* по отношению к ней, постепенно в ходе процесса формирования самой практики и одновременно с ней: [Тункин 2009:117 («Создание обычной нормы международного права есть процесс, элементы правовой нормы нарастают постепенно»)]. *Opinio juris* не имеет самостоятельной стадии или процесса формирования, а также не формируется после окончательного формирования практики обычно-правовой нормы, так сказать, формирование *opinio juris* не «ждет» окончательного формирования практики;

¹¹ См.: [Roberts 2001: 784: «обычная норма развивается медленным процессом, где вначале (государства — Прим. авт.) могут выбирать свое поведение». В этом смысле есть авторы, которые определяют процесс создания нормы обычного международного права как имеющий вначале «аморфный характер» [Holning 2005 - 2006: 499], или «текущая (fluid) (т.е. жидкая, в смысле изменчивая, еще не определенная) природа» [Roberts 2001:784, 785].

¹² См. в этом смысле: *Международное право: Учебник*. Под общ. ред. А.Я. Капустина. М.: Гардарики. 2008. С. 73.

¹³ См. также: [Slouka 1968:15 (выражение «признанной в качестве правовой нормы» (государственная практика — Прим. авт.) из определения международного обычая в ст. 38, п. 1 «b» Ст. означает «стремление государств признать определенное поведение обязательным и исключить любое другое поведение»)].

следовательно формирование *opinio juris* не располагаться между стадией практики и возникновение самой обычной нормы. Поэтому объективный элемент обычной нормы — ее практика, и ее субъективный элемент — *opinio juris*, создаются вместе и во взаимодействии: «В целом процесс демонстрирует близкое сходство между исходной материальной практикой и ее «юридической квалификацией», *opinio juris*» [Villiger 1985:30]. Формирование *opinio juris* представляет собой последовательный процесс, «шаг за шагом», вначале которого государственная практика находится в состоянии «правовой неопределенности, в ходе которого процесса практика постепенно перерастает в право» [Villiger 1985:218].

Процесс создания двух элементов обычая является интегральным: каждый акт соответствующей практики, такой же, как предыдущий, но и как последующий, поэтому способствует формированию убеждения в том, что это единственный, а потому — обязательный, способ выполнения практики. И наоборот, убеждение государств в том, что данная практика является обязательной, мотивирует их выполнять только эту практику. «Присуще *opinio juris* убеждение, что рассматриваемая практика является единственной нормой, касающейся предмета (подлежащей регулированию — Прим. авт.)» [Villiger 1985:222]. Концом этого целостного процесса является окончательное формирование объективного и субъективного элемента нормы обычного права, а это значит, что она уже возникла: «... поведение государств порождает правовые нормы лишь тогда, когда оно сопровождается убежденностью в обязательной силе этого поведения» [Walden 1977:358-359].

Ясно, что практика государств по данному вопросу и *opinio juris* к ней вместе создают обычно-правовую норму, но неясно когда¹⁴, в какой момент «на практике невозможно точно определить момент, когда обычная норма поведения превращается в норму международного обычного права») [Даниленко 1988:136] эти два элемен-

та перерастают в норму: «когда эти два элемента сливаются и готовы (для создания обычной нормы — Прим. авт.), часто неясно» [Holning 200:499]; «часто неясно, когда заканчивается практика и начинается норма международного обычного права» [Byers 1999: 142; Cassese 2005: 157-158].]. Хотя с известной долей относительности, все же единственным объективным моментом для суждения о возникновении нормы международного обычного права является момент, когда практика по данному вопросу, являющемуся предметом этой нормы, стала единообразной, последовательной, непрерывной и универсальной, а это означает устойчивую, устоявшуюся и стабильную практику [Danilenko 1988:29 («Соответствующие правила поведения (т. е. обычно-правовые нормы Прим. авт.) могут выкристаллизоваться только в том случае, если государственная практика достигает необходимой степени устойчивости и последовательности. Для оценки готовности практики к созданию обычной нормы используют следующие критерии: 1) единообразие; 2) универсальность; и 3) продолжительность»)]. «Чтобы стать устойчивой, практика должна демонстрировать следующие характеристики: единообразие, универсальность и последовательность» [Skubiszewski 1971:853]. А практика с такими характеристиками означает, что она уже обязательна (*opinio juris*): «когда практика постоянна, единообразна и непротиворечива, этого достаточно для вывода, что *opinio juris* тоже существует, нет необходимости в его специальном и независимом доказательство» [Mendelson 1995: 208]¹⁵. Как отмечает Ассоциация международного права: «только иногда необходимо установить независимое существование субъективного элемента, его нет необходимости доказывать, если существует практика, которая является достаточно единообразной, последовательной и репрезентативной»¹⁶. Таким образом, присутствуют оба элемента, образующих обычно-правовую норму — практика и *opinio juris*, поэтому и возникла сама норма.

