

Практика как основа формирования международного обычая



Ю.С. Ромашев

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



Н.В. Остроухов

профессор кафедры международного права факультета права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: ostroukhov_nv@gov.ru



Аннотация

В доктрине международного права, в деятельности государств и иных субъектов международного права распространена точка зрения, что «практика» является одним из основных элементов международного обычая. Вместе с тем нет единого мнения о характеристике обычно-правовой практики, а также обязательных требований, придающих такой практике особое качество. Не любая практика в отношениях субъектов международного права может стать прообразом обычной нормы международного права. В статье дана характеристика особенностей субъектов обычно-правовой практики и составляющих содержание практики отношений между субъектами международного права, ее видов и форм, а также составляющих основу практики видов деятельности государственных органов. Подробно рассматриваются требования к обычно-правовой практике, без которых обычай сформироваться не может. Авторы уточняют их перечень и предлагают к ним отнести: общность; единообразие и определенность; устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность); соответствие закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств. Эти требования носят системный характер, они взаимосвязаны, неразрывны и составляют единое целое. К числу важных требований к практике, носящих факультативный характер, предлагается относить ее прогрессивность. Согласно позиции авторов, продолжительность во времени не следует относить к числу требований к обычно-правовой практике, она является лишь ее характеристикой. В работе анализируется концепция «моментального обычая» и возможность ее применения. В короткий период времени формируется обычная норма, соответствующая практике в новой области межгосударственных отношений. Завершение становления обычно-правовой практики характеризуется ее определенностью и стабильностью на конкретном этапе развития общества. Вместе с тем длительная устойчивая практика является лучшим доказательством наличия обычно-правовой практики. Уделяется внимание формированию локальной обычно-правовой практики. Делается вывод, что всеобщая практика, как правило, проходит стадию практики двух или группы государств. В дальнейшем такая практика может расширяться ввиду ее позитивности и соответствия жизненно важным интересам государств.



Ключевые слова

международное право; источники международного права; международный обычай; право международных обычаев; обычные нормы международного права; международная практика.

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С., Остроухов Н.В. Практика как основа формирования международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 186–199.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.186.199

Международный обычай является одним из основных источников международного права, а его роль в наше время, несмотря на широкое распространение международных договоров, неуклонно возрастает. Вместе с тем эффективность международно-правового регулирования с использованием обычных норм международного права существенно снижается в связи с отсутствием общего понимания термина «международный обычай», его структуры и особенностей формирования. В настоящее время как в доктрине международного права, так и в практике государств, международном судопроизводстве преобладает точка зрения о двухэлементной структуре международного обычая, основанной на ст. 38 Статута Международного суда ООН, согласно которой международный обычай определяется «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Проблемным вопросом также является выявление наличия обычной нормы международного права и установление ее содержания.

Несмотря на различия в понимании сущности международного обычая, «практика» как его элемент признается большинством ученых в области международного права. Хотя ради справедливости заметим, что довольно трудно рассматривать обычно-правовую практику в отрыве от ее последующего качественного состояния — правовой нормы.

В общем понимании норма права — это правило поведения, являющееся юридически обязательным для тех или иных субъектов права. В международном праве эта формулировка имеет особенности в зависимости от источников, в которых содержится это правило. Так, норма международного договора — это правило поведения, содержащееся в международном договоре, в отношении которого государства и/или иные субъекты международного права выразили юридическую обязательность. В свою очередь норма международного обычая — это всеобщее правило поведения (всеобщая практика), признанное государствами и/или иными субъектами международного права в качестве правовой нормы (несколько по-иному можно определить локальный обычай — *прим. авторов*). Эти общеизвестные постулаты должны быть положены в основу анализа формирования международного обычая как правовой нормы, его двухэлементного состава. Практику непременно следует ассоциировать с правилом поведения. К сожалению, во многих научных конструкциях в отношении содержания обычной нормы про это забывают, и, как следствие, рассуждения относительно международного обычая нередко осуществляются в отрыве от его содержания, не всегда носят последовательный характер и в конечном итоге довольно часто заходят в тупик.

Вместе с тем не любая практика в отношениях субъектов международного права может стать прообразом обычной нормы международного права, т.е. носить обычно-правовой характер. Такую практику иногда также называют «обыкновением» (“*usus*”, “*consuetude*” или “*diuturnitas*”), используя эти термины как взаимозаменяемые¹. В дальнейшем она может по-прежнему оставаться обыкновением, не имеющим юридически значимого характера, и тем самым не стать обычной нормой международного права.

