

Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая



Ю.С. Ромашев

профессор кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev_us@mail.ru



Аннотация

Одним из самых важных вопросов в праве международных обычаев является признание всеобщей практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Отсутствие единого мнения по данному вопросу на международном уровне и общей позиции в науке приводит к низкой эффективности правового регулирования межгосударственных отношений. В научных трудах нередко используются не основанные на объективных реальностях подходы. Статья содержит отдельные важные теоретические положения и предложения по решению этой проблемы. Так, наличие *opinio juris* является неотъемлемым субъективным элементом обычной нормы международного права, как и практика, отвечающая необходимым требованиям обычного нормообразования. Субъектами признания могут быть государства и иные субъекты международного права, участвующие в международном нормообразовании. Такие действия могут проявляться в действиях государственных органов и их должностных лиц, которые в соответствии с международным правом и (или) законодательством государств могут выступать от их имени. *Opinio juris* со стороны государств, как правило, осуществляется в ходе становления всеобщей практики. Признание должно осуществляться правовыми способами и быть легитимным согласно законодательству государства, его международным обязательствам. К основным формам признания наряду с молчаливым согласием можно относить: одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права; включение правила поведения в внутригосударственный нормативный правовой акт; включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками, если рассматривать эти документы как акты одностороннего признания; при определенных условиях — судебное решение в государстве. Основным условием общепризнанности нормы международного права является ее признание большинством государств (значение которого установлено и формально закреплено мировым сообществом), интересы которых в наибольшей мере затрагиваются применением этой нормы. Это требует правовой формализации и даже кодификации качественных и количественных критериев и соответствующих им показателей формирования обычной нормы международного права. Устранению разногласий в позициях субъектов между-

народного права, выработке единого подхода к вопросу будет способствовать разработка и принятие универсальной конвенции о праве международных обычаев.



Ключевые слова

международное право, международные отношения, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, обычные нормы международного права, международная практика.

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С. Признание практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) при формировании международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 124–148.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148

Одним из важных элементов становления обычной нормы международного права, как это отмечено в ст. 38 Статута Международного Суда ООН (далее — МС ООН), является признание всеобщей практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Значение, функции, характеристика *opinio juris*, особенности формирования и другие важные вопросы всегда являлись предметом внимательного исследования в науке международного права¹. Вместе с тем, если необходимость практики в качестве основного элемента международного обычая поддерживается большинством юристов, то важность ее юридически обязательного признания и его содержание вызывает много споров как в науке, так и практике международных отношений. Именно различие в позициях различных государств в отношении *opinio juris*, нередко подкрепляемых мнениями ученых, приводит к ухудшению качества функционирования всего института права международных обычаев, снижению эффективности международно-правового регулирования, где значение обычных норм международного права по-прежнему велико.

Без придания юридической силы тому или иному правилу поведения в отношениях субъектов международного права невозможно говорить о наличии нормы права. Различие в понимании *opinio juris* приводит к тому, что у субъектов международного права нет общей позиции о существовании соответствующей обычной нормы международного права. Как говорить о наличии правоотношения, когда один из субъектов считает, что существу-

¹ *Dahlman C.* The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law // *Nordic Journal of International Law*. 2012. Vol. 81. P. 327–339; *Elias O.* The Nature of the Subjective Element in Customary International Law // *International and Comparative Law Quarterly*. 1995. Vol. 44. P. 501–520; *Taki H.* *Opinio Juris* and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis // *German Yearbook of International Law*. 2008. Vol. 51. P. 447–466 и др.

ет обычная норма международного права, а другой доказывает обратное? Тогда во многих случаях о всеобщности международного обычая не может идти и речи, а приходится говорить только о его локальности в отношении государств, имеющих схожие позиции.

Несмотря на то, что Комиссия международного права подчеркивает необходимость гибкости обычного нормообразования, именно отсутствие общего согласия по данному вопросу, его общей теории и методологии, множество субъективных оценок вызывают потребность в выработке общего подхода к пониманию *opinio juris* и даже его кодификации на международном уровне. Как известно, с большими усилиями была разработана Конвенция о праве международных договоров (1969), где мировое сообщество пришло к единому пониманию разработки, действия и прекращения действия межгосударственных международных договоров. Аналогичную позитивную роль могла бы сыграть и конвенция о праве международных обычаев. Усилия в поисках согласия по данному вопросу предпринимаются многими учеными-международниками, в том числе в рамках Комиссии международного права, где профессор М. Вуд ежегодно делает обстоятельные аналитические доклады, а МИД России принимает активное участие в поиске общих подходов².

Решение данной проблемы осложняется тем, что в научных трудах нередко используются старые и далекие от практики подходы, искусственные конструкции. Многие ученые пытаются навязать субъективные мнения, игнорируя особенности (заложенные в конституциях и иных законах) внутригосударственного и международного нормообразования. Нередко государства болезненно реагируют, если им кто-то пытается указать, что норма, не содержащаяся в их законодательстве или международном договоре, является для них обязательной.

В каждом случае оценка внутригосударственных правовых позиций по принятию новой нормы обычно-правового характера в правовую систему государств заслуживает отдельного рассмотрения. Попытки упростить данный вопрос приводит не скорому получению требуемого результата, а наоборот, к откладыванию его на длительную перспективу, к дальнейшим разногласиям между государствами. Все это требует разработки теории и методологии данного вопроса, основанных на объективной реальности, хотя субъективизм оценок государств в данном вопросе исключить нельзя, но его можно уменьшить путем формализации на международном уровне отдельных вопросов обычного нормообразования.

Настоящая статья является продолжением цикла работ автора, посвященных теоретико-методологическим вопросам права международных

² Документы ООН: A/CN.4/659, A/CN.4/663, A/CN.4/672, A/CN.4/682, A/CN.4/695.

обычаев, в том числе становления обычных норм международного права, проблемам, стоящим перед учеными и практиками в этой области, а также выработке отдельных путей их решения.

В связи с этим к одним из ключевых проблемных вопросов, связанных со вторым, субъективным элементом обычного нормообразования, можно отнести: установление необходимости *opinio juris* и выявление его роли в процессе обычного нормообразования; определение практики, которая не может стать предметом правового признания; определение субъектов и форм правового признания; уточнение количественных и качественных критериев и показателей формирования обычной нормы международного права.