¹⁴ См. напр.: [Goldsmith, Posner 1999:1118 (неясно «как распространенная и единообразная практика становится правом»); Degan 1997:185 : («Однако почти невозможно определить точный момент, когда устоявшаяся практика кристаллизуется в новую правовую норму»)].

¹⁵ См. также: [Slouka 1968: 16 («для существования веры в юридическую обязанность достаточно доказать длительную единообразную практику государств»); Danilenko 1988:35 («Государства полностью согласны с тем, что, если практика государств в определенной сфере их отношений постоянна и единообразна, можно презюмировать существование *opinio juris* »)].

¹⁶ International Law Association (ILA): Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. London. 2000. P.7.

Отношения между практикой и *opinio juris* являются взаимными и двусторонними: каждая из сторон обуславливает другую, но также является и результатом другой¹⁷. Так например характеристики практики являются результатом ее восприятия государствами как обязательной: единообразие, постоянство, продолжительность и универсальность данной практики могут быть достигнуты только в том случае, если государства относятся к ней как к обязательной и потому только осуществляют. И наоборот – эти характеристики, их самое окончательное формирование приводит к обязательности (*opinio juris*) практики¹⁸: международно-правовой обычай, это не просто практика, а «признанной в качестве правовой нормы» практика, как указано в определении обычая (ст. 38, п. 1 «b» СтМС).

В ситуации, когда «нет фиксированного момента времени возникновения обычной нормы международного права» [Quince 2010:75], решения международных судов и арбитражей приносят очевидную пользу для установления существования такой нормы [Bernhardt 1987:270]. Когда судебное или арбитражное решение констатирует существование обычной нормы международного права, то и государства признают, что такая норма возникла.¹⁹ Таким образом, решение суда и арбитража становится для государств доказательством существования обычной нормы.

В международной судебной практике есть решения МС, в которых он высказывается о существовании как универсальных, так и локальных обычных норм международного права. В своем решении по делу Никарагуа против Соединенных Штатов о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против нее Суд постановил, что Соединенные Штаты нарушили ряд правовых норм, которые Суд счел нормами обычного международного права²⁰. Позже, в деле между Коста-Рикой и Никарагуа о судоходных и смежных правах, МС снова заявил о появлении

обычной нормы. На этот раз она локальная, можно даже квалифицировать как «двусторонняя», поскольку она возникла в отношениях только между двумя странами – Коста-Рикой и Никарагуа, и соответственно порождает юридическую силу только для них; эта норма регулирует права граждан Коста-Рики на рыболовство в реке Сан-Хуан, пограничной Коста-Рикой и Никарагуа²¹.

3. *Opinio juris* как волевое отношение государств к практике осуществления той или иной деятельности может быть выражено двояко: явно и молчаливо²². Как указывает В.Л. Толстых воля выражается словами или поведением [Толстых 2017:18]. Очевидно, что выражение воли словами будет явным выражением *opinio juris*, а выражение воли поведением будет молчаливым признанием *opinio juris*. Неявное выражение осуществляется через выполнение самих действий практики деятельности; они свидетельствуют о том, что государства желают именно такой практики. Следовательно, здесь воля государств выводится путем интерпретации их фактического поведения. Молчаливое согласие выражает субъективное отношение государств либо к их собственному поведению, либо к поведению других государств [Ромашев 2018:131]. Явное выражение *opinio juris* является наилучшим, наиболее эффективным способом сделать это, поскольку оно является бесспорным, не оставляющим сомнений в намерениях государства в отношении соответствующей деятельности [Даниленко 1988:108]. И самый надежный способ явно выразить *opinio juris* – сделать это посредством письменного акта.