¹ Вуд М. Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права». Комиссия международного права. 66-я сессия. Женева, 5.05–6.06 и 7.07–8.08 2014. Документ ООН А/CN.4/672. С. 17; Crawford J. Brownlie's Principles of Public International Law. Oxford, 2012. P. 24; и др.

Вместе с тем обыкновения становятся нормами международного права после их правового признания в международном обычае или закрепления в международном договоре.

В доктрине международного права нашли отражение самые различные характеристики обычно-правовой практики, а также обязательные к ней требования, придающие такой практике особое качество. По нашему мнению, обычно-правовую практику характеризуют прежде всего особенности ее субъектов, отношений между субъектами международного права, составляющих содержание практики, ее видов и форм, видов деятельности государственных органов, составляющих основу практики.

Субъекты практики. В основе практики, свойственной формирующейся обычной норме международного права, лежит правило поведение, которое в дальнейшей перспективе могло бы регулировать межгосударственные отношения между субъектами международного права. При этом приоритетное значение отводится государствам как основным субъектам международного права.

В обычном нормообразовании важную роль играет также практика международных межправительственных организаций, которая складывается как в их отношениях с государствами, так и между самими международными организациями. Это обусловлено увеличением числа международных организаций, возрастанием их роли и активности в международном общении. Нельзя не указать и на наличие обычно-правовой практики внутри самих международных организаций, например по организационным вопросам. Международный Суд ООН при рассмотрении переданных дел и вынесении консультативных заключений неоднократно обращался к внутренней практике международных организаций.

Вместе с тем деятельность субъектов международного права проявляется в работе органов (государственных, международных) и иных лиц, уполномоченных выступать на международной арене от имени таких субъектов и действия которых могут быть приписаны субъектам международного права, несущим международно-правовую ответственность. Этот подход, в частности, отражен в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 12.12. 2001 № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния»².

Применительно к новой практике в ее обычно-правовом контексте действия субъектов международного права должны соответствовать их международной правоспособности — универсальной или ограниченной. Так, государства, обладающие универсальной правоспособностью, должны действовать исходя из своего суверенитета и вытекающих из него суверенных прав и юрисдикции, не противоречащих основным принципам международного права. Вместе с тем такая практика не должна нарушать аналогичные права других государств, иных субъектов международного права, существующие международные договоры этого государства. Субъекты, участвующие в формировании обычных норм международного права, не могут выходить за пределы своей компетенции, предусмотренной для государств национальным законодательством и их международно-правовыми обязательствами, а для международных межправительственных организаций — учредительных договоров и других связанных с ними юридически обязательных документов. В противном случае такая практика будет противоправной с позиции законодательства государства или международного права, или того или другого. Нередко обычно-правовая практика призвана закрывать пробелы в международно-правовом регулировании или, при соответствующей имплементации — пробелы в законодательстве государств. Хотя следует заметить, что имеют место слу-

² Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 63-я сессия. Дополнение № 10 (A/63/10).

чаи, когда возникала обычно-правовая практика, противоречащая международным договорам или развивающая их положения. Например, это касается разрешительного порядка нерегулярных полетов над территорией государства иностранных воздушных судов, занятых в международных воздушных сообщениях, предусмотренного Чикагской конвенцией о международной гражданской авиации (1944), или порядка голосования в Совете Безопасности ООН.

Отношения между субъектами международного права, составляющие содержание практики. Важным для обычно-правовой практики является вопрос о том, входят ли в практику, ведущую к формированию международного обычая, только действия и заявления государств на международной арене или также внутригосударственная деятельность³.

Во многих случаях практика, которая могла бы стать в будущем обычаем, представляет собой новое правило поведения, которое при соответствующем признании в качестве правовой нормы призвано в будущем регулировать межгосударственные отношения, взаимоотношения субъектов международного права. Такая практика носит согласительный характер (вопросы дипломатических сношений и т.п.). Вместе с тем практика может иметь отношение и к внутригосударственной жизни (права и свободы человека, режим иностранцев, предоставление гражданства, уголовно-процессуальные вопросы и т.п.), а также к внутренней деятельности международных организаций (порядок уплаты членских взносов международных организаций, правила, регулирующие иные внутриорганизационные вопросы их деятельности). В этой ситуации практика, как правило, не носит согласованного с другими государствами характера, хотя государство может рассматривать зарубежную внутригосударственную практику как образец, соглашаться с ней путем заимствования. Но в любом случае должна быть убежденность государств рассматривать ту или иную практику как обычно-правовую. Например, это относится к практике, лежащей в основе таких обычно-правовых норм, как право человека на жизнь, беспрепятственный доступ к правосудию и т.п.

