

Ю. С. Ромашев

Право международных обычаев

*2-е издание,
дополненное и переработанное*



НОРМА
ИНФРА-М
Москва, 2023

УДК 341
ББК 67.412
Р69



Сведения об авторе

Юрий Сергеевич Ромашев — доктор юридических наук, профессор, академик Международной академии информатизации, профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Опубликовал свыше 250 научных работ по различным теоретическим и прикладным проблемам международного права, российского законодательства, борьбы с преступностью, погранологии и другим актуальным научным проблемам. Ю. С. Ромашев — основатель нового научного направления «международное правоохранительное право».

Рецензенты

Анатолий Яковлевич Капустин, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации.

Владимир Васильевич Алешин, доктор юридических наук, профессор.

Дарья Сергеевна Боклан, доктор юридических наук, доцент.

Богдан Леонидович Зимненко, доктор юридических наук, профессор.

Александр Александрович Остроумов, доктор юридических наук, профессор.

Ромашев Ю. С.

Р69 Право международных обычаев : монография / Ю. С. Ромашев. — 2-е изд., доп. и перераб. — Москва : Норма : ИНФРА-М, 2023. — 176 с. — DOI 10.12737/1958346.

ISBN 978-5-00156-294-8 (Норма)

ISBN 978-5-16-018278-0 (ИНФРА-М, print)

ISBN 978-5-16-111292-2 (ИНФРА-М, online)

Работа посвящена одной из важных областей международного права — праву международных обычаев, основам обычного международного нормотворчества, проблемам в этой области, а также выработке отдельных путей их решения. Рассмотрен процесс формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования. Большое внимание уделено уяснению места обычных норм международного права в системе международного права, понятийному аппарату в данной сфере. Предложены концепция обычного нормообразования, общая методика выявления обычной нормы международного права, которая может найти применение не только в деятельности международных судов и трибуналов, но и в правоприменительной практике государств, их органов власти и должностных лиц. Представлены формулировки многих обычных норм международного права, составляющих основное наполнение права международных обычаев.

Для научных работников, аспирантов (адъюнктов) и докторантов, проводящих исследования в области права, студентов (слушателей) вузов, изучающих правовые дисциплины, а также практических работников всех ветвей власти, использующих международное право в своей деятельности.

УДК 341
ББК 67.412

© Ромашев Ю. С., 2020

© Ромашев Ю. С., 2023, с изменениями

Предисловие

Одна из особенностей международного права как самостоятельной системы права заключается в том, что оно по-прежнему в значительной степени состоит из обычных норм. В то время как во всех внутренних системах права значение обычая постоянно снижалось, в международном праве этот источник традиционно играл и продолжает играть существенную роль. Международный обычай, как известно, является древнейшим источником международного права. Именно с него начиналось упорядочение деятельности государств на всеобщем уровне. Наряду с международным договором международный обычай и в настоящее время является одной из форм закрепления норм международного права. Во взаимодействии, взаимодополняемости этих двух основных источников международного права обеспечиваются его стержневые функции¹.

Работа по кодификации международного права, инициированная Комиссией международного права (КМП) Организации Объединенных Наций в середине XX в., и беспрецедентный рост числа договоров в международных отношениях не уменьшили важность международного обычая в международном праве². По ряду важных вопросов это основной способ международного регулирования³. Вместе с тем международный обычай — самый противоречивый источник международного права⁴. Это определяется различными взглядами на правовую природу международного обычая, его структуру, а также особенностями его формирования, функционирования и правоприменения.

¹ См.: *Вьеггжанин А. Н., Каламкарян Р. А.* Роль международного обычая в правовом обеспечении политики государства // *Международное право и современные теории международных отношений: аспекты сочетаемости* (Материалы VII Конвента РАМИ, сентябрь 2012 г.) / под ред. *А. Н. Вьеггжанина*. М., 2013. С. 53.

² См.: *Gulyev K.* Local Custom in International Law // *International Community Law Review*. 2017. Vol. 19. Iss. 1. P. 48.

³ См.: *Hakimi M.* Making Sense of Customary International Law // *Michigan Law Review*. 2020. Vol. 118. Iss. 8. P. 1488.

⁴ См.: *Petersen N.* The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law // *The European Journal of International Law*. 2017. Vol. 28. Iss. 2. P. 357.

Международное обычное право образует основу отношений между государствами — участниками договоров и государствами, не являющимися таковыми¹. Оно представляет собой неписаное право, вытекающее из практики, признанной в качестве правовой нормы². Обычные нормы международного права составляют неотъемлемую часть различных отраслей и институтов международного права.