Именно письменная форма позволяет согласие с практикой, которое составляет сущность *opinio juris*, быть установленным ясно, однозначно и категорично. Гипотеза, когда письменный акт становится выражением *opinio juris*, отличается рядом особенностей. Первая заключается в том, что государства принимают такой акт за свою практику осуществления данной деятель-

¹⁷ Ibid. P. 7: «В действительности зачастую трудно или даже невозможно разделить два элемента (обычной нормы — практика как объективный элемент и *opinio juris* как субъективный элемент — Прим. авт.)».

¹⁸ См.: *Международное право: Учебник*. Под общ. ред. А.Я. Капустина. М.: Гардарики. 2008. С. 72: «Принято считать, что международный обычай существует тогда, когда практика отвечает следующим характеристикам: 1) всеобщее признание (т.е. универсальность, признание сообществом государств - Прим. авт.); 2) единообразие; 3) длительность; 4) юридическая убежденность (*opinio juris*)».

¹⁹ См.: [Holning 2005:506, Quince 2010:76].

²⁰ I. C. J. Reports. 1986. P. 146, 147.

²¹ I. C. J. Reports. 2009. P. 265 - 266.

²² См. в этом смысле: *Международное право: Учебник*. Под общ. ред. А.Я. Капустина. М.: Гардарики. 2008. С. 72.

ности, когда она утвердилась в их отношениях как устойчивая практика, и это является основанием относиться к ней с убеждением, что она является единственно допустимой, т. е. обязательной практикой в отношении деятельности.

Второй особенностью этой гипотезы является то, что этот акт, хотя и в письменной форме, всегда юридически необязателен и обычно называется декларацией. Этот акт не может быть международным договором, потому что тогда он создал бы не обычную, а договорную правовую норму. Следующей особенностью этих актов является то, что посредством такого письменного акта государства добавляют к практике обычной нормы, т. е. к ее объективному элементу, ее субъективный элемент (*opinio juris*). Поэтому после принятия декларации государства стали применять практику как правовую норму, в данном случае - обычную.

Таковыми письменными актами, отражающими *opinio juris* государств в отношении определенных видов деятельности, являются, например, Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Декларация правовых принципов деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства 1963 г., Барселонская декларация о признании права на флаг государств, не имеющих выхода к морю 1921. Что касается Всеобщей декларации прав человека, я полностью согласен с мнением Ю. С. Ромашева. Содержащиеся в ней права, носящие рекомендательный характер, приобрели характер обычно - правовых норм. В данном случае признание прав человека в качестве правовой нормы опережает практику государств в этой сфере [Ромашев 2018:139].

4. Поскольку практика и *opinio juris* являются элементами, объективным и субъективным, обычной нормы международного права, то оправдан вопрос, в каком соотношении они находятся между собой и, следовательно, как составные элементы нормы, имеют ли они одно и то же воздействие на процесс ее создания²³: «Ряд ученых также считают, что обычай состоит толь-

ко из одного элемента: или практики, или *opinio juris*» [Ромашев 2022:33]. При сопоставлении двух элементов нормы необходимость практики для ее возникновения очевидна, а потому бесспорна. Причина тоже очевидна - сама норма есть не что иное, как практика, она существует только как практика. «Если нет практики, нет и обычной нормы» [Thirlway 2014:74]. С другим, субъективным, элементом дело обстоит сложнее. С одной стороны, оно предполагается, потому что вытекает из практики и существует только как практика. С другой стороны, субъективный элемент, *opinio juris*, представляет собой самостоятельный структурный элемент нормы обычного права, отличный от практики как таковой и равный ей.

Вот почему наличие субъективного элемента *opinio juris* обязательно для возникновения обычной нормы; международное право никогда не признавало, что такая норма может состоять только из практики, без *opinio juris*, хотя бы потому, что это не реально²⁴. «Хотя есть много случаев, когда *opinio juris* даже не упоминается, нет ни одного случая, в котором бы прямо указывалось, что он излишен» [Akehurst 1975:44]. Комиссия ООН по международному праву в своем проекте о выявлении обычного международного права, Вывод 3, пункт 2, прямо требует, чтобы установить существование обычной нормы, наличия обоих составных элементов нормы - практики и *opinio juris*²⁵.