Необходимость *opinio juris* и выявление его роли в процессе обычного нормообразования. Чтобы правило поведения, получившее всеобщую практику (обыкновение), стало обычной нормой международного права, важно ее признание в качестве юридически обязательного правила (*opinio juris*, сокращение от *opinio juris sive necessitates* — убеждение в праве или в необходимости). Данное требование означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием ее юридической обязательности. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от привычки или обыкновения³. Необходимость такого признания уже стало общепризнанной нормой международного права⁴ и международным обычаем. Согласно научной доктрине, воспринятой многими странами, в деятельности МС ООН и других международных судебных органов признание является решающим и завершающим элементом создания обычных норм международного права. Заметим, что изменение отношения к важности второго, субъективного элемента находит все большее понимание среди юристов-международников. Вместе с тем нельзя отрицать, что одноэлементный подход, заключающийся в абсолютизации практики или *opinio juris* как определяющих элементов при формировании международных обычаев⁵, по-прежнему имеет место в доктрине международного права.

Существует самое различное толкование термина *opinio juris* как в научной доктрине, так и в деятельности международных органов. Так, например, Д. Кунц считает, что в его основе «должно существовать убеждение, что практика является юридически обязательной»⁶. Комиссия международного

³ Второй доклад «Выявление международного обычного права», подготовленный специальным докладчиком Майклом Вудом / Комиссия международного права. 66-я сессия. Женева, 5.05–6.06 и 7.07–8.08 2014. Документ ООН A/CN.4/672. С. 64.

⁴ Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С. 103.

⁵ Cheng B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World // Structure and Process of International Law. The Hague, 1983. P. 531.

⁶ Kunz J. The Nature of Customary International Law // American Journal of International Law. 1953. Vol. 47. P. 667.

права нередко рассматривает *opinio juris* как «ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы», «признание государствами необходимости в норме», «убежденность» или «взгляды» государств в отношении существования или содержания конкретной нормы, «убедительные свидетельства»⁷.

МС ООН использовал такие выражения, как «ощущение юридической обязательности», «убежденность в обязательности практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать», «сознание правового обязательства», «признание необходимости», «уверенность в необходимости», «убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике», «осознанное намерение», «общее представление, отражающее уверенность в отношении права», «общее ощущение обязательного характера практики», «фактическое осознание подчинения правовому обязательству», «осознание обязательного характера этой нормы», «уверенность в том, что стороны применяют право», «присутствие в представлении государств уверенности, уверенности в законности, так что они принимали эту практику в качестве правовой нормы, от применения которой они, соответственно, не могли уклониться»⁸. Заметим, что этот международный судебный орган неоднократно выносил решения по межгосударственным спорам о наличии обычных норм или констатировал их существование с учетом оценки *opinio juris*. Вместе с тем, при всей авторитетности Суда и его решений, если строго придерживаться научных позиций, то следует осторожно относиться к выносимым 15 судьями решениям о наличии обычных норм международного права по тем или иным вопросам. Нередко и сами судьи расходятся в этом вопросе во мнениях.

Однако решения МС ООН — это решения, вынесенные в соответствии с его Статутом. Они являются обязательными и последней инстанцией при рассмотрении межгосударственных споров, вне зависимости от качества научной обоснованности таких решений. По мнению М. Вуда, хотя решения международных судов и трибуналов играют решающую роль для целей выявления норм международного обычного права, их значимость различается в зависимости от качества аргументации, состава суда или трибунала и большинства, которое их приняло⁹. Не следует также забывать, что МС ООН не является нормотворческим органом, а может лишь констатировать

⁷ Формирование и доказательства существования международного обычного права / Комиссия международного права. 65-я сессия. Женева, 5.05–7.06 и 8.07–13.08 2013. Меморандум секретариата. Документ ООН A/CN.4/659. С. 20, 22.

⁸ Документ ООН A/CN.4/672. С. 63.

⁹ Третий доклад «Выявление международного обычного права», подготовленный М. Вудом. Документ ООН A/CN.4/682. С. 52.

наличие обычной нормы международного права, а это решение в научном плане не всегда является истиной.

В науке международного права, как известно, сложились две основные концепции относительно *opinio juris*. Так, традиционная концепция, которая выработана сторонниками естественно-правового направления, под *opinio juris* понимает сопровождающее обычную практику чувство или убеждение в том, что той или иной практики надлежит придерживаться в силу ее юридической обязательности, т.е. фактически в том, что практика отражает предписание уже существующей нормы права¹⁰. Данная концепция подвергается серьезной критике ученых и практиков, прежде всего ввиду того, что государством признается норма, которая уже существует, т.е. концепция может использоваться только для констатации существования обычая и этот подход не позволяет рассматривать процесс формирования обычая¹¹.

Другая доктрина основывается на согласии государств соблюдать то или иное правило поведение в качестве юридически обязательного без объяснения мотивов, которыми руководствуется государство. Заметим, что в доктрине довольно часто говорят не о согласии государства с другими государствами по поводу той или иной нормы, а о согласии с нормой, которой придерживаются другие государства, что, на наш взгляд, не совсем корректно. Также нередко говорят о согласии с практикой или с правовым признанием той или иной практики в качестве правовой нормы.

Opinio juris может сопровождать как распространяющуюся практику, так и возникнуть после становления всеобщей практики. Хотя первое вероятнее, поскольку всеобщий обычай, по нашему мнению, в большинстве случаев проходит стадию локального обычая, обязательного для ограниченного числа государств.

В науке и практике при оценке формирования обычной нормы международного права для выявления существования такой нормы важно выявить «убежденность» субъекта международного права в юридической обязательности той или иной практики. Такая «убежденность» должна быть взаимной и массовой. Это определяется тем, что «убежденность» одного субъекта в юридической обязательности того или иного правила межгосударственных отношений, например, его права на осуществление некоторой деятельности, не означает, что у другого субъекта автоматически появляется обязанность это право соблюдать и наоборот. По мнению Г.М. Даниленко, о международном обычае может идти речь только в том случае, если наличествуют межгосударственные отношения, которые на данном этапе развития между-

¹⁰ Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к. ю. н. М., 2006. С. 95, 96.

¹¹ Там же. С. 97, 98.

народного права объективно, по своей природе требуют регулирования, осуществляемого при помощи правовых норм¹².

Наличие «убежденности» государств установить сложно. В рамках международных организаций, например, в отношении их внутриорганизационной практики (в частности, как это было при выработке обычной нормы международного права по вопросам голосования в Совете Безопасности ООН) это сделать проще.