Проблема обычных норм международного права является одной из самых важных и вместе с тем одной из самых сложных теоретических проблем международного права³. Представления о международном обычае с древнейших времен базируются на доктринальных позициях многих ученых, которые и поныне являются противоречивыми. К сожалению, работ, посвященных исследованию норм, регулирующих весь процесс формирования международных обычаев, их действия, изменения и прекращения существования, т. е. международного обычного нормообразования (далее — обычного нормообразования), которые могли бы представить строгую систему знаний в этой области, не так много. В основном научные работы посвящены исследованию частных вопросов формирования международного обычая, прежде всего его норм, их содержания и установления взаимосвязи с нормами международных договоров. Данный вопрос рассматривали Г. М. Даниленко, Г. И. Тункин, И. И. Лукашук, А. П. Мовчан, С. В. Черниченко, Л. Р. Шаммасова и многие другие как отечественные, так и зарубежные ученые. Так, Г. М. Даниленко в своем труде «Обычай в современном международном праве» подробно рассмотрел сущность и особенности создания обычая в современном международном праве, его значение в условиях продолжающейся кодификации. Им проведен теоретический анализ проблем формирования международных обычаев и их взаимодействия с международными договорами в тех областях международного права, которые были кодифицированы, но в которых в связи со специфическими особенностями международного права международный обычай по-прежнему играет значительную роль⁴. Это можно сказать и о многих других научных работах, посвященных международному обычаю. Однако это только отдельные аспекты исследования обычного нормообразования, которые не охватывают все его стадии от создания обычных норм международного права до прекращения их существования.

¹ См.: Международное право = *Volkerrecht* / В. Г. Виттурум и др.; пер. с нем. М., 2011. С. 92.

² См.: Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия. Дополнение № 10, п. 66 (Док. ООН, А/73/10).

³ См.: Тункин Г. И. Теория международного права / под общ. ред. Л. Н. Шестакова. М., 2000. С. 98, 99.

⁴ См.: Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. М., 1988.

Порядок заключения, действия, прекращения действия международных договоров, понятийный аппарат в данной сфере охватываются целым комплексом норм международного права, именуемым правом международных договоров. Это общепризнанная как в науке, так и на практике отрасль международного права. Вместе с тем в доктрине международного права¹ четко не обозначена область правового регулирования, связанная с обычным нормообразованием, а также не установлено единое ее наименование. В работах ученых можно встретить самые различные термины для обозначения этой области международного права: «право обычаев»², хотя термин «обычай» — это не только международное правовое, но и внутригосударственное правовое явление³, «вторичные нормы»⁴, или «мета-нормы»⁵, и др. Термин «обычное международное право» («customary international law») здесь неприемлем, так как обозначает весь массив обычных норм международного права. По нашему мнению, данную область можно было бы именовать правом международных обычаев («law of international customs»), это более точное название, отражающее характер норм, его наполняющих.

Под правом международных обычаев предлагается понимать область международного права, включающую в себя совокупность норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения в вопросах формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования, понятийный аппарат в данной сфере. В настоящем исследовании автор опирается на такое наименование и содержание данного термина.

¹ Термин «доктрины», которые часто также называют «трусами», следует понимать в широком смысле. Они включают в себя и доктрины в неписьменной форме, такие как лекции и аудиовизуальные материалы (Док. ООН, А/73/10, с. 170).

² См.: *Даниленко Г. М.* Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Советский ежегодник международного права, 1982. М., 1983. С. 151—171; *Менжисский В. И., Даниленко Г. М.* Процесс образования и действия международного обычного права // Международное право и международный порядок / отв. ред. *Н. А. Ушаков*. М., 1981. С. 58—60.

³ См.: *Гурова Т. В.* Актуальные проблемы теории источников права: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000; *Малова О. В.* Правовой обычай как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Обычай в праве: сб. СПб., 2004; *Портиков А. И.* Обычай в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; *Свечникова Л. Г.* Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004; и др.

⁴ См.: *Hart H.* The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 78.

⁵ См.: *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. No. 3. P. 524, 538—540.