Opinio juris - это обязательная сила нормы по отношению к государствам как ее адресатам, и в этом суть и действие нормы обычного права - она всегда обязательна [Higgins 1999: 34 («Общее (т. е. обычное - Прим. авт.) международное право создает и содержит нормы, обязательные для исполнения всегда.» Конечно, это верно в отношении права в целом - правовая норма не может быть необязательной)]. Поэтому проблема с *opinio juris* как элементом обычной нормы состоит не в его существовании, а в необходимости его искать, доказывать его существование, чтобы констатировать существование

²³ См. напр.: [Ромашев 2018:127 («...нельзя отрицать, что одноэлементный подход, заключающийся в абсолютизации практики или *opinio juris* как определяющих элементов при формировании международных обычаев, по-прежнему имеет место в доктрине международного права»); Вылегжанин, Каламкарян 2012:11].

²⁴ См.: [Ромашев 2018:132 («Наличие *opinio juris* является неотъемлемым субъективным элементом обычной нормы международного права, как и наличие практики, удовлетворяющей необходимым требованиям обычного нормообразования»)].

²⁵ Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II, Part Two, p. 94.

нормы. Можно сделать вывод о том, что установление *opinio juris* не является необходимым²⁶, поскольку он презюмируется²⁷. А он презюмируется, потому что руководствуемся другим, объективным элементом – самой устойчивой практикой: «государственная практика предполагает субъективный элемент» [Kammerhofer 2004:526]. Поэтому субъективный элемент, *opinio juris*, признается таковым самым определением международно-правового обычая в ст. 38, п. 1 «б» СтМС: это практика, «признанной в качестве правовой нормы».

5. Заключение

Международно-правовой обычай является самостоятельным источником международного права. Обычная норма является другим типом нормы, помимо договорной нормы в междуна-

родном праве. «Современная роль международного обычая состоит в том, что он продолжает оставаться основным, наряду с международными конвенциями, источником международного права» [Ромашев 2022: 29]. Обычная норма международного права представляет собой неписаное соглашение, отражающее всеобщую практику государств, признанную в качестве правовой нормы, т. е. практика является юридически обязательной [Ромашев 2022:35]. Главной характеристикой обычной нормы является ее неписаная форма, из чего вытекают ее особенности, а главное – более трудно доказуемое ее существование и нормативное содержание по сравнению с международным договором. Этим определяется как научная, так и практическая значимость выяснения сущности обычных международно-правовых норм.

Список литературы

1. Вылегжанин А. Н., Каламкарян Р. А. 2012. Значение международного обычая в современном международном праве. – *Московский журнал международного права*. № 2. С. 5-29. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2012-2-5-29>
2. Давид Р., Жоффре - Спинози К. 2009. *Основные правовые системы современности*. М.: Международные отношения. 456 с.
3. Даниленко Г. М. 1988. *Обычай в современном международном праве*. М.: Наука. 192 с.
4. Лукашук И. И. 1997. *Нормы международного права в международной нормативной системе*. М.: Издательство «Спарк». 322 с.
5. Ромашев Ю. С. 2018. Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая. – *Право. Журнал Высшей школы экономики*. № 1. С. 124-148. DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148
6. Ромашев Ю. С. 2019. Эволюция и прекращение существования обычных норм международного права. – *Право. Журнал Высшей школы экономики*. № 4. С. 122-143. DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.122.143
7. Ромашев Ю. С. 2022. К вопросу о понятии международного обычая. – *Московский журнал международного права*. № 1. С. 27-37. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-27-37>
8. Толстых В. Л. 2017. К вопросу о природе международного обычая. – *Евразийский юридический журнал*. № 7. С. 17-20.
9. Тункин Г. И. 2009. *Теория международного права*. М.: Зерцало. 416 с.
10. Хименес де Аречага Э. 1983. *Современное международное право*. М.: Прогресс. 480 с.
11. Шумилов В. М. 2000. Категория «государственный интерес» в политике и праве (системно - теоретические и международно - правовые аспекты). – *Право и политика*. № 3. С. 4-17.
12. Akehurst M. 1975. Custom as a Source of International Law. – *The British Year Book of International Law*. Vol. 47. Issue 1. P. 1-53. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/47.1.1>
13. Baxter R. R. 1970. Treaties and Custom. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye*. Vol. 129. P. 31-104.
14. Bernhardt R. 1987. Custom and Treaty in the Law of the Sea. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye*. Vol. 205. P. 255-330.
15. Byers M. 1999. *Custom, Power and the Power of Rules*. Cambridge: Cambridge University Press. 247 p.
16. Cassese A. 2005. *International Law*. Oxford: Oxford University Press. 558 p.
17. Danilenko G. M. 1988. The Theory of International Customary Law. – *German Yearbook of International Law*. Vol. 31. P. 9-47.
18. Degan V. D. 1997. *Sources of International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers. 564 p.
19. Goldsmith J. L., Posner E. A. 1999. A Theory of Customary International Law. – *The University of Chicago Law Review*. Vol. 66. No. 4. P. 1113-1177.
20. Higgins R. 1999. *Problems and Process. International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press. 274 p.