Виды практики. По общему мнению, обычно-правовая практика может иметь такие разновидности, как действия или бездействия. В отношении последних, их значения для формирования обычных норм международного права ведется немало споров среди ученых и практиков.

Само бездействие обычной нормы не создает. В противном случае любое бездействие уже закладывало бы фундамент обычной нормы международного права. По нашему мнению, бездействие может рассматриваться как обычно-правовая практика только когда оно закладывает основу межгосударственных отношений по тому или иному вопросу.

О бездействии как виде практики упоминается в ряде международных судебных решений, в частности, в решении по делам «Lotus»⁴, о военных и полувоенных действиях США против Никарагуа⁵. Практика воздержания от тех или иных действий на международной арене проявляется в таких основополагающих принципах международного права, как невмешательство и уважение суверенитета государств.

³ Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дисс... к. ю. н. М., 2006. С. 81, 82.

⁴ The Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey), P.C.I. J. 1927. Series A. No. 10.

⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. Judgment. I.C.J. Reports 1986.

Формы практики. В доктрине международного права идут споры о том, какие формы может иметь обычно-правовая практика. На этот счет сложились две концепции относительно физических действий, а также письменных, устных заявлений. Споры идут в отношении вопроса, включает ли такая практика только физические действия, или только вербальные действия, или то и другое. По мнению М. Вуда, практика может иметь форму как физического, так и вербального действия⁶. Многие ученые стоят на противоположной позиции и утверждают о том, что до тех пор, пока государства не приняли меры по обеспечению исполнения вербальных актов, они не могут составлять материальный признак международного обычая⁷.

Физические действия государств, несомненно, являются основой для формирования обычных норм международного права. Вместе с тем, как указывалось выше, они не могут быть вне правового поля государства. Они должны быть облачены в форму тех или иных законодательных или иных нормативных правовых актов, или международных договоров, или, по крайней мере, должны быть не запрещены.

К сожалению, позитивность вербальных актов, в частности тех или иных заявлений уполномоченных государствами лиц, в качестве основы для формирования обычных норм международного права в настоящее время снижается. Государства преследуя узкие, эгоистические интересы (экономические, политические и т.д.) и активно противоборствуя друг с другом на международной арене, довольно часто меняют позицию по межгосударственным вопросам. Поэтому, по нашему мнению, к вербальной практике следует относиться осторожно. При анализе такой практики необходимо смотреть на то, что делают государства и иные субъекты права, а не на то, что они заявляют. С этим согласны многие ученые в области международного права. Важно также смотреть на связь заявлений государств с их последующим юридически-правовым закреплением.

Виды деятельности государственных органов, составляющие основу практики. Как указывалось выше, практика государств состоит из присваиваемого ему поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции⁸. Хотя имеют место иные точки зрения тех ученых, которые отвергают законодательную и судебную практику государств в создании обычных норм международного права.

К вербальному (письменному, устному)⁹ поведению исполнительной власти государств нередко относят их указы и постановления, официальные заявления глав государств, правительств или ведомств иностранных дел по тем или иным международным проблемам, заявления данных лиц в парламенте, на международных конференциях или в международных организациях, пресс-релизы и заключения официальных юридических советников, руководства, разработанные в государствах по правовым вопросам (например, руководства по военному праву, распоряжения по вооруженным силам, правила боевых действий), позиции, выраженные государствами в национальных или международных судах и трибуналах, протесты в связи с резолюциями международных организаций и конференций, заявления от имени государств в отношении мер кодификации и т.п. В области дипломатических сношений — это дипломатические акты и кор-

⁶ Документ ООН A/CN.4/672. С. 40.

⁷ Weisburd A.M. Customary International Law: The Problem of Treaties // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1988. Vol. 21. No. 1. P. 31; Brownlie I. Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom // *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Ruiz*. Vol. I. Roma, 2004. P. 313–314.

⁸ Док. ООН A/CN.4/672. С. 21.

⁹ Там же. С. 22.