«Убежденность» может проявляться как в явно, так и неявно выраженной форме. Явно выраженная убежденность проявляется, в частности, в устных заявлениях и письменных актах государства и его уполномоченных лиц. Ее можно услышать, о ней можно прочитать. Согласно позиции В.Л. Толстых, когда речь идет об обычае, то практика выражается поведением, а воля — словами или поведением¹³. Как отмечено в докладе М. Вуда Комиссии международного права, прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной, поскольку относится к международному обычному праву, служит ярчайшим доказательством, что оно считает себя связанным этим принципом или нормой, или что отныне оно будет их соблюдать. И наоборот, когда государство заявляет, что нечто не является нормой международного обычного права, это является доказательством отсутствия *opinio juris*¹⁴.

Произвести оценку наличия всеобщего явно выраженного признания практики в качестве правовой нормы также весьма затруднительно. В открытом доступе имеется сравнительно немного материалов, прямо отражающих позицию государств по вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права¹⁵, поэтому требуются дополнительные исследования.

В отношении случаев, когда нет ни устного, ни письменного выражения признания, в доктрине международного права сформировалась теория молчаливого или подразумеваемого согласия (одобрения). Она основывается на бездействии или воздержании от действия в тех случаях, когда они представляют собой согласие с определенной практикой или ее молчаливым одобрением¹⁶. Заметим, что термин «молчаливое согласие» как форма признания не следует путать с термином «молчаливое соглашение», отличающим договорную норму от обычной нормы международного права.

¹² Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 105.

¹³ Толстых В.Л. О правовой природе международного обычая // Евразийский юридический журнал. М., 2017. № 7. С. 18.

¹⁴ Документ ООН A/CN.4/672. С. 77.

¹⁵ Первый доклад «Формирование и доказательство существования международного обычного права», подготовленный М. Вудом / Документ ООН A/CN.4/663. С. 23.

¹⁶ Документ ООН A/CN.4/672. С. 78.

Вместе с тем в отношении *opinio juris* можно говорить только если такое воздержание основывалось на сознании государствами своей обязанности воздержаться, что было отмечено в решении по делу «Лотус» Постоянной палаты международного правосудия¹⁷. По мнению Р. Мюллерсона, убежденность, молчаливое согласие, молчаливое признание имеют одну общую черту — все они выражают субъективное отношение государств либо к их собственному поведению, либо к поведению других государств в свете международного права¹⁸. При этом в научных трудах нередко приводятся доводы о «терпеливом отношении»¹⁹ к активным действиям других государств, об «отсутствии протеста»²⁰, а также об информированности современного общества, его техническом прогрессе, при котором непременно известно, что делают другие государства. По мнению Л.Р. Шаммасовой, в международном праве существует презумпция, что государствам известно о практике других государств и, соответственно, они могут предвидеть возможность формирования новой нормы²¹. Постулат, что в современном обществе все государства быстро узнают о той или иной практике, в целом правилен, но только когда действия государств заметны для других стран, значимы для межгосударственных отношений, когда можно сделать четкие выводы о практике, новом правиле поведения.

Обычные нормы международного права проходят как короткий, так и длительный периоды становления. Всеобщие международные обычаи, прежде чем стать таковыми, в большинстве случаев проходят стадию локальных обычаев. Многие из них не затрагивают интересы государств или иных субъектов международного права, что не вызывает их желания протестовать письменно, устно или физическими действиями. Даже наличие практики государства по тому или иному вопросу, активной или пассивной, не означает, что государства признают ее в качестве правовой нормы, преследуя временные, конъюнктурные соображения, выгоду момента. Они могут считать такую практику и соответствующее правило поведения обыкновением. Государства при этом могут не объявлять свою позицию, что также относится к тем странам, у которых указанная «убежденность» существует. Хуже, когда государство не имеет практики по тому или иному вопросу, тогда его «убежденность» в виде молчаливого согласия, информированность о ней установить трудно.

¹⁷ The Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10. P. 18, 28.

¹⁸ Mullerson R. The interplay of objective and subjective elements in customary law / International Law: Theory and Practice. K. Wellens, ed. The Hague, 1998. P. 163.

¹⁹ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 113.

²⁰ См.: Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М., 1997. С. 233.

²¹ Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 106, 107.

Согласно выводам М. Вуда, бездействие также может служить как одной из форм практики, так и доказательством признания в качестве правовой нормы при условии, что обстоятельства требуют реакции²². По нашему мнению, несмотря на распространенность доктрины молчаливого согласия как формы признания, к ней следует относиться осторожно. Такую неявно выраженную уверенность оценить весьма затруднительно, так как это субъективное отношение к практике и характеризует только «психологическую» составляющую этого вопроса. Иногда субъекты международного права, пытаясь установить существование обычной нормы международного права, стараются выдать желаемое за действительное, придерживаясь позиции: если никто не протестовал, значит, все согласны, если не информирован, то должен быть информирован. Одностороннее установление наличия массового бездействия, молчаливого согласия с нарождающейся практикой может привести к ошибочным утверждениям, что обычная норма сложилась, навязыванию мировому сообществу субъективных позиций отдельных государств, продвижению ими своих иногда эгоистических политических, экономических и иных интересов.

Является ли молчаливое согласие юридически значимым актом? По нашему мнению, это тот случай, когда в целом такое согласие как способ признания само по себе является нормой права международных обычаев. Такая норма сложилась в течение длительного периода времени и подкреплена в доктрине международного права трудами многих ученых-международников. По нашему мнению, эта норма носит общий характер, однако до сих пор не сложился обычно-правовой механизм ее реализации.

Когда рассуждают о формировании конкретной обычной нормы международного права, то необходимо вести речь не об отдельных субъективных оценках, выражающихся в действиях или бездействиях государств, молчаливом или явно выраженном согласии с их практикой, а об объективном процессе формирования обычной нормы международного права. В основе такого процесса лежит обычно-правовая практика и ее признание в качестве правовой нормы, основанное на многочисленных субъективных оценках государств, иных субъектов международного права. Наличие *opinio juris* является неотъемлемым субъективным элементом обычной нормы международного права, как и наличие практики, удовлетворяющей необходимым требованиям обычного нормообразования.

Следует подчеркнуть, что правовое признание практики — это не безответственный шаг государства, иного субъекта международного права. Оно влечет определенные международно-правовые последствия, среди которых наиболее важными являются обязательство государства соблюдать

²² Документ ООН A/CN.4/682. С. 11, 17.

международный обычай и права других государств требовать выполнения этих обязательств. А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкарян подчеркивают, что и международные обычаи, и международные договоры должны выполняться добросовестно, разумно, с учетом прав участников правоотношений, с должным уважением признанных интересов всего сообщества государств²³. Аналогичное мнение выражал и Г.И. Тункин²⁴.

Практика, которая не может стать предметом правового признания.