²⁶ См. напр.: [Mendelson 1998: 293 («Требовать *opinio juris* со стороны каждого государства представляется чрезмерным и излишним»; Kammerhofer 2004: 526 («отказ от независимого доказательства второго элемента (т. е. субъективного элемента, поскольку первый является объективным элементом – Прим. авт.)»)].

²⁷ См.: [Thirlway 2014:74; Baxter 1970:69].

21. Holning L. 2005. Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law. – *Chicago Journal of International Law*. Vol. 6. No. 1. P. 495-510.
22. Kammerhofer J. 2004. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems. – *European Journal of International Law*. Vol. 15. Issue 3. P. 523-553.
23. Mendelson M. 1995. The Subjective Element in Customary International Law. – *The British Year Book of International Law*. Vol. 66. Issue 1. P. 177-208. DOI : <https://doi.org/10.1093/bybil/66.1.177>
24. Mendelson M. 1998. The Formation of Customary International Law. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye*. Vol. 272. P. 155-410.
25. Orakhelashvili A. 2008. Natural Law and Customary Law. – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Vol. 68. P. 69-110.
26. Quince Ch. 2010. *The Persistent Objector and Customary International Law*. Denver: Outskirts Press. 131 p.
27. Roberts A. E. 2001. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. – *American Journal of International Law*. Vol. 95. Issue 4. P. 757-791. DOI: <https://doi.org/10.2307/2674625>
28. Scharf M. 2013. *Customary International Law in Time of Fundamental Change. Recognizing Grotian Moments*. Cambridge: Cambridge University Press. 228 p.
29. Skubiszewski, K. 1971. Elements of Custom and the Hague Court. – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Vol. 31. No. 4. P. 810-854.
30. Slouka Z. 1968. *International Custom and the Continental Shelf*. The Hague: Martinus Nijhoff. 182 p.
31. Starke J. G. 1977. *An Introduction to International Law*. London: Butterworths. 45 p.
32. Thirlway, H. 2014. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 239 p.
33. Villiger M. 1985. *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. 421 p.
34. Walden R. 1977. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law. – *Israel Law Review*. Vol. 12. No. 3. P. 344 - 364.
8. David R., Joffre-Spinozi K. *Les Grands Systemes de Droit Contemporains* (Russ. ed.: David R., Joffre-Spinozi K. *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. 2009. 456 p.)
9. Degan V. D. *Sources of International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers. 1997. 564 p.
10. Goldsmith J. L., Posner E. A. *A Theory of Customary International Law*. – *The University of Chicago Law Review*. 1999. Vol. 66. No. 4. P. 1113-1177.
11. Higgins R. *Problems and Process. International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press. 1999. 274 p.
12. Holning Lau. Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law. – *Chicago Journal of International Law*. 2005. Vol. 6. No. 1. P. 495-510.
13. Jiménez de Aréchaga E. *El Derecho internacional contemporáneo* (Russ. ed.: Jiménez de Aréchaga E. *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo*. Moscow: Progress Publ. 1983. 480 p.)
14. Kammerhofer J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems. – *European Journal of International Law*. 2004. Vol. 15. Issue 3. P. 523-553.
15. Lukashuk I. I. *Normy mezhdunarodnogo prava v mezhdunarodnoi normativnoi sisteme* [Norms of International Law in the International Normative System]. Moscow: Izdatel'stvo "Spark" Publ. 322 p. (In Russ.)
16. Mendelson M. The Formation of Customary International Law. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye*. 1998. Vol. 272. P. 155-410.
17. Mendelson M. The Subjective Element in Customary International Law. – *The British Year Book of International Law*. 1995. Vol. 66. Issue 1. P. 177-208. DOI : <https://doi.org/10.1093/bybil/66.1.177>
18. Orakhelashvili A. Natural Law and Customary Law. – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2008. Vol. 68. P. 69-110.
19. Quince Ch. *The Persistent Objector and Customary International Law*. Denver: Outskirts Press. 2010. 131 p.
20. Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. – *American Journal of International Law*. 2001. Vol. 95. Issue 4. P. 757-791. DOI: <https://doi.org/10.2307/2674625>
21. Romashev Yu. S. Evolyutsiya i prekrashchenie sushchestvovaniya obychnykh norm mezhdunarodnogo prava [Evolution and Cessation of the Existence of Customary Rules of International Law]. – *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki*. 2019. No. 4. P. 122-143. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.122.143
22. Romashev Yu. S. K voprosu o ponyatii mezhdunarodnogo obychnaya [To the Question of the Concept of International Custom]. – *Moscow Journal of International Law*. 2022. No. 1. P. 27-37. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-27-37>
23. Romashev Yu. S. Priznanie praktiki v kachestve pravovoi normy (opinio juris) pri formirovanii mezhdunarodnogo obychnaya [Acceptance of Practice as Legal Norm (opinio juris) in the Formation of International Custom]. – *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki*. 2018. No. 1. P. 124-148. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148
24. Scharf M. *Customary International Law in Time of Fundamental Change. Recognizing Grotian Moments*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013. 228 p.