респонденция, в частности вербальные ноты, протесты посредством дипломатических представительств против практики других государств или иных субъектов международного права¹⁰. Вместе с тем Комиссия международного права ООН обратила внимание, что с учетом неизбежности перемен, как политических, так и технологических, и их темпов попытка составить исчерпывающий перечень этих «материальных источников» международного обычного права не является ни возможной, ни желательной¹¹.

То, что касается законодательной практики (не практики законотворчества. — *прим. авт.*), то о ней, по нашему мнению, может идти речь, когда практика и ее признание в качестве правовой нормы могут рассматриваться как единое целое. В любом случае реализация таких законодательных норм основывается на действиях или бездействии органов исполнительной власти. Например, установление прибрежным государством с помощью своего законодательства 12-мильного предела территориального моря и напущенные его неправомерного пересечения обеспечиваются органами исполнительной власти государства, а также уважением этого правила другими государствами и их судами.

Споры идут и в отношении практики внутригосударственных судов. Отдельные государства относят судебную практику, прежде всего, в вопросах, относящихся к межгосударственным отношениям, к обычно-правовой практике. Есть и иные точки зрения, так, по мнению Г.М. Даниленко, в принципе внутреннее судебное решение само по себе не может играть независимую роль в создании межгосударственной практики, так как оно не является выражением первоначального притязания государства в области международных отношений¹².

Вместе с тем к обычно-правовой практике, по мнению ученых, предъявляется ряд требований, без которых обычай сформироваться не может. Заметим, что в доктрине международного права перечень этих требований не устоялся, нередко они именуется по-разному и довольно часто в них вкладывается различный смысл. К их числу относят: 1) общность (всеобщность); 2) единообразие и определенность; 3) устойчивость и постоянство; 4) продолжительность¹³. Некоторые авторы ограничивают их всеобщностью, единообразием и постоянством¹⁴.

Общность практики. При оценке общности обычно-правовой практики важно определение круга ее участников, а именно, ее всеобщности (для универсального международного обычая) и партикулярности (для локального международного обычая), т.е. практики, возникающей среди двух и более государств. Именно общность практики государств рассматривалась Комиссией международного права ООН в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права. Наоборот, отсутствие общности практики государств рассматривается как обстоятельство, исключающее существование нормы международного обычного права¹⁵.

¹⁰ См.: Документ ООН A/CN.4/672. С. 40; Crawford J. Op. cit. P. 24.

¹¹ Yearbook of the International Law Commission. N.Y., 1950. Vol. II. (United Nations Publication. No. 1957.). P. 368.

¹² Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 70, 71, 72.

¹³ См. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law // International Law Association. 69th Conference. Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law. London, 2000. P. 20; Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

¹⁴ Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 93–95.

¹⁵ Формирование и доказательства существования международного обычного права. Меморандум Секретариата Комиссии международного права. 65-я сессия. Женева, 5.05.– 7.06. и 8.07.– 9.08. 2013. A/CN.4/659. С. 9.

Всеобщность практики (для универсального международного обычая). Напомним, что ст. 38 Статута Международного суда ООН определяет международный обычай, как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы. Вместе с тем понятие всеобщности до сих пор не нашло формального правового закрепления ввиду неопределенности в данном вопросе, которая наблюдается в доктрине международного права.

По мнению И.И. Лукашука, обычная норма международного права принимается большинством государств, представляющих главные формы цивилизации и основные правовые системы мира, т.е. международным сообществом в целом¹⁶. Широкое распространение нашла точка зрения, согласно которой для того, чтобы норма общего международного обычного права возникла, практика необязательно должна быть единодушной (всеобщей), однако она должна быть «обширной», т.е. распространенной. Есть, в частности, мнение, что при анализе практики государств невозможно теоретически определить точное их число, которое необходимо для того, чтобы практика была признана «общей». В одних случаях даже «внушительное» число государств, следующих той или иной практике, не всегда может быть достаточно; а в других — вполне возможно, что практике следует лишь относительно небольшое число государств и бездействия других будет достаточно для создания нормы международного обычного права¹⁷. Можно услышать схожее мнение, что практика, которой придерживается весьма небольшое число государств, может создавать норму обычного права, если нет практики, противоречащей этой норме¹⁸.