На наш взгляд, как с научной, так и с прикладной стороны требуется дальнейшее рассмотрение следующих основных вопросов, ряд из которых, по нашему мнению, должны найти формальное отражение в международном праве:

— определение международного обычая как источника международного права и как нормы международного права. Это один из основных вопросов, стержень обычного нормообразования и вообще правоприменения. Требуется юридическое осмысление структуры обычной нормы международного права, в частности, следует определиться, что понимается под общей практикой и признанием в качестве правовой нормы. При этом важное значение имеет выработка общей методики выявления наличия международного обычая;

— уточнение разновидностей международных обычаев и их юридической силы;

— раскрытие вопросов формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования;

— выявление взаимосвязи права международных договоров и права международных обычаев в контексте обычного нормообразования и другие актуальные вопросы в этой области.

Исходя из этого, настоящая работа посвящена теоретико-методологическим вопросам права международных обычаев, основам обычного международного нормотворчества, тем проблемам, которые стоят перед учеными и практиками в этой области, а также выработке отдельных путей их решения. В ней рассмотрен процесс формирования обычных норм международного права, их изменения и прекращения существования, вопросы взаимодействия в рамках этого процесса с договорными нормами международного права. Уделено внимание уяснению места права международных обычаев в системе международного права, понятийному аппарату в данной сфере. Приведены многочисленные точки зрения ученых. При этом автор не преследует цель обобщения заслуживающих внимания научных работ предшественников по международному праву, хотя на них он, несомненно, опирается. Он предлагает свою уточненную концепцию обычного нормообразования, сущности и содержания права международных обычаев, которая отчасти нашла отражение в отдельных его научных трудах, опубликованных ранее¹. Представленная точка зрения, может быть, найдет одоб-

¹ См.: Ромашев Ю. С. Некоторые подходы к определению условий формирования общепризнанных норм международного права // Российский ежегодник международного права. М., 1999. С. 297—306; Он же. Об условиях общепризнанности норм международного права // Общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия: матер. Все-

рение, а может быть, и вызовет критику, которая будет полезной, если оппоненты предложат свой подход по данной сложной проблематике.

Право международных обычаев является активно развивающейся областью международного права и научных знаний. За относительно короткий срок, прошедший после выхода в 2020 г. первого издания монографии, появились новые международные документы, касающиеся общих принципов права, императивных норм международного права и ряда других актуальных вопросов, тесно связанных с обычным нормообразованием. Была расширена эмпирическая база исследования, которую составили многочисленные международные документы. Важное место среди них отводится решениям Международного Суда ООН, Комиссии международного права ООН, а также практике государств в рассматриваемой области. Автором продолжено осмысление этой области научных знаний в вопросах эволюции и отмирания обычных норм международного права, использования клаузулы *rebus sic stantibus* о неизменности обстоятельств к международным обычаям. Это способствовало получению представления об условиях существования обычных норм международного права, что имеет важное значение для правоприменения. Также продолжилась работа по уточнению места и роли права международных обычаев в системе международного права, в российской правовой системе, по выявлению норм международного права, составляющих основное наполнение права международных обычаев, уточнению их формулировок.

Результаты проведенных исследований, апробированных автором в ходе его выступлений на научных конференциях, представлены в настоящем дополненном и переработанном издании.

рос. совещания (Москва, 24 декабря 2002 года) / под ред. М. А. Митюкова, С. В. Кабышева, В. К. Бобровой и А. В. Сычевой. М., 2004. С. 74—77; *Он же*. Право международных обычаев в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 103—112; *Ромашев Ю. С., Остроухов Н. В.* Практика как основа формирования международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 186—199; *Ромашев Ю. С.* Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 124—148; *Он же*. О необходимости заключения Конвенции о праве международных обычаев // Евразийский юридический журнал. 2018. № 3 (118). С. 135—138; *Он же*. Эволюция и прекращение существования обычных норм международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 122—143; *Он же*. Клаузула *rebus sic stantibus* в праве международных обычаев // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 194—215; *Он же*. Общие принципы права в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 148—174; *Он же*. К вопросу о понятии международного обычая // Московский журнал международного права. 2022. № 1. С. 27—37; *Он же*. Международный обычай в российской правовой системе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 195—221.

Глава 1. Право международных обычаев в системе международного права

§ 1. Правовая природа, предмет, особенности права международных обычаев

Существование права международных обычаев как международно-правового института вряд ли будет оспариваться специалистами и учеными в области международного права. Называть эту область самостоятельной отраслью международного права пока, на наш взгляд, преждевременно. Слишком незначительное число известных норм она содержит по сравнению с правом международных договоров, да и теория международного обычая еще недостаточно четко сформировалась.