References

1. Akehurst M. Custom as a Source of International Law. – *The British Year Book of International Law*. 1975. Vol. 47. Issue 1. P. 1-53. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/47.1.1>
2. Baxter R. R. Treaties and Custom. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye*. 1970. Vol. 129. P. 31-104.
3. Bernhardt R. Custom and Treaty in the Law of the Sea. – *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye*. 1987. Vol. 205. P. 255-330.
4. Byers M. *Custom, Power and the Power of Rules*. Cambridge: Cambridge University Press. 1999. 247 p.
5. Cassese A. *International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2005. 558 p.
6. Danilenko G. M. *Obychai v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Custom in Contemporary International Law]. Moscow: Nauka Publ. 1988. 192 p. (In Russ.)
7. Danilenko G. M. The Theory of International Customary Law. – *German Yearbook of International Law*. 1988. Vol. 31. P. 9-47.

25. Shumilov V. M. Kategoriya „gosudarstvennyi interes“ v politike i prave (sistemno - teoreticheskie i mezhdunarodno - pravovye aspekty) [Category “state interests” in politics and laws (Systematic - teoretical and international - lawful aspects)]. – *Pravo i politika*. 2000. No. 3. P. 4-17. (In Russ.)
26. Skubiszewski, K. Elements of Custom and the Hague Court. – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht*. 1971. Vol. 31. No. 4. P. 810-854.
27. Slouka Z. *International Custom and the Continental Shelf*. The Hague: Martinus Nijhoff. 1968. 182 p.
28. Starke J. G. *An Introduction to International Law*. London: Butterworths. 1977. 45 p.
29. Thirlway. H. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014. 239 p.
30. Tolstykh V. L. K voprosu o prirode mezhdunarodnogo obychnaya [The Nature of International Custom]. – *Evrasiiskii yuridicheskii zhurnal*. 2017. No. 7. P. 17-20. (In Russ.)
31. Tunkin G. I. *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of International Law]. Moscow: Zertsalo Publ. 2009. 416 p. (In Russ.)
32. Villiger M. *Customary International Law and Treaties*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. 1985. 421p.
33. Vylegzhanin A. N., Kalamkaryan R. A. Znachenie mezhdunarodnogo obychnaya v sovremennom mezhdunarodnom prave [The Role of International Custom in the Contemporary International Law]. – *Moscow Journal of International Law*. 2012. No. 2. P.5-29. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2012-2-5-29>
34. Walden R. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law. – *Israel Law Review*. 1977. Vol. 12. No. 3. P. 344 - 364.

Информация об авторе

Александр Драгиев,

профессор международного права, Юридический факультет, Софийский университет «Св. Кл. Охридски»

1504, Болгария, София, бул. Царь Освободитель, д. 15

al_dragiev@abv.bg

ORCID: 0009-0006-0339-5521

About the Author

AlexanderDraguiev,

Professor of International Law, Faculty of Law, Sofia University “St. Kl. Ohridski”,

15, Tsar' Osvoboditel' bul., Sofia, Bulgaria, 1504

al_dragiev@abv.bg

ORCID: 0009-0006-0339-5521