Конечно, в этом вопросе обо всех государствах не может идти и речи. Даже сложно назвать точное число государств, существующих в настоящее время в мире. На это влияют не только объективные причины, но и субъективные политические оценки государств и международных организаций, их отношение к тем или иным государственным образованиям. Сегодня, как известно, в ООН входит 193 государства-члена. Однако около десятка образований, имеющих признаки государственности, либо не признаны другими государствами, либо признаны недостаточным их количеством, и их правовой статус вызывает споры. 46 владений имеют постоянное коренное население и собственное гражданство. Существуют 35 зависимых территорий, имеющих постоянное население. В Общероссийском классификаторе стран мира (ОКСМ) число государств, государственных образований и территорий с различным правовым статусом достигает 251¹⁹. В пределах этих территорий может существовать та или иная практика относительно тех или иных правил поведения, имеющих отношение к межгосударственным отношениям. Поэтому в широком смысле можно говорить именно о такой обширной практике. В узком смысле — о практике государств, являющихся общепризнанными субъектами международного права, прежде всего членов ООН, хотя, по нашему мнению, это не в полной мере отражает «всеобщую практику». Вместе с тем в рамках ООН можно получать более или менее достоверные сведения о той или иной практике ее членов, чтобы оценить ее обычно-правовой характер.

¹⁶ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 1997. 128 с.

¹⁷ Villiger M. Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources. The Hague, 1997. P. 30; Документ ООН A/CN.4/672. С. 43–44; North Sea Continental Shelf Judgment. I.C.J. Reports 1969. P. 3, p. 42, para 73.

¹⁸ Akehurst M. Custom as a Source of International Law // British Yearbook of International Law. London, 1977. Vol. 47. No. 1. P. 18.

¹⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://classifikators.ru/oksm#codes> (дата обращения: 01.02.2017)

По нашему мнению, практика возникает среди государств и иных субъектов международного права, которые могут реализовать то или иное правило поведения. Когда мы рассматриваем возникновение, например, норм международного морского права, то мы анализируем практику государств, которые имеют суда, плавающие под их флагом. В международном воздушном праве это государства, которые участвуют в международном воздушном сообщении, т.е. имеют летательные аппараты или над территорией, которых осуществляются международные полеты. В международном космическом праве это государства, которые в той или иной мере участвуют в исследовании и использовании космического пространства. Поэтому круг государств, среди которых может возникнуть практика, всегда ограничен, хотя, следуя принципу суверенного равенства государств, он может быть расширен за счет государств, которые при возникновении соответствующих условий и возможностей в дальнейшем могут стать субъектами обычно-правовой практики. Однако может иметь место и другая ситуация, когда практика имеет отношение ко всем государствам без каких-либо ограничений. Например, это относится к практике, на которой базируются обычные нормы международного права в области прав человека.

Важность критерия, отражающего заинтересованность в практике, потребность в ней, находит отражение в доктрине международного права²⁰. По мнению Г.М. Даниленко, во многих случаях все государства оказываются затронутыми в равной мере, в других «затронутыми в особой мере»²¹.

Обычность практики двух и более государств (для локального международного обычая). Всеобщая практика, как правило, проходит стадию практики двух или группы государств. В дальнейшем такая ограниченная практика может расширяться ввиду ее позитивности и соответствия жизненно важным интересам государств. Например, два государства могут договориться, что их морские суда на взаимной основе могут заходить в порты друг друга без разрешения. Третье государства, видя, что такая практика имеет место и благотворно влияет на развитие межгосударственных отношений в экономической, культурной и иных сферах, способствует укреплению взаимопонимания между ними, может обратиться к этим государствам с предложением о применении такого рода практики в отношении себя. Таким образом, можно говорить о становлении локального обычая, которое не обязательно может стать всеобщей практикой. Хотя не исключено, что в дальнейшем этот процесс может получить дальнейшее распространение и достигнуть регионального, субрегионального или всеобщего уровня. Видимо, так и было в истории становления такого рода обычно-правовой практики в области международного морского права. В качестве примера ограниченной практики, которая лежит в основе возникновения локального обычая, можно привести норму, сложившуюся в отношениях США, Великобритании и СССР, а также ряда других государств, которые предоставляли дипломатические иммунитеты и привилегии административно-техническому персоналу и обслуживающему персоналу иностранных дипломатических представительств.

Рассматривая процесс обычного нормообразования в целом, Г.И. Тункин отмечал, что обычное правило может быть создано практикой ограниченного числа государств.

²⁰ См., напр.: Worster W. The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law // Boston University International Law Journal. 2013. No 1. P. 63; Ромашев Ю.С. Некоторые подходы к определению условий формирования общепризнанных норм международного права // Российский ежегодник международного права. М., 1999. С. 297–306.