В доктрине сложилась твердая позиция, что не любая практика взаимоотношений государств может перерасти в обычную норму международного права. Можно встретить самые различные точки зрения относительно подобного рода ситуаций, например:

отсутствие практики, отвечающей критериям, являющимся обязательными для становления обычной нормы международного права, т.е. критериям, удовлетворяющим обычно-правовой практике;

практика затрагивает интересы не всего мирового сообщества, а отдельных государств, их групп (при оценке становления всеобщей (универсальной) обычной нормы). По мнению Г.М. Даниленко, важность практики для всего мирового сообщества определяется тем, что она осуществляется в областях межгосударственных отношений, имеющих существенное значение для взаимных отношений государств и требующих правового регулирования. Такая практика, по мнению отдельных ученых, всегда влечет правовые последствия²⁵. Хотя, по нашему мнению, обычные нормы могут касаться и незначительных по сравнению, например, с принципами международного права, вопросов. Важность того или иного вопроса всегда познается в сравнении;

практика относится к нормам международной морали и вежливости, например, к нормам дипломатической этики, церемониала;

новое правило, лежащее в основе практики, не рассчитано на длительное применение;

наличие общего согласия, что та или практика или область межгосударственных отношений не может становиться предметом правового регулирования;

практика соответствует текущим задачам, условиям конкретного региона, является исключением из общих правил. Так, например, практика борьбы с пиратством и вооруженным разбоем на море вблизи побережья Сомали, затрагивающая суверенитет этого государства и осуществляемая

²³ 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. М.: МГИМО-Университет, 2013. С. 38–56.

²⁴ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 142.

²⁵ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 110.

в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН, согласно позиции этого международного органа, не может быть распространена на другие регионы мира и рассматриваться как устанавливающая нормы международного обычного права²⁶.

Субъекты правового признания. По нашему мнению, субъектами признания практики в качестве правовой нормы могут быть только государства и иные субъекты международного права, участвующие в межгосударственном нормообразовании. Такое поведение может проявляться в действиях государственных должностных лиц (главы государств (правительств) и иные уполномоченные государством должностные лица), которые в соответствии с международным правом и (или) законодательством могут выступать от имени государства. По мнению Ш. де Вишера, требование *opinio juris sive necessitatis* отражает отношение власти к определенной практике²⁷. Подобное утверждение касается и уполномоченных должностных лиц международных организаций в случаях, предусмотренных учредительными и иными документами этих организаций, иных субъектов международного права.

Формы признания. Важным как теоретическим, так и прикладным вопросом является уточнение форм признания практики в качестве правовой нормы. В доктрине международного права можно встретить самые различные точки зрения по этому поводу. При этом не следует путать формы признания правила поведения в качестве правовой нормы с доказательствами признания всеобщей практики в качестве правовой нормы. По мнению М. Вуда, доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы, которые могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться. К таким формам доказательств он, в частности, относит заявления государств, указывающие, что именно является или не является нормами международного обычного права, дипломатическую переписку, практику национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорную практику и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и международных конференций²⁸. Такого рода доказательства могут свидетельствовать о признании, но не отражать реальные формы признания, придающие всеобщей практике необходимое качество обычной нормы международного права. Вместе с тем в ряде случаев формулировки таких форм могут совпадать.

²⁶ Резолюция Совета Безопасности ООН №1816 от 20. 06. 2008 / Документ ООН. S/RES/1816.

²⁷ *De Visscher C. Coutume et traite en droit international public. Paris, 1955. P. 356.*

²⁸ Документ ООН A/CN.4/672. С. 80.

По нашему мнению, акты признания практики в качестве правовой нормы могут носить только правовой характер. Они должны быть юридически значимыми устными или письменными актами, являющимися таковыми в государствах и принимаемыми соответствующими субъектами его власти согласно их компетенции, предусмотренной законодательством. Формы признания могут носить как обычно-правовой (как в случае молчаливого согласия), так и при определенных условиях договорный (на международной арене) или судебный (на внутригосударственном уровне) характер.

Наряду с рассмотренным выше молчаливым согласием к числу основных актов признания можно отнести:

одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права;

включение правила поведения в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт;

включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный нормативный правовой акт, принятый его участниками;

при определенных условиях судебное решение в государстве.

Одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права. Довольно часто в доктрине международного права можно встретить утверждение, что государство, в лице его главы или правительства, может сделать заявление, что та или норма международного права рассматривается государством в качестве обычно-правовой и этого достаточно для признания этой нормы.

Одним из главных вопросов в этом случае является компетенция главы государства (правительства) участвовать в международном нормотворческом процессе, в создании юридически обязательных для государства норм международного права. Важно знать, предусмотрены ли законодательством государства такие полномочия, из каких норм это вытекает. Заметим, что практически в большинстве государств мира распространено разделение законодательной и исполнительной властей, в том числе в области международного и внутригосударственного нормотворчества. Сложилась также общая практика, что в законодательстве государств обычно предусматриваются вопросы полномочий в области международного нормотворчества. Это подтверждается обычной нормой международного права, согласно которой заявление главы государства, правительства, а также ведомства ино-

странных дел является сказанным от имени государства, и дополнительных полномочий здесь не требуется. В отношении иных должностных лиц такие полномочия необходимы. Поэтому при рассмотрении заявлений тех или иных должностных лиц государства относительно *opinio juris* надлежит в каждом случае анализировать правовую природу таких заявлений, определяемую особенностями правовой системы соответствующих государства, характер признаваемых норм и регулируемых отношений, субъективный состав лиц, делающих такие заявления, другие факторы.

Если подобного рода заявления (устные или письменные) главы государства (правительства), иного государственного должностного лица допускаются законодательством, то они при выполнении указанных далее условий, несомненно, могут рассматриваться в качестве правового признания практики в качестве правовой нормы. Так, если сделанные заявления касаются нового правила поведения, призванного регулировать межгосударственные отношения, и не противоречат законодательству, не создают с ним коллизии, то они, по нашему мнению, являются признанием *opinio juris*. При этом лучшим вариантом было бы подкрепление устного заявления должностного лица государства соответствующим нормативным правовым актом, даже подзаконным, например, в Российской Федерации — указом Президента, с помощью которого, как известно, восполняются пробелы в законодательстве до принятия соответствующего закона. Тогда была бы понятна позиция государства, не подверженная политической конъюнктуре и рассчитанная на длительную перспективу. Такая позиция была понятна и правоприменителям как внутри государства, так и на международной арене.

