

*Лайтман Владимир Израйлович,
кандидат юридических наук, доцент,
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова
Laytman Vladimir Izrailovich,
candidate of legal Sciences, associate Professor,
P.G. Demidov Yaroslavl state University
v.laytman@uniyar.ac.ru*

ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

CUSTOM IN THE SYSTEM OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Исследуется значение международно-правового обычая как основного источника международного публичного права.

It discusses the value of international legal custom as a major source of international public law.

Источники международного права, международный обычай, всеобщая практика, Статут Международного Суда ООН.

The sources of international public law, international legal custom, general practice, Statute of the International Court of Justice.

В настоящее время вопрос о роли и значении международного обычая как основного источника международного права остается одним из актуальных и дискуссионных в отечественной и зарубежной международно-правовой науке. Как отмечается в литературе, данная тема требует обновленных исследований, она по-новому востребована в контексте конкретных международных событий, одним из которых является уточнение характеристики правового положения дна Северного Ледовитого океана, когда именно вопрос о месте в нем обычных норм вызвал научную дискуссию¹.

В современном международном праве число международных договоров, в том числе кодификационных конвенций, сейчас огромно, и оно продолжает расти, но при этом значение обычных норм международного права не уменьшается. Напротив, именно они, как показывает практика Международного суда ООН, позволяют урегулировать подчас наиболее сложные споры на основе международного права. Тем не менее при рассмотрении международного обычая (как основного наряду с международным договором источника международного права) отдель-

© Лайтман В. И., 2016

¹ Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Международный обычай как основной источник международного права // Государство и право. 2012. № 6. С. 78–79.

ные ученые говорят о «спонтанном», «почти не осознанном» правотворчестве, об «исторической ауре легитимности», о «подлинном выражении общественных потребностей и ценностей»².

Также упрощенные объяснения, однако, требуют уточнений теоретического порядка, прежде всего вопроса о взаимодействии компонентов, необходимых для формирования международного обычая.

Под международно-правовым обычаем понимают сложившееся в международной практике правило поведения, за которым субъекты международного права признают юридически обязательный характер³.

Характеристика этого источника международного права дана в ст. 38 Статута Международного Суда ООН: международный обычай – «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы».

Обычай приобретает юридическое значение в результате однородных или идентичных действий государств и определенным образом выраженного ими намерения, придать таким действиям нормативное значение. Длительная повторяемость, т. е. устойчивая практика, – это традиционное основание признания обычая как источника права (такое, например, становление обычая в отношении исторических заливов государств). Однако возможно рождение обычая в качестве источника права в короткий промежуток времени (так случилось с почти мгновенным признанием государствами свободы использования космического пространства, позднее получившей договорное закрепление).

Сказанное позволяет выделить следующие неотъемлемые признаки обычая: всеобщая практика государств и ее признание в качестве правовой нормы.

Согласно «классической» интерпретации международного права нормы обычного права формируются именно из комбинированного взаимодействия обоих элементов, конституирующих международный обычай: установившаяся, широко распространенная, последовательная практика государств; и субъективный элемент (ее признание в качестве нормы права), известный как *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в правомерности и необходимости), для краткости называемый *opinio juris*⁴.

Практика включает в себя несколько элементов. Она должна быть, во-первых, продолжительной: необходимо время, чтобы формирующееся правило было признано сообществом в качестве нормы. Во-вторых, единообразной и постоянной. Противоречивость и прерыви-

² Show V.N. International Law. Cambridge, 2008. P. 72, 73.

³ Глебов И.Н. Международное право: словарь. М., 2010. С. 264.

⁴ Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Значение международного обычая в современном международном праве // Московский журнал международного права. 2012. № 2. С. 8.

стость практики не способствует возникновению обычной нормы. В-третьих, всеобщей, т. е. свидетельствующей, что определенное правило применяется убедительным большинством государств. Вместе с тем, как подчеркнул Международный суд ООН в одном из своих решений, обычная общепризнанная норма не действует в отношении государства, которое всегда возражало против ее применения.