Многие ученые называют международное право системой норм, что противоречит пониманию системы, его интегративности, целостности. При этом не учитываются другие свойства, присущие любой системе. Даже если рассматривать международное право как сложную самоорганизующуюся систему, состоящую из огромного числа компонентов (норм), то указанные системные свойства выявить сложно. Значительное число норм международного права давно не являются действующими или в настоящее время не имеют практики правоприменения, что не оказывает заметного влияния на эффективность международного права как системы.

Вместе с тем международное право можно представить в виде системы отраслей и институтов международного права, составляющих единое целое. Они взаимосвязаны, т. е. не являются независимыми. Сложно найти ту или иную отрасль международного права, которая является «стерильной», независимой от других отраслей. Например, международное морское право тесно связано с международным экономическим, экологическим, правоохранительным¹, гуманитарным правом, правом международных договоров. Их основу наряду с договорными нормами составляют обычные нормы международного права. Указанная зависимость существует и в отношении права международных обычаев, являющегося компонентом (подсистемой) междуна-

¹ См.: Ромашев Ю. С. Международное правоохранительное право. 3-е изд. М., 2018.

родного права. Оно тесно связано со всеми отраслями и институтами международного права, прежде всего ввиду того, что обычные нормы международного права пронизывают все области международного права, являются одним из базовых, системообразующих его элементов. Право международных обычаев наряду с правом международных договоров способствует жизнеспособности международного права, его развитию и видоизменению. В свою очередь, прекращение его действия, как и любого другого структурного элемента международного права, его отрасли или института, может заметно сказаться на функционировании международного права как системы.

Право международных обычаев отличается от права международных договоров своей спецификой, прежде всего особенностями объекта и предмета правового регулирования, источников и норм, а также, как уже отмечалось выше, незначительным числом норм. Есть у этих отраслей международного права и похожие признаки.

Объектом регулирования права международных обычаев являются межгосударственные отношения, возникающие между государствами, иными субъектами международного права в процессе формирования международных обычаев, их действия, изменения и прекращения существования. Не вызывает сомнения существование *нормы о правоспособности государств и иных субъектов международного права участвовать в международном правотворчестве, в частности в формировании международных обычаев*. Предмет правового регулирования охватывает особенности этого процесса обычного нормообразования, учитывает его закономерности. Именно поэтому эта область международного права содержит в большей степени процессуальные нормы. Вместе с тем важное значение для этого вопроса имеет и закрепление понятийного аппарата в данной области.

Специфическая особенность права международных обычаев проявляется в характере и содержании его источников. Как правило, считается, что международный обычай состоит лишь из одной нормы международного права. Поэтому возникновение новой обычной нормы международного права сопровождается появлением нового источника международного права — международного обычая.

Существуют различные точки зрения относительно того, какие нормы международного права регулируют процесс обычного нормообразования. Одна из них заключается в том, что это практика государств, не являющаяся юридически обязательной, другая — что приоритетная роль отводится самим обычным нормам международного права или что обычные нормы в этом вопросе находятся в ста-

дии формирования. Мнения, что в основе права международных обычаев лежат обычные нормы международного права, придерживаются многие ученые. Согласно точке зрения И. И. Лукашука, процесс создания и осуществления обычных норм регулируется обычаем, а Венские конвенции о праве договоров закрепили не только правила, отражающие специфику договоров, но и правила, общие для всех международно-правовых норм¹. По мнению Г. М. Даниленко, в действительности современное международное право содержит комплекс норм, относящихся ко всем его источникам, в том числе к международному обычаю².

В доктрине международного права сложились две позиции по вопросу создания обычных норм международного права, лежащих в основе международных обычаев, в том числе обычного нормообразования: первая — нормативность создания такого рода норм, т. е. точка зрения, согласно которой отношения государств по поводу установления, изменения или прекращения их международно-правовых обязательств, включая отношения по поводу создания обычных норм международного права, осуществляются в рамках, очерченных самими нормами международного права; вторая — спонтанность создания обычных норм международного права, т. е., согласно мнению ученых, отстаивающих эту точку зрения, обычное нормообразование не регламентируется какими-либо правовыми нормами³.

Нормативистская позиция нашла широкое распространение среди ученых-международников, точка зрения которых совпадает с общими подходами, сложившимися в правовой науке о нормах права, предназначение которых — создание других норм международного права⁴. По мнению Х. Харта, в любой развитой системе права наряду с «первичными» существуют «вторичные» нормы, регулирующие процедуры создания первичных норм и основывающиеся на «конечной норме признания»⁵.