²¹ См., напр.: Danilenko G.M. Law-Making in the International Community. Dordrecht, 1993. P. 95.

Будучи признано в качестве правовой нормы, оно иногда является вначале обычной нормой, имеющей ограниченную сферу применения, которая путем признания этой нормы другими государствами постепенно расширяется, приближая соответствующую норму к общепризнанной норме международного права²².

Единообразии и определенности практики. В основе международного обычая лежит единообразная практика, которая рассматривается Комиссией международного права ООН в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права. При этом Комиссия употребляет различную терминологию, а именно, «единообразии» или «единообразная практика», «устоявшаяся практика», «четко установленная практика», «прочно укоренившаяся практика» и т.п.²³

Вместе с тем, несмотря на столь «строгий» критерий, в доктрине международного права и практике существует точка зрения, что требование единообразия практики означает, что в аналогичных ситуациях действия различных государств должны быть в целом идентичными. Так, в решении по делу о военных и полувоенных действиях США против Никарагуа Международный Суд ООН отметил, что, по его мнению, для формирования обычной нормы не требуется, чтобы «практика полностью строго соответствовала данной норме»²⁴. Согласно точке зрения Г.М. Даниленко, абсолютного единообразия практики не требуется: главное состоит в том, чтобы правило поведения, лежащее в основе практики, проявилось достаточно четко и в целом рассматривалось как необходимый стандарт поведения²⁵. При этом нередко употребляется схожее требование к практике — ее **определенность** как следствие единообразного поведения.

Выполнение требования определенности необходимо для того, чтобы на основании единообразной практики можно было сформулировать общее правило. Причем, как и в случае с единообразием, по мнению И.И. Лукашука, достижения абсолютной определенности для формирования обычая не требуется, да и это не всегда возможно: «проблема определенности — одна из главных для обычного права, которое характеризуется недостаточной четкостью, расплывчатостью»²⁶. Существуют и иные точки зрения; так, Л.Р. Шаммасова считает, что имеют место сомнения в необходимости выделения «определенности» практики в качестве самостоятельного требования и, по ее мнению, если практика удовлетворяет критериям постоянства и единообразия, то она не может быть неопределенной²⁷.

Подобного рода заявления о необязательности абсолютного единообразия и определенности касаются, по нашему мнению, только общих норм, скорее принципов международного права, нежели конкретных норм, регулирующих специальные вопросы межгосударственных отношений. Расплывчатость формулировок, оправдываемых такими утверждениями, как раз и ведут к неэффективности обычно-правового регулирования, снижению его авторитета. В каждом случае необходимо выяснять, о какой практике идет речь, ее содержание, а также какой она имеет характер — общий или конкретный.

Устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность) практики. Чтобы стать основой международного обычая практика не должна быть хаотичной, то возни-

²² Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С. 111.

²³ Документ ООН А/СN.4/659. С. 10, 13, 14.

²⁴ I.C.J. Reports 1986. P. 98.

²⁵ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

²⁶ Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М., 1997. С. 223.

²⁷ Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 86.

кать, то исчезать, т.е. согласно доктрине международного права, она должна быть устойчивой (стабильной), а также постоянной (непрерывной) во времени. По мнению Л.Р. Шаммасовой, требование постоянства означает, что практика должна быть достаточно устойчивой, стабильной, в отличие от простого существования одного или нескольких прецедентов²⁸. Согласно утверждению Г.М. Даниленко, требование постоянства — необходимое требование, предъявляемое к практике государств, а процесс формирования обычной нормы предполагает наличие длящейся и повторяющейся практики²⁹. Хотя Г.И. Тункин указывал на международную практику, имеющую перерыв. Несмотря на то, что, по его мнению, непрерывность не играет решающей роли в процессе образования нормы международного права, он подчеркивал, что прерывность может разрушить обычное правило поведения, и все зависит от того, какой характер имеет эта прерывность³⁰. В любом случае, по нашему мнению, чтобы оценить наличие обычной нормы международного права рассматривают наличие устойчивой практики на конкретном этапе развития общества, и не имеет существенного значения, что в предыдущие этапы был перерыв. Хотя длительная устойчивая практика является лучшим доказательством наличия обычно-правовой практики.

Продолжительность во времени. Время является характеристикой становления и существования того или иного правила поведения в отношениях государств и иных субъектов международного права. Эта характеристика тесно связана с предыдущими требованиями. Правило может стать устойчивым и постоянным в течение определенного, более или менее длительного периода времени и не должно быть некоторым эпизодическим фактом. Хотя существует точка зрения, что современный обычай может возникать из практики, сложившейся в короткий период времени, даже в результате одного факта.

Да, действительно, ранее существовал обычай, что обычная норма международного права складывается в течение длительного периода времени. По мнению Г.М. Даниленко, прохождение определенного периода времени необходимо прежде всего в связи с тем, что государства должны иметь возможность узнать о правовых притязаниях других государств и соответствующим образом отреагировать на них³¹. Ныне, в реалиях современного информационного и динамично развивающегося общества, данная норма права международных обычаев претерпела изменения, и фактор времени не является решающим.

Длительный период времени становления обычно-правовой практики присущ процессу формирования нормы, для которой характерна противоречивая практика государств, нередко преследующих различные интересы. Например, это относится к истории становления обычной нормы о мирном проходе судна через территориальные воды (море) прибрежного государства, или же принципа открытого моря. Длительная противоречивая практика имеет место в отношении правила о 12-мильном максимальном пределе ширины территориального моря. Несомненно, что ввиду расширяющейся практики такое правило наряду с договорной нормой становится и обычной нормой международного права.

По нашему мнению, в короткий период времени формируется обычная норма, соответствующая практике в какой-либо новой области межгосударственных отношений.

²⁸ Там же. С. 84.

²⁹ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

³⁰ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 100.

³¹ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 95.

Например, это касается безальтернативной по своему характеру нормы, предусматривающей свободу исследования и использования космического пространства в мирных целях. Она, по мнению многих ученых, возникла с момента запуска первого искусственного спутника Земли, и в этой связи была выдвинута концепция «моментального обычая». С нашей точки зрения, в таком событии в области использования космоса были прогрессивность и его поддержка мировым сообществом, а также невозможность государств, не участвующих в такой деятельности, каким-либо образом протестовать, — ведь космическое пространство никому не принадлежит, его невозможно присвоить, а ущерб от подобного рода полетов никто не нес (разве только «моральный»).

Вместе с тем следует заметить, что до этого полета сложилась другая обычная норма международного права, содержащая правило, согласно которому нельзя присвоить какую-либо территорию, если она не принадлежит какому-либо государству, а принадлежит всему мировому сообществу. Практика в области исследования и использования космического пространства в мирных целях, лежащая в основе данной нормы, не противоречила суверенитету ни одного из государств. Поэтому, наверное, это один из примеров формирования «моментального обычая»³² при отсутствии альтернатив иной практике. То же самое можно сказать и о других областях международного права. Так, в ходе выступлений в Комиссии международного права ООН была выдвинута идея, что обычно-правовой принцип, в соответствии с которым государства обладают суверенитетом над воздушным пространством над их территорией, возник «мгновенно»³³.

Вместе с тем, концепция «моментального обычая» имеет много противников. По мнению Г.М. Даниленко, поскольку обычай создается практикой государств, «моментального» или «мгновенного», обычай в реальной международной жизни быть не может. Для возникновения, консолидации и признания всеобщей практики необходимо наличие ряда прецедентов, состоящих из фактических действий, односторонних или многосторонних актов, что, как правило, требует прохождения, по крайней мере, определенного периода времени³⁴.

Трудно найти компромисс между сторонниками «длительности формирования обычно-правовой практики»³⁵ и «возможности ее краткосрочности»³⁶. По нашему мнению, длительность практики не является определяющей в рассматриваемом вопросе и вообще не является требованием к обычно-правовой практике. Время возникновения такой практики определяется становлением ее определенности, стабильности. Когда произойдет стабилизация в единообразии практики, ее определенность, тогда и можно рассуждать о возможности окончания становления обычно-правовой практики. Есть точка зрения, что при условии, что практика является достаточно общей и последовательной, конкретной продолжительности не требуется³⁷. В каждом случае, по нашему мнению, необходимо анализировать практику на предмет соответствия этим вопросам.

³² Лукашук И.И. Указ. соч. С. 76.

³³ Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 98.

³⁴ Там же.

³⁵ Например, особое мнение судьи В.М. Корецкого по делу об определении границ континентального шельфа между Данией и ФРГ и между ФРГ и Нидерландами. См.: *Корецкий В.М. Избранные труды.* Киев, 1989. Кн. 2. С. 382.