Названные элементы образуют еще не обычай, а только обыкновение. Оно представляет собой правило поведения, которое соблюдается в силу удобства, целесообразности и т. п., но отступления и даже нарушения которого не считаются международными правонарушениями и не порождают международно-правовой ответственности государства или другого субъекта международного права. Обыкновения очень часто встречаются в области дипломатического протокола, хотя некоторые его нормы давно уже превратились в международно-правовые. Иногда нормы протокола относят к правилам международной вежливости. Действительно, протокольные нормы называют международными стандартами вежливости. Как полагают отдельные авторы, к международной вежливости скорее всего надо отнести просто благожелательное поведение одного субъекта международного права по отношению к другому (в подавляющем большинстве государств по отношению к государству), не предполагающее неоднократного его повторения. Понятие международной вежливости ближе к понятию поведения в духе доброй воли. Например, особое внимание, проявленное к бывшему президенту другого государства, приехавшего как частное лицо, – международная вежливость. Выдача преступника одним государством другому по просьбе последнего, несмотря на то, что между ними нет никаких обязательств в этой области, – действие в духе доброй воли. Оно может рассматриваться и как проявление международной вежливости⁵.

Специфика создания обыкновения состоит в том, что правило поведения складывается в результате единообразной деятельности государств, их устойчивой практики. Элементами обыкновения являются устойчивость, повторяемость, регулярность применения, освоенность, длительность.

Для формирования же обычной нормы международного права необходим второй, субъективный элемент – *opinion juris*, т. е. признание правила в качестве юридически обязательного.

«Самое главное для понимания процесса формирования международно-правового обычая, – отмечает А. Фердросс, – практика государств и признание ими юридической силы обычая, или иначе, должна

⁵ Международное право : учебник / отв. ред. С.А. Егоров. М., 2014. С. 76–77.

быть юридическая убежденность (*opinio juris*), понимание того, что возникшее правило является нормой международного права»⁶.

И.И. Лукашук также пишет о концепции *opinio juris*. По его мнению «представляется правильным определить *opinio juris* как признание субъектами международного права характера юридической нормы за правилом сложившимся в практике или сформулированным иным образом. Такое признание может быть дано в ясно выраженной форме заявления или другого официального акта, однако более распространенной является форма молчаливого или подразумеваемого признания. При формировании общего международного права основную роль играет отсутствие протеста»⁷.

На первый взгляд трудно установить, признает или нет конкретное государство юридическую обязательность определенного правила. В действительности же целый ряд действий государств выражает не только занимаемую позицию, но и мотивы юридического характера, субъективное отношение к той или иной норме, например, выступления в обоснование своих претензий, протесты против поведения других государств, показания в международных судебных и иных органах, выступления по проектам договоров, голосование по ним, выступления на международных конференциях, ссылки на резолюции Генеральной Ассамблеи ООН и других органов, принятие внутреннего закона, даже воздержание от протестов против поведения других государств.

На вопрос о порядке формирования обычных норм международного права существуют различные точки зрения. Одни авторы считают, что нормы договорного и обычного характера создаются в результате согласованного волеизъявления государств⁸. Другие ученые полагают, что государства непосредственно путем волеизъявления не создают обычные нормы международного права. По их мнению, эти нормы вырастают из международной жизни. Государства, согласно ст. 38 Статута Международного Суда всего лишь признают международный обычай в качестве правовой нормы⁹.

Такая позиция представляется нам спорной. Как справедливо отмечается в литературе «существо процесса создания норм международного права путем обычая состоит в соглашении между государствами, которое в этом случае является «молчаливым», а не явно выраженном, как в договоре»¹⁰. Можно говорить в данном случае о молчаливом со-

⁶ См.: Фердрос А. Международное право. М., 1959. С. 52.

⁷ Лукашук И.И. Обычные нормы современного международного права. // Московский журнал международного права. 1994. № 2. С. 36.

⁸ Международное право : учебник для бакалавров / под ред. А.Я. Капустина. М., 2016. С. 102.

⁹ Бекашев К.А. Возможный вклад глобализации в развитие международного права // Московский журнал международного права. М. 2014. № 3. С. 36.

¹⁰ См.: Курс международного права. В 6 т. Т. 1. С. 180.

гласии государств по двум позициям: относительно единообразного поведения; и относительно признания такого поведения в качестве правовой нормы. Согласие же между государствами возможно только в результате их свободного волеизъявления. Следовательно, обычные нормы международного права так же, как и договорные нормы, являются результатом согласования воли государств.

Следует отметить, что в литературе предпринимаются попытки построения соподчиненности между договорными и обычными нормами. Так, К.А. Бекяшев пишет: «Вне сомнения, договорные нормы являются приоритетными, нежели обычные». Например, в преамбуле Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. сказано, что «вопросы, не регулируемые настоящей конвенцией, продолжают регулироваться нормами и принципами общего международного права». В ст. 38 Статута Международного Суда ООН в начале указаны международные конвенции, а затем уже международный обычай»¹¹.

На наш взгляд, для построения четкой соподчиненности между двумя основными источниками международного права – международным договором и международным обычаем нет оснований. Несмотря на существенные различия договора и обычая, очевидные преимущества в форме выражения и использования договорных норм и некую «призрачность» обычных, оба источника международного права юридически равнозначны. Международное право не дает оснований для предположения и различной юридической силы обычая и договора в пользу договора. Договор и обычай в равной мере обязательны для тех государств (субъектов вообще), на которые они распространяются.

О равной юридической силе свидетельствует и взаимодействие международного договора и международного обычая. Можно выделить три формы взаимодействия.

Первая – договорные нормы заменяют обычные в процессе кодификации международного права (например, Венская конвенция о праве Международных договоров 1969 г.¹², Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г.¹³). Поскольку при переходе от обычая к договору новый источник заменяет прежний только для участвующих в договоре государств, типичны ситуации, когда по одному и тому же вопросу применяются одновременно оба источника – и международный договор, и международный обычай, но каждый применительно к «своей» группе государств. Например, правила, регламентирующие дипло-

¹¹ См.: Бекяшев К.А. Указ. соч. С. 36.

¹² Венская Конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. // Международное публичное право: сборник документов : в 2 т. Т. 1. М., 1996. С. 67–87.

¹³ Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. // Международное публичное право: сборник документов : в 2 т. Т. 1. М., 1996. С. 176–185.

матические иммунитеты, проистекают из Венской конвенции о дипломатических сношениях для участвующих в ней государств и из многовекового обычая для государств, не участвующих по каким-либо причинам в Конвенции.

Вторая – обычная норма может заменять договорную. Так, ст. 64 Венской конвенции о праве международных договоров предусматривает: если возникает новая императивная норма общего международного права (*jus cogens*), то любой существующий договор, противоречащий ей считается недействительным и прекращается.

Третья форма – взаимное дополнение договора и обычая, когда обычные нормы расширяют сферу действия договорных. Во многих договорах формулируется положение о сохранении и дальнейшем применении обычаев по вопросам, не решенным в договорах. Так, в преамбуле Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. подтверждается, что «нормы международного обычного права будут продолжать регулировать вопросы, прямо не предусмотренные положениями настоящей Конвенции». Аналогичные формулировки содержатся в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.¹⁴ и в других документах. Это так называемое предметное дополнение.

Возможна и иная ситуация: когда государства, не становясь формально участниками договора, признают его нормы обязательными в своей практике. Договор, таким образом, становится обязательным для них «обычным» путем, т. е. действует в форме обычая («субъектное» дополнение).

В заключение отметим, что общая тенденция развития международного права состоит в упрочении позиций обычая как основного (наряду с международными конвенциями) его источника.

Особое значение международного обычая заключается в объективной востребованности тех общих критериев должного поведения, признаваемых в сообществе государств. В их числе специально следует выделить нацеленность на препятствование искажающему эффекту формального исполнения договорных норм в конкретных случаях, когда такое исполнение ведет к явно несправедливому результату. Не случайно Международный Суд ООН обозначает критерии восхождения конкретной договорной нормы к норме общего (обычного) права. Отсюда подчеркивание Судом основополагающей роли обычных норм в международном правопорядке, в обеспечении широкого международного сотрудничества, в том числе и в новых областях отношений государств, предметно пока еще не урегулированных договорными нормами.

¹⁴ Конвенция ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г. // Международное публичное право: сборник документов : в 2 т. Т. 2. М., 1996. С. 242–320.