Позиция спонтанности создания обычных норм международного права широко критикуется большинством ученых-международников. Например, Л. Р. Шаммасова указывает, что такой подход не просто лишает процесс формирования обычая нормативных рамок, но и делает

¹ См.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник. М., 1997. С. 128.

² См.: Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. С. 23.

³ См.: *Visscher de Ch. Theory and Reality in Public International Law* (English Translation). Princeton, 1968. P. 153—154, 69—71, 728—732.

⁴ См.: *Kunz J. Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law* // *American Journal of International Law*. 1958. Vol. 52. P. 80—89.

⁵ См.: *Hart H. Op. cit.* P. 89—113.

невозможным более или менее четкое определение того, какие обычно-правовые нормы существуют на сегодняшний момент в международном праве, так как субъективные толкования в данном случае ничем не ограничиваются¹.

По нашему мнению, в области обычного нормообразования можно говорить как о сложившихся, так и о складывающихся обычных нормах международного права.

Вместе с тем международный обычай возникает в результате естественного исторического процесса, в ходе практики, в то же время международный договор — в результате планомерной, целенаправленной деятельности государств, иных субъектов международного права. Международный обычай отражает объективные реалии, в то время как международный договор — как объективные сложившиеся отношения, так и будущие потребности субъектов международного права в урегулировании международных отношений.

Если частично согласиться с точкой зрения о стихийности обычного нормообразования, то такая стихийность, видимо, обусловлена отсутствием соответствующей воли государств, еще слабой скоординированностью их усилий на международной арене по данному вопросу, отсутствием соответствующих критериев нормообразования. Действия государств могли бы быть направлены на активизацию и упорядочение этого процесса. Обычное международное право могло бы разрабатываться государствами планомерно и целенаправленно, чтобы более оперативно реагировать на конкретные новые вызовы в международном плане, в обстоятельствах, когда маловероятно, что международный договор может быть разработан в необходимое время для решения стоящих проблем².

Таким образом, в вопросе обычного нормообразования мы наблюдаем сочетание объективного и субъективного. Объективное проявляется в том, что это исторический процесс, связанный с появлением и дальнейшим функционированием международных обычаев, норм, их содержащих. Субъективное — в отсутствии четкой позиции государств в вопросе разработки и признания на всеобщем уровне четких критериев, позволяющих установить процедуру и оценить результаты обычного нормообразования.

¹ См.: *Шаммасова Л. Р.* Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 60, 61.

² См.: *Campbell B.* The Dynamic Evolution of International Law — the Case for the More Purposeful Development of Customary International Law // *Victoria University of Wellington Law Review*. 2018. Vol. 49. Iss. 4. P. 565.

Можно встретить точку зрения, что нормы права международных обычаев могут содержаться и в международных договорах. При этом делаются ссылки на формулировки Статута Международного Суда ООН, Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. По нашему мнению, закрепление в международном договоре формулировок, связанных с обычным нормообразованием, свидетельствует о том, что либо в договоре нашла отражение сложившаяся обычная норма международного права, либо в нем закреплена договорная норма, которая в перспективе может стать обычной нормой международного права. Этот подход нашел отражение и в резолюции, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 20 декабря 2018 г., «Выявление международного обычного права» (далее — резолюция ГА ООН 2018 г. о выявлении международного обычного права), согласно которой норма, закрепленная в договоре, может отражать норму международного обычного права, если установлено, что договорная норма: кодифицировала норму международного обычного права, существовавшую во время заключения договора; привела к кристаллизации нормы международного обычного права, которая начала возникать до заключения договора; или положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*), тем самым порождая новую норму международного обычного права¹. Даже закрепленный в Статуте Международного Суда ООН двухэлементный состав международного обычая вызывает споры среди ученых и практиков о существовании соответствующего обычая.

Весьма ошибочным является утверждение многих ученых и практиков о том, что международный обычай ушел в прошлое и в настоящее время используются в основном международные договоры. Можно только отчасти согласиться с последним утверждением. Здесь следует отдельно остановиться на вопросе общего содержания международного права как целостной системы. Не всегда на этом вопросе акцентируется внимание при изучении международного права. Нередко у практических работников, да и многих специалистов в области внутригосударственного права, существует довольно расплывчатое представление о роли международного обычая и общих принципов права в регулировании межгосударственных отношений.

Международное право, как известно, представляет собой систему, состоящую из двух основных компонентов — общего международного права² и договорного права. Общее международное право, представ-

¹ См.: Док. ООН, A/RES/73/203.

² Термин «общее международное право» нередко используется в различном контексте, в том числе для обозначения норм международного права общего применения,

ленное прежде всего обычными нормами международного права, — это базовая среда международного права. Такие нормы могут существовать параллельно с договорными нормами международного права¹.

В праве международных обычаев сложилась *обычная норма об автономности существования обычной нормы международного права вне зависимости от того, что она нашла отражение в международном договоре*. Нередко обычные нормы соотносятся с договорными нормами международного права как общее и конкретное, как предшествующая и последующая норма, если предмет их регулирования совпадает.

Вместе с тем при отсутствии договорных норм по конкретному вопросу правового регулирования продолжают действовать обычные нормы международного права в отношении всех государств и иных субъектов международного права. Так, в преамбуле Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.² содержится положение о том, что вопросы, не регулируемые настоящей Конвенцией, продолжают регламентироваться нормами и принципами общего международного права³. Вместе с тем международные договоры при широкой практике содержащихся в них норм являются подпиткой международных обычаев, основой их развития или уточнения. И не следует забывать, что международные договоры довольно часто имеют ограниченный состав участников. В отношении третьих сторон также будут продолжать действовать существующие обычные нормы международного права.

Поэтому обычное международное право не ушло в историю и по-прежнему наряду с договорным правом продолжает выполнять свою роль правового регулятора межгосударственных отношений.

будь то договорное право, или обычное международное право, или же общие принципы права (Док. ООН, А/73/10, с. 136).

¹ Международный Суд ООН в деле «Никарагуа против США» установил также, что существует много иных причин полагать, что, даже если два источника международного права идентичны по содержанию и государство берет на себя обязательства как по нормам обычного права, так и по нормам конвенционного права, эти нормы продолжают параллельное существование, и, в частности, этот вывод оправдан с точки зрения их применимости. См.: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*.

² URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml (дата обращения: 20.06.2019).

³ По мнению Комиссии международного права, под нормами обычного международного права подразумеваются также такие нормы обычного международного права, которые могут быть названы принципами ввиду их более общего и более основополагающего характера (Док. ООН, А/73/10, с. 137). См. также: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment // I. C. J. Reports. 1984. P. 246, at p. 288—290. Para. 79.*

*Mutatis mutandis*¹ можно говорить и о партикулярных (локальных) нормах международного права, обычных и договорных, с ограниченным составом участников.

Компонентом общего международного права являются и общие принципы права. Можно говорить об их определенной, но незначительной по сравнению с международными обычаями роли в праве международных обычаев, его формировании и действии. Закрепление в 1920 г. в Статуте Постоянной палаты международного правосудия положения об «общих принципах права, признанных цивилизованными нациями» (далее — общие принципы права), а затем его дублирование в 1945 г. в Статуте Международного Суда было обусловлено потребностью более эффективного рассмотрения споров между государствами в судебных органах, когда договорное и обычное международное право не позволяло решить эту задачу. Ранее государства в таких случаях нередко руководствовались общими принципами справедливости и равенства, требованиями общественного сознания и законами человечности. Вместе с тем в доктрине международного права и поныне нет единой точки зрения на то, что понимается под общими принципами права, какова их правовая природа и роль в правовом регулировании.

В науке международного права получили распространение различные подходы в отношении предназначения общих принципов права. Общий подход заключается в том, что дополнить международное право, когда оно не способно удовлетворить существующими договорными и обычными источниками, могут принципы, которые сложились на внутригосударственном уровне. Основная функция общих принципов права заключается в заполнении пробелов (лакун) в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях, для того чтобы избежать неясности (*non liquet*). Также считается, что общие принципы права служат средством толкования других норм международного права, инструментом усиления правовой аргументации и даже средством укрепления системного характера международного права².

Также сложился устойчивый подход, согласно которому в основе общих принципов права лежат принципы, вытекающие из национальных правовых систем, и принципы, сформированные в рамках международно-правовой системы, что нашло подтверждение в проекте вывода 3 (*Категории общих принципов права*), полученного в ходе обсуж-

¹ С соответствующими изменениями; с заменой того, что подлежит замене; с учетом соответствующих различий; с изменениями, вытекающими из обстоятельств (лат.).

² См.: Док. ООН, А /СN.4/732, с. 7/79, 8/79.

дения в КМП темы «Общие принципы права»¹. Кроме того, данные принципы должны быть признаны «цивилизрованными нациями»².

По нашему мнению, общие принципы права не какой-либо отдельный, отличный от международных договоров и международных обычаев источник международного права, они являются транспонированными нормами внутригосударственного права или международно-правовыми нормами, имеющими характер принципов, сформированных в рамках международно-правовой системы.

В праве международных обычаев, на наш взгляд, могут быть применимы общие принципы права, свойственные как международно-правовой, так и внутригосударственно-правовой системам или исключительно международно-правовой системе. В частности, это относится к клаузуле *rebus sic stantibus*, которая является принципом права, общим как для внутригосударственного, так и для договорного и обычного международного права. В теории международного права данная клаузула позволяет сторонам соглашения отойти от их обязательств в строго определенных обстоятельствах. На наш взгляд, в праве международных обычаев также применимы *mutatis mutandis* и отдельные общие принципы права юридической техники, например такие как: специальный договор (закон) имеет приоритет над общим (*lex specialis derogat generalis*); последующий договор (закон) имеет приоритет над предыдущим (*lex posteriori derogat legi priori*); норма с большей юридической силой отменяет норму с меньшей силой и др.

На становление права международных обычаев оказывают влияние и иные социальные нормы и факторы самого различного характера, являющиеся внешней средой международного права. Важное место в этом процессе, в частности, занимают рассматриваемые в качестве вспомогательных средств для определения существования обычных норм международного права резолюции международных организаций и конференций, решения Международного Суда ООН, иных международных судов и трибуналов, доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области международного права, деятельность Ассоциации международного права, в рамках которой в

¹ См.: Док. ООН, A/CN.4/732, с. 79/79.

² Использование термина «цивилизрованные нации» является самым обсуждаемым вопросом в научных работах, посвященных общим принципам права, обозначенным в ст. 38 Статута Международного Суда. Противники использования данного термина составляют основную массу ученых. Они считают его анахронизмом: все нации, по их мнению, в настоящее время являются цивилизованными.

2000 г. было принято Лондонское заявление о принципах, применимых к формированию общего обычного международного права¹, являющееся результатом исследования процесса формирования международного обычного права и заявлением о соответствующих правилах и принципах. Заметное влияние здесь оказывает Комиссия международного права, которая сделала заметный шаг в осмыслении обычного нормообразования, завершив работы по выявлению норм международного обычного права. Ею был разработан проект соответствующих Выводов и подробных Комментариев к ним², которые были приняты к сведению в резолюции ГА ООН 2018 г. о выявлении международного обычного права. Настоящие Выводы касаются способов, которым необходимо следовать, чтобы определять существование и содержание норм международного обычного права, но, к сожалению, не их формирования. Ассамблея обратила на представленные Выводы внимание государств и всех тех, кому, возможно, придется выявлять нормы международного обычного права, и призвала обеспечить их максимально широкое распространение. Такого рода деятельность оказывает заметное влияние на формирование политики государств в области обычного нормотворчества и правоприменения. Не исключено, что этот документ будет принят во внимание международными организациями и международными органами для их использования в ходе своей деятельности.

Нечеткость вопроса обычного нормообразования, различия доктринальных подходов в науке международного права негативно влияют на эффективность международно-правового регулирования в целом. В практике своих взаимоотношений государства приходят к согласию не только о закреплении тех или иных источников, но и в отношении содержания тех требований, выполнение которых признается необходимым для завершения нормотворческого процесса³. Ввиду этого вопрос о четких критериях обычного нормообразования, которые связаны с формированием и дальнейшим функционированием международного обычая, его норм и которые, по нашему мнению, в своей основе должны быть обычно-правового характе-

¹ London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000 // Final report of the Committee statement of principles applicable to the Formation of General Customary International Law. 2000. P. 3.

² Док. ООН, А/73/10.

³ См.: *Дашленко Г. М.* Процесс создания обычных норм в современном международном праве. С. 23.

ра, всегда был актуальным и находил отражение в работах ученых-международников. Международный Суд ООН также нередко обращался к данному вопросу при обосновании выносимых решений. Довольно сложно констатировать наличие обычных норм международного права без четкого понимания соответствующих критериев. Устранение пробелов в этой сфере имеет важное не только научное, но и прикладное значение. Государствам и их органам, практическим работникам необходимо знать, какие нормы существуют и как их выявить, имеет ли место их изменение, эволюция, а может быть, наметилась тенденция прекращения их существования. Резолюция ГА ООН 2018 г. о выявлении международного обычного права, как и Комиссия международного права в своих Комментариях к этому документу¹, к сожалению, не в полной мере представила предложения по решению этой задачи, что оставляет поле для дальнейших исследований и обсуждений ученых и практических работников. Поэтому длительная неурегулированность вопросов обычного нормообразования требует активного вмешательства государств, международных организаций, прежде всего ООН, которая может придать универсализм решению этой проблемы. Весьма целесообразно кодифицировать нормы, связанные с обычным нормообразованием. Примером результата такой деятельности стала ст. 38 Статута Международного Суда ООН, содержащая формулировку международного обычая². По мнению И. И. Лукашука, кодификация процесса создания и осуществления обычных норм является в настоящее время довольно сложной задачей, и он предлагал пока применять по аналогии кодифицированное право международных договоров³.

Вместе с тем можно с уверенностью сказать, что в международном праве сложились обычные нормы, которые регулируют вопросы обычного нормообразования. Однако многие правила из-за нечеткости их формулировок, различных позиций государств еще не стали обычными нормами международного права. Как указывалось выше, не следует исключать из этого процесса и общие принципы права. В настоящем исследовании им будет уделено меньшее внимание, чем обычным нормам международного права.

К числу обычных норм международного права, составляющих основу международных обычаев и регулирующих процедуры их формирования, действия, изменения и прекращения существования, а так-

¹ Док. ООН. А/73/10.

² См.: URL: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml> (дата обращения: 12.08.2019).

³ См.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник. С. 128.

же вопросы применения международных обычаев, их норм, по нашему мнению, можно, в частности, отнести:

— норму о признании международного обычая в качестве источника международного права;

— норму о международном обычае как о соглашении, не имеющем письменной формы;

— общую обычную норму о двухэлементном составе обычной нормы международного права и соответствующие ей конкретные нормы о том, что практика — основа формирования международного обычая, а также что для формирования международного обычая необходимо ее признание в качестве правовой нормы;

— норму о правоспособности государств и иных субъектов международного права участвовать в формировании международных обычаев;

— норму о возможности универсальности и партикулярности (локальности) обычной нормы международного права;

— норму о молчаливом согласии с обычно-правовой практикой как акте одностороннего признания;

— норму об обязательности обычной нормы международного права для связанных ею государств;

— норму о праве государства, не согласного с формирующейся обычной нормой международного права, протестовать против нее, чтобы не быть связанным ее положениями (за исключением невозможности протестовать в отношении норм *jus cogens*, являющихся императивными нормами общего международного права);

— норму о том, что последующая практика применения международного обычая устанавливает соглашение участников относительно толкования его содержания;

— норму о возможности какой-либо нормы, содержащейся в договоре, стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковой, как это закреплено в ст. 38 Венской конвенции о праве международных договоров;

— норму об автономности существования обычной нормы международного права вне зависимости от того, что норма нашла отражение в международном договоре;

— норму о добросовестности соблюдения взятых на себя международных обязательств (*pacta sunt servanda*), уважении к ним;

— норму о невозможности обратной силы международных обычаев;

— норму о невозможности участия в *opinio juris* лиц, которые не уполномочены действовать от имени государства, иного субъекта международного права;

— норму о возможности существования обычных норм международного права, носящих императивный характер (норм *jus cogens*), по отношению к другим нормам международного права;

— норму о невозможности ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения государством своего международного обязательства и др.

Некоторые из приведенных норм являются одновременно и нормами права международных договоров.

Таким образом, право международных обычаев, как институт международного права, наряду с правом международных договоров является системным структурообразующим элементом международного права, оказывающим большое воздействие на его функционирование и развитие.

§ 2. Международный обычай как источник международного права и его общее содержание

В основе права международных обычаев лежит *обычная норма международного права о признании международного обычая в качестве источника международного права*. Такая норма сложилась на основе длительной практики и признается таковой всем мировым сообществом. Если термин «право международных обычаев» носит условный, доктринальный характер, то термины «международный обычай», «обычные нормы международного права» носят характер обычных норм-определений, формулировки которых также можно встретить в трудах многих ученых.

Международный обычай занимает в праве особое место. Он сыграл особую роль в процессе зарождения, возникновения и развития права как такового¹. Как в прошлом, так и в настоящее время международный обычай является одним из основных, базовых источников международного права.

Источник права в юридическом смысле рассматривается как внешняя форма закрепления, выражения или существования принятых государствами правовых норм². Л. Р. Шаммасова определяет источник права как форму закрепления и проявления содержания норм права,

¹ См.: Шаммасова Л. Р. Указ. соч. С. 16, 17.

² См.: Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. С. 8.