³⁶ См.: Лукашук И.И. *Источники международного права.* Киев, 1966. С. 59; *Международное право / отв. ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунов. М., 1999. С. 109; Броунли Я. Международное право. В 2-х кн. М., 1977. Кн. I. С. 28; Курс международного права в 7 т. М., 1989. Т. 1. С. 193.*

³⁷ Документ ООН A/CN.4/672. С. 52.

О факторах, которые могут повлиять на сокращение времени становления обычно-правовой практики, приходится говорить отдельно. Об этом уже много написано. Например, к их числу относят развитие средств коммуникации, прежде всего Интернета, активизацию международного общения государств, посредством проведения различного рода форумов и иных мероприятий, выпуска многочисленных научных публикаций. С помощью современных средств массовой информации государства быстро узнают о различных сторонах деятельности друг друга.

Поэтому в доктрине международного права в настоящее время начинает складываться общее мнение о необязательности длительного времени для формирования обычно-правовой практики. Как отмечал Международный суд ООН в деле о континентальном шельфе Северного моря, «непродолжительность существования не является обязательно или сама по себе препятствием для формирования новой нормы обычного международного права»³⁸.

Обычно-правовая практика не должна отражать сиюминутные потребности. По нашему мнению, одни из ключевых требований, которые должны предъявляться к обычно-правовой практике, — это *соответствие практики закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств*, во многих случаях, *ее прогрессивность*. В противном случае практика не приживется. По мнению Ш. Вишера, обычная норма появляется тогда, когда практика в результате единообразного применения является достаточно стабилизировавшейся и в ней наблюдается выражение равновесия или хотя бы временной стабилизации существующих интересов³⁹.

Таким образом, к числу основных требований к обычно-правовой практике можно отнести: ее общность; единообразие и определенность, устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность), соответствие закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств. Данные требования носят системный характер, они взаимосвязаны, неразрывны и составляют единое целое. Прогрессивность практики носит важный, но факультативный характер. Продолжительность во времени не следует относить к числу требований к обычно-правовой практике, она является лишь ее характеристикой.



Библиография

- Броунли Я. Международное право. В 2-х кн. М.: Прогресс, 1977. Кн. 1. 507 с.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Корецкий В.М. Избранные труды. Киев: Наукова Думка, 1989. Кн. 2. 382 с.
- Лукашук И.И. Источники международного права. Киев, 1966. 125 с.
- Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. 223 с.
- Международное право: учебник. Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 1999. 109 с.
- Ромашев Ю.С. Право международных обычаев в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 103–112.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М., Зерцало, 2000. 111 с.
- Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к.ю.н. М., 2006. 214 с.

³⁸ I.C.J. Reports, 1969. P.43.

³⁹ De Visscher C. Coutume et traité en droit international public. Paris, 1955. P. 356.

Brownlie I. Some Problems in Evaluation of Practice of States as an Element of Custom // *Studi di diritto internazionale*. 2004. Vol. 1. P. 313–318.

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

Crawford J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 888 p.

Danilenko G.M. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993. 344 p.

Villiger M. *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 378 p.

Weisburd A.M. Customary international Law: The Problem of Treaties // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1988. Vol. 21. No. 1. P. 1–46.

Practice as a Basis of Forming International Custom



Yuriy 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



Nikolai V. Ostroukhov

Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Russian University of Peoples' Friendship, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow, 117198, Russian Federation. E-mail: ostroukhov_nv@gov.ru



Abstract

The point of view that “practice” is one of the main elements of customary international law is the most widespread in the doctrine of international law, activities of states and other subjects of international law. However, there is no consensus on the characterization of customary practices, as well as mandatory requirements to it, giving such practice a special quality. Not any practice in the relations between subjects of international law can become a prototype of the customary rule of international law. The article presents the peculiarities of customary practice and constituting the contest of the practice relationships between subjects of international law, its types and forms, as well as types of activities of state bodies forming the basis of the practice. The authors detail on the requirements for the customary practice without which the custom cannot be formed. The article also clarifies the list of such requirements and proposes to include them: commonality; uniformity and certainty; sustainability (stability) and permanence (continuity); compliance with laws of social development, needs of the development of interstate relations, common interests of states. These requirements, according to the authors, are systemic, interrelated, inseparable and constitute a coherent whole. The progressiveness of practice is proposