

1//895325(039)

Ю. С. Ромашев

Право международных обычаев

2-е издание



Издательство
НОРМА

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.: *Вылегжанин 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. Вылегжанина*. М., 2013. С. 53.

² См.: *Guliyev 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 = *Völkerrecht* / В. Г. Виттум 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 «трудами», 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; Менжинский 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.

Оглавление

Предисловие	5
Глава 1. Право международных обычаев в системе международного права	10
§ 1. Правовая природа, предмет, особенности права международных обычаев	10
§ 2. Международный обычай как источник международного права и его общее содержание	21
Глава 2. Формирование международного обычая	34
§ 1. Практика как основа формирования международного обычая	34
Субъекты практики	35
Характер отношений, лежащих в основе практики	40
Виды деятельности государств, иных субъектов международного права, составляющие основу практики	45
Требования к обычно-правовой практике	46
§ 2. Признание практики в качестве правовой нормы (opinio juris) при формировании международного обычая	58
Необходимость opinio juris и выявление его роли в процессе обычного нормообразования	62
Практика, которая не может стать предметом правового признания	70
Субъекты правового признания	71
Формы признания	71
Уточнение количественных и качественных критериев и показателей формирования обычной нормы международного права	82
Глава 3. Эволюция, отмирание и актуальные вопросы действия международного обычая	94
§ 1. Изменение международного обычая и прекращение его существования	94

Влияние новой нормы, появившейся в законодательствах государств	104
Влияние новой договорной нормы международного права ...	105
Влияние норм международного «мягкого права»	108
§ 2. Роль клаузулы rebus sic stantibus	
в праве международных обычаев	112
Клаузула rebus sic stantibus как общий принцип права	113
Клаузула rebus sic stantibus в международном праве	114
Оценка применения клаузулы rebus sic stantibus в обычном международном праве	117
Клаузула rebus sic stantibus и международные обычаи о прохождении государственной границы	127
§ 3. Отдельные вопросы правопреемства	
в отношении международных обычаев	130
Глава 4. Повышение эффективности функционирования права международных обычаев	134
§ 1. Кодификация и прогрессивное развитие права международных обычаев. О необходимости заключения Конвенции о праве международных обычаев	134
§ 2. Применение международных обычаев. Выработка общей методики выявления международного обычая	143
Общая методика выявления обычной нормы международного права	145
Заключение	155
Библиография	162