Если складывающаяся практика противоречит законам государства, то заявление о ее признании глава государства, видимо, не может делать или оно будет недействительным изначально, если иное не предусмотрено законами государства.

Поэтому на внутрисоциальном уровне может потребоваться и принятие соответствующих законов, направленных на реализацию такого рода заявлений относительно новой практики (норм). В России согласно Федеральному закону от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»²⁹ даже международный договор, противоречащий законодательству или же требующий его изменения, требует ратификации в форме принятия соответствующего федерального закона. Кроме того, на наш взгляд, целесообразно законодательно закрепить механизм осуществления протестов относительно складывающихся или сложившихся обычных норм международного права. Это один из вопросов, который мог бы найти отражение в федеральном законе «О международных обычаях в Российской

²⁹ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Федерации», который целесообразно было бы разработать. Заметим, что заложенное в законодательстве противоречие с нарождающейся обычной нормой международного права может рассматриваться как «настойчивый» протест государства по отношению к такой норме.

Подобное можно сказать о заявлениях иных должностных лиц государства, его органов власти на международной арене, в частности, в международных судах и трибуналах, международных организациях и органах относительно той или иной обычно-правовой практики, которые, видимо, изначально не должны противоречить законодательству своего государства. Такие заявления, если нет соответствующих полномочий по признанию той или иной практики у указанных лиц, могут являться лишь свидетельством существования внутригосударственной практики, соответствующей законодательству государства и его международным договорам, или же наличия обычных норм международного права, ранее им признанных. Считается, что такие заявления в международных судах и трибуналах, как правило, носят судебно-риторический характер³⁰.

Одностороннее заявление руководителя международной межправительственной организации в отношении практики этой организации как внутри нее, так и в отношении с другими субъектами международного права, также могут рассматриваться как *opinio juris*, если его полномочия в отношении такого рода действий предусмотрены или вытекают из учредительных и иных документов организации.

Рассмотренное выше *mutatis mutandis* относится и к другим субъектам международного права.

Включение правила поведения в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт. Включение правила поведения, соответствующего сложившейся практике, в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт — это, на наш взгляд, лучшая форма его правового признания в качестве обычной нормы международного права, свидетельством «убежденности» государства в его обязательности. Не обязательно, чтобы это было закреплено законом. Для этих целей возможен и подзаконный нормативный правовой акт, который не может противоречить законам государства. Подобного рода трансформация международного правила поведения на внутригосударственном уровне способствовала бы, как это было указано выше, прояснению подхода государства к формулировке обычной нормы международного права, а также единообразию соответствующей практики в отношениях с иностранными партнерами. Тогда норма внутригосударственного права одновременно являлась бы свидетельством наличия *opinio juris* со стороны государства и влияла бы на возникновение

³⁰ Документ ООН A/CN.4/663. С. 23.

международного обычая. Это тот случай, когда законодательная практика может совпадать с актом признания.

В известном коллективном исследовании зарубежных ученых Ж.-М. Хенкертса, Л. Досвальд-Бека, К. Алвермана, К. Дермана, Б. Ролла, посвященном обычному международному гуманитарному праву³¹, при анализе становления обычных норм международного права основным свидетельством правового признания практики стали самого различного уровня внутригосударственные нормативные правовые акты. МС ООН при выработке своих решений по определению наличия *opinio juris* также анализирует законодательство многих государств. Для повышения качества обоснования выносимых решений относительно *opinio juris* Суд мог бы делать запросы в государства о признании в качестве правовой нормы той или иной практики, о ее наличии.

Включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками, если рассматривать эти документы как акты одностороннего признания. Включение правила поведения, соответствующего складывающейся или сложившейся практике, в международный договор может, по нашему мнению, оцениваться как *opinio juris*, если его рассматривать как акт одностороннего признания со стороны государства. Вместе с тем, такое признание не принесет нормам договора обычно-правового характера без дальнейшей соответствующей практики.

Договорное признание будет исключительно правовым, так как международный договор является нормативным правовым документом, заключенным в соответствии с международным правом и законодательством государства-участника. Данное признание носит согласительный характер, с четко обозначенными правилами поведения между участниками договора.

Если число участников договора первоначально имеет ограниченный характер, то такое признание при наличии соответствующей практики свидетельствует о появлении локальной обычной нормы международного права. С расширением числа участников договора содержащиеся в нем правила поведения (не обязательно все) могут стать всеобщими (универсальными) обычными нормами международного права. Так, по нашему мнению, договорно признанные 190 государствами и имеющие всеобщую практику нормы Чикагской конвенции о международной гражданской авиации (1944) в большинстве случаев могут рассматриваться как обычные нормы международного права. Даже если государство выйдет из этого договора, то ему затруднительно будет не выполнять его положения во взаимоотношениях с

³¹ Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л., Алверман К., Дерман К., Ролл Б. Обычное международное гуманитарное право. Т 1. Нормы. М., 2006.

другими государствами — участниками Чикагской конвенции по вопросам международного воздушного сообщения, в отношении которых сложились соответствующие обычные нормы международного права, признанные подавляющим большинством государств. В решении МС ООН по делу «О континентальном шельфе (Мальта против Ливийской Арабской Джамахирии)» отмечено, что многосторонние конвенции могут играть важную роль в документировании и определении норм, проистекающих из обычая, или даже в их развитии³².

Как известно, положения Всеобщей декларации прав человека (1948), носящие рекомендательный характер, приобрели характер обычно-правовых, в том числе посредством их отражения в Международном пакте о гражданских и политических правах (1966), Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), других универсальных и региональных договорах в области защиты прав и свобод человек. Заметим, что положения Декларации, как нормы международного «мягкого права», были признаны сначала в договорном порядке, а затем получили всеобщую практику. В данном случае признание подобного рода правил в качестве правовой нормы опережает практику, но без ее наличия не может возникнуть обычно-правовая норма.

Аналогичное можно сказать и в отношении включения правила поведения в иной основанный на международном договоре юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками. Как известно, многие договоры предусматривают возможность принятия такого рода документов, которые, как правило, направлены на реализацию их положений.

Нельзя не отметить, что есть также несколько иная точка зрения, согласно которой практика, мотивируемая исключительно необходимостью выполнения обязательств по договору (или некоторых других обязательств вне поля обычного права), не может считаться признаком «признания в качестве правовой нормы»³³. Указанный мотив на практике трудно установить, поэтому его наличие, на наш взгляд, носит факультативный, необязательный характер, а сам факт участия государства в международном договоре является для признания достаточным.

Обычные нормы могут также появиться при ограниченном числе участников универсального международного договора, но в рамках других форм признания со стороны государств, не являющихся участниками такого договора. По мнению М. Вуда, когда государства действуют в соответствии с договором, который еще не является для них обязательным, или действуют по отношению к государствам, не являющимся участниками договора, то

³² Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports. 1985. P. 29–30.

³³ Документ ООН A/CN.4/672. С. 55.

в таких случаях может быть установлено «признание в качестве правовой нормы»³⁴. С.В. Черниченко отмечает, что может быть постепенное «привыкание» к нормам договора членов международного сообщества, в нем не участвующих, переходящее в уверенность, что его нормы стали обязательными и для них, получив тем самым иную форму существования в виде международного обычая³⁵. Согласно ст. 38 Конвенции о праве международных договоров норма, содержащаяся в договоре, может стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой в качестве таковой.

На наш взгляд, даже если международный договор не вступил в силу или не был ратифицирован в том или ином государстве, его подписавшем, то такое подписание также можно рассматривать как акт одностороннего признания, если эти нормы не противоречат законодательству государства. Государство о таком признании могло бы сделать соответствующее заявление. В противном случае у других государств могут возникнуть сомнения относительно подобного рода признания.

Судебное решение в государстве. Судебное решение, вынесенное в государстве относительно складывающейся или сложившейся практики, может считаться актом признания, приписанного государству, если, конечно, это допускает его законодательство. Это возможно, например, в государствах англосаксонской системы права, допускающих прецедентную практику. Но в большинстве государств судебное решение является свидетельством признания государством того или иного правила поведения в качестве обычной нормы международного права, нежели самим актом признания.

Уточнение количественных и качественных критериев и показателей формирования обычной нормы международного права. Именно обычай служит одной из форм существования общепризнанных принципов и норм международного права³⁶. Определение условий, при которых всеобщая практика приобретает статус «общепризнанной» нормы международного права имеет как теоретическое, так и прикладное значение. Для правоприменителей в нашем государстве это весьма актуально в связи с положением ст. 15 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой общепризнанные принципы и нормы международного права наряду с международными договорами России являются составной частью ее правовой системы. Данная задача является одной из основных и обсуждаемых в праве международных обычаев.

³⁴ Там же. С. 56.

³⁵ Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М., 2014. С. 150.

³⁶ Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114.

Определение условий формирования партикулярного (локального) международного обычая не составляет труда. Проблемным является выявление условий появления обычной нормы общего международного права. Хотя ст. 38 Статута МС ООН определяет международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и в ней не указывается, что признание должно быть также всеобщим, как и практика, все-таки можно предположить, что это также требуется. Всеобщее признание практики в качестве правовой нормы имеет много общего со становлением всеобщей практики.

Существует много противоречивых мнений среди ученых в области международного права и практических работников об этих условиях «общепризнанности», что затрудняет процесс выработки общей позиции и формализации данного процесса. В основном все рассуждения сводятся к качественной оценке признающих государств и расплывчатой их количественной характеристике. Так, существуют мнения, что «обычная норма должна быть признана всеми или почти всеми государствами»³⁷, «нормы общего международного права принимаются и изменяются международным сообществом государств в целом, причем требование принятия нормы международным сообществом в целом не означает полного согласия его членов, а имеется в виду представительное большинство», что требуется «преобладающее большинство», «учет не только размеров государства, но и объема его международных связей и вообще его вклада в развитие международного права». Указывается, что «большинство должно быть достаточно представительным не только в количественном, но и в качественном отношении, представляя, по крайней мере, все основные политические, социально-экономические и правовые системы, а также все континенты», «оно должно включать все крупнейшие державы»³⁸ и др. критерии. Комиссия международного права, характеризуя субъективный элемент международного обычного права, отмечает, что то или иное правило является «обще (или широко) признанным» или «общепринятым»³⁹.

Несмотря на то, что приведенные выше доводы позволяют сделать общий вывод о том, что условием общепризнанности норм международного права не обязательно является их признание всеми государствами, это условие так и не было конкретизировано. Не уточнены количество государств и их возможный состав, при признании которыми всеобщей практики (по сути, «локальной» обычной нормы международного права) наступает условие ее «общепризнанности». Указанное обстоятельство осложняется отсутствием

³⁷ Международное право: Учебник / под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 60.

³⁸ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 236, 237.

³⁹ Документ ООН: A/CN.4/659. С. 20.

четкого определения количества государств или территорий, имеющих государственный статус (далее — государств), имеющих ту или иную практику. Г.И. Тункин отмечал, что в общественных явлениях подобное положение создается довольно часто, и трудности, которые могут возникнуть в процессе подобных подсчетов, нельзя рассматривать как подрывающие само правило⁴⁰.

По нашему мнению, для определения условий «общепризнанности» необходимо производить качественный и количественный анализ состава государств, участвующих в нормотворческом процессе. С этой целью целесообразно определить количественные и качественные критерии, а также соответствующие им показатели, которые должны быть положены в основу построения указанной модели.

При оценке «общепризнанности», по мнению автора, должны учитываться: природа и характер рассматриваемой международно-правовой нормы, предметная область, которую она затрагивает; роль, которую играет та или иная международная норма в жизни конкретного государства, в регулировании межгосударственных отношений и, конечно, принцип суверенного равенства государств. Также уместно говорить о «всеобщем» признании и применении государствами этой нормы, что должно предусматривать не только признание и применение нормы максимальным количеством государств, но и максимальный охват нормой потенциальных ее правоприменителей в этих государствах, т.е. охват нормой государств, интересы которых она в максимальной степени затрагивает.

В зависимости от содержания норм могут рассматриваться два основных подхода для решения задачи «общепризнанности». Первый — когда норма регулирует межгосударственные отношения, имеющие всеобщий характер, т.е. когда она в равной мере затрагивает интересы государств (ответственность государств, права человека и др.). Второй — когда норма регулирует межгосударственные отношения в какой-либо специфической области и ей абстрактно можно поставить в соответствие некоторый количественный показатель (потенциал). Этот показатель должен соответствовать предметной области, которую затрагивает данная норма, а его значение должно характеризовать применение государствами этой нормы, т.е. роль, которую она играет в жизни государств. Хотя многие ученые, не добившись на это ответа, на наш взгляд, преждевременно отмечают, что это нецелесообразно.

Первый подход весьма характерен для случая, когда норма становится «общепризнанной», если ее признали «все» государства, хотя это не бесспорно — необходимо говорить «почти все государства», «большинство государств», указав количество государств и их состав. В этом случае норма

⁴⁰ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 114.

одинаково затрагивает интересы государств в той или иной области, трудно говорить о каких-либо количественных выкладках и невозможно уйти от субъективных оценок. Поэтому мировое сообщество должно определить, какое количество государств должно признать нарождающуюся обычную норму международного права, чтобы она стала общепризнанной, обязательной для всех, за исключением, конечно, тех, кто против существования нормы активно возражает.

Подобными критериями могут стать столь часто применяемые количественные показатели «большинства» — 1/2, 2/3, 3/4 или большей части от какой-либо числовой характеристики. Для рассматриваемого случая это некоторая часть от общего числа государств без указания на какие-либо качественные характеристики состава государств. В качестве научного метода здесь целесообразно использовать метод экспертных оценок, который мог бы быть реализован при проведении опроса среди наиболее квалифицированных специалистов по международному публичному праву в ходе каких-либо значимых международных мероприятий или, например, с использованием Интернета. Например, подобного рода опрос можно было бы провести среди представителей государств-членов ООН на одной из сессий Генеральной Ассамблеи с последующим закреплением его результатов в соответствующей резолюции. В то же время здесь не исключено использование наряду с количественными характеристиками качественного состава государств («представительство всех основных политических, социально-экономических и правовых систем, а также всех континентов» и пр.) при непременном учете принципа суверенного равенства государств.

Заметим, что полученные подобным образом показатели не носят для государств юридически обязательной силы, а имеют лишь вспомогательный характер. Хотя не исключено, что в будущем они могли бы стать и нормой права международных обычаев. Могут быть и другие варианты закрепления результатов подобного опроса, вплоть до принятия критериев «общепризнанности» в договорной форме, например, в предложенной автором в его предыдущих работах Конвенции о праве международных обычаев. Решение данного вопроса имеет принципиальное значение для мирового сообщества, для повышения эффективности международно-правового регулирования, а поэтому требует безотлагательного и внимательного рассмотрения. В частности, полученные результаты могли бы использоваться МС ООН при рассмотрении дел, входящих в его компетенцию, в правоприменительной практике государств.

Вместе с тем большинству норм международного права, которые в разной мере затрагивают интересы государств, т.е. находят в этих государствах и в межгосударственных отношениях различное применение, все же можно

условно поставить в соответствие некоторый критерий и соответствующий ему количественный показатель, которые позволяют учесть это обстоятельство. Так, например, в специфической области межгосударственных отношений — международной морской деятельности — для решения указанной задачи можно использовать такие характеризующие торговый флот данного государства показатели, как количество судов, их суммарный тоннаж, а также ряд других критериев. Этот флот осуществляет грузооборот на море в интересах как отдельного государства, так и в системе международного разделения труда. Величина такого грузооборота, в свою очередь, характеризует данное государство в экономической области. Государство может иметь также рыболовный, пассажирский, научно-исследовательский флоты, военно-морской флот и другие морские суда и объекты, также играющие определенную роль как внутри государства, так и в межгосударственных отношениях. В связи с этим норма международного права, регулирующая тот или иной вид межгосударственных отношений, может иметь в этих государствах неодинаковое количество правоприменителей и значение, а, следовательно, в различной мере затрагивать интересы каждого из них.

Если норма затрагивает деятельность всех морских судов государств как отдельных единиц (нормы, регулирующие вопросы регистрации судов, борьбы с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, в целом вопросы безопасности судоходства и пр.), то в качестве критерия целесообразно использовать число морских судов, принадлежащее на различные государства. Заметим, что отдельные правила могут совсем не иметь правоприменительной практики в отдельных государствах, в их отношениях с другими государствами или могут в незначительной мере затрагивать их интересы. Следовательно, практика применения государствами конкретной нормы международного права на основе выбранных критериев может характеризоваться различными количественными показателями, которые могут быть использованы при определении условий ее «общепризнанности». Заметим, что могут использоваться несколько критериев, рассматриваемых в качестве главных и частных (промежуточных).

На основе выбранного критерия и значения соответствующего показателя (потенциала) можно установить искомое условие «общепризнанности». Так, автором была проанализирована зависимость между государствами, имеющими морские флоты, и потенциалом, представленным количеством судов, плавающих под флагом этих государств. С этой целью производилось ранжирование государств в соответствии с убыванием значения соответствующего потенциала в рамках выбранного критерия. При уточнении количества государств автор стремился «исключить» из их общего числа только те, которые обладают незначительным потенциалом и их влияние

на производимую оценку незначительно. Кроме того, на процесс формирования общепризнанных норм международного права важно было ослабить влияние государств, которые характеризуются значительным потенциалом. Необходимость исключения их из производимой оценки было вызвано необходимостью того, чтобы непризнание ими норм международного права не было решающим для условий их «общепризнанности». Подчеркнем, что подобное «исключение» никоим образом не покушается на принцип суверенного равенства государств. Этот принцип здесь полностью соблюдается. В проведенной оценке соблюдалось условие участия всех государств — потенциальных правоприменителей в данной сфере. Автор прежде всего пытался уточнить минимально необходимое количество государств, т.е. уровень, при достижении которого наступает условие «общепризнанности». Реально не все государства участвуют в нормотворческом процессе, не все признают отдельные правила поведения в качестве обычных норм международного права, имея иную практику. Кроме того, каждое государство имеет право протестовать против признания той или иной формирующейся или уже сложившейся обычной нормы международного права.

Результаты анализа показали, что если в основу оценки положить количественный состав морских судов государств по регистру Ллойда, то минимальный порог, при котором наступает условие «общепризнанности» составляет 73% от общего количества признающих всеобщую практику государств (122 государства из 166 государств, имеющих морские флоты), т.е. приблизительно такой порог составляет 2/3.

В то же время автор не исключает и других подходов к определению качественного и количественного состава признающих всеобщую практику государств. Но эти подходы, по мнению автора, должны иметь под собой как качественное, так и количественное обоснование. Также желательно, чтобы условия «общепризнанности» норм международного права все же получили правовое закрепление, чтобы исключить их произвольное толкование.

Таким образом, условием, при которых обычную норму международного права можно считать «общепризнанной», является признание практики большинством государств (значение которого установлено и формально закреплено мировым сообществом), интересы которых в наибольшей мере затрагиваются применением этой нормы. Хотя не исключено, что признание может быть осуществлено и иными государствами, не имеющими соответствующей практики, но оно не является определяющим для формирования конкретной обычной нормы международного права.

В заключение отметим, что обычная норма международного права — это не искусственное, несмотря на субъективный характер ее второго элемента, явление. Она является продуктом естественно-исторического процесса,

объективной реальностью, отражающей всеобщую практику взаимоотношений государств по тем или иным вопросам, требующим нормативно-правового регулирования. Правовое признание государством практики, составляющей основу международного обычая, возможно, если и когда оно не противоречит правовым установкам, существующим внутри государства и допустимо в отношении его международных обязательств. В противном случае это наряду с официальными протестами государства является свидетельством непризнания межгосударственного правила поведения в качестве обычной нормы международного права (указанное применяются *mutatis mutandis* для иных субъектов международного права). Чтобы исключить субъективные оценки при определении условий общепризнанности норм международного права, важно разработать и на международном уровне принять (признать) методики, позволяющие определить условия становления обычных норм международного права, а также предпринять усилия к кодификации этого вопроса.



Библиография

- 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, 2012 г.) / под ред. А.Н. Вылегжанина. М.: МГИМО-Университет, 2013. С. 38–56.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114–125.
- Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. 223 с.
- Международное право / под ред. Г.И. Тункина. М.: Юрист, 1994. 512 с.
- Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы / Ж.-М. Хенкерцс и др. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2006. 818 с.
- Толстых В.Л. О правовой природе международного обычая // Евразийский юридический журнал. 2017. № 7. С. 17–20.
- Тункин Г.И. Теория международного права / под ред. Л.Н. Шестакова. М.: Зерцало, 2000. 111 с.
- Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
- Шаммасова Л.П. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к. ю.н. М., 2006. 214 с.
- Cheng B. Custom: The future of general state practice in a divided world / The structure and process of international law. The Hague, 1983. P. 531.
- Dahlman C. The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law // Nordic Journal of International Law, 2012, vol. 81, pp. 327–339.

De Visscher Ch. Coutume et traité en droit international public. Paris: Institut des hautes études internationales, 1955. 369 p.

Elias O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law // 44 International and Comparative Law Quarterly, 1995, vol. 44, pp. 501–520.

Taki H. Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis // German Yearbook of International Law, 2008, vol. 51, pp. 447–466.

Acceptance of Practice as Legal Norm (opinio juris) in the Formation of International Custom



Yuryi S. Romashev

Professor, Department of International Public and Private Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: romashev_us@mail.ru



Abstract

One of the most important issues in the law of international custom is the definition of the forms of acceptance of general practice as a legal norm (*opinio juris*). The lack of consensus on this issue at the international level and the common position in science results in the poor effectiveness of the legal regulation of inter-state relations. Research work often uses non-objective approaches. The present article contains separate but important theoretical provisions and proposals to address this problem. Thus, the existence of *opinio juris* is an inherent subjective element of the customary rule of international law, as is the existence of practices that satisfy the necessary requirements of customary rule formation. Only states and other subjects of international law participating in international norm formation process can be recognized as subjects of recognition. Such actions may be manifested in the actions of state authorities and their officials, who may act on their behalf in accordance with international law and/or the law of States. *Opinio juris* from the part of states is generally implemented in the course of general practice. Recognition must be exercised by legal means and be legitimate under the law of the state and its international obligations. Among the main forms of recognition, together with acquiescence, are: a unilateral statement by the head of state (government), another state-authorized official, the head of the international intergovernmental Organization, other subject of international law; the inclusion of a rule of conduct in a domestic legal instrument; the inclusion of a rule of conduct in an international treaty or other based on it, a legally binding international legal act adopted by its parties in view of these documents as acts of unilateral recognition; under certain conditions, a judicial decision in a state. The basic condition of the universal acceptance of the rule of international law is its acceptance by the majority of states (established by the world community) whose interests are most affected by the application of this rule. This requires some legal formalization, the codification of qualitative and quantitative criteria and the corresponding indicators of the formation of the customary rule of international law. The elaboration and adoption of a convention on the law of international customs would help to reconcile the differences in the positions of subjects of international law and develop a unified approach in that regard.



Keywords

international law, international relations, sources of international law, international custom, law of international customs, customary norms of international law, international practice.

Citation: Romashev Yu. S. (2018) Acceptance of Practice as Legal Norm (*opinio juris*) in the Formation of International Custom. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 124–148 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.124.148



References

Cheng B. (1983) Custom: The future of general state practice in a divided world. *The structure and process of international law*. The Hague: Kluwer, p. 531.

Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava* [The contours of international law]. Moscow: Nauchnaya Kniga, 592 p. (in Russian)

Dahlman C. (2012) The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law. *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, pp. 327–339.

Danilenko G.M. (1988) *Obychay v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Custom in contemporary international law]. Moscow: Nauka, 192 p. (in Russian)

Elias O. (1995) The Nature of the Subjective Element in Customary International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, pp. 501–520.

Il'inskaya O.I. (2012) Voprosy primeneniya mezhdunarodnykh obychno-pravovykh norm [Application of customary international law.]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 114–125.

Lukashuk I.I. (1997) *Normy mejdunarodnogo prava v mejdunarodnoy normativnoy sisteme* [Norms of international law in international normative System]. Moscow: Spark, 223 p. (in Russian)

Tunkin G.I. (ed.) (1994) *Mezhdunarodnoe pravo* [International law]. Moscow: Jurist, 512 p. (in Russian)

Henckaerts J.-M. et al. (2006) *Obychnoe mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo* [Customary international humanitarian law]. Moscow: Mezhdunarodny Komitet Krasnogo Kresta, 818 p. (in Russian)

Taki H. (2008) *Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis*. *German Yearbook of International Law*, vol. 51, pp. 447–466.

Tolstykh V.L. (2017) O pravovoy prirode mezhdunarodnogo obychnaya [Legal nature of international custom]. *EvrAziyskiy juridicheskiy zhurnal*, no 7, pp. 17–20.

Tunkin G.I. (2000) *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of international law]. Moscow: Zertsalo, 111 p. (in Russian)

Shammasova L.R. (2006) *Mezhdunarodno-pravovoy obychnay v sovremennom mezhdunarodnom prave: Diss. ... kand. yurid. nauk* [International custom in contemporary international law (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 214 p.

Visscher de C. (1955) *Coutume et traité en droit international public*. Paris: Institut des hautes études internationales, pp. 353–369.

Vylegzhanin A.N., Kalamkarjan R.A. (2013) Rol' mezhdunarodnogo obychnaya v pravovom obespechenii politiki gosudarstva. *Mezhdunarodnoe pravo i sovremennye teorii mezhdunarodnykh otnoshenii: aspekty sochetnosti*. [The role of international custom in the legal protection of state policy. International law and modern theories of international relations: compatibility aspects]. Moscow: MGIMO, pp. 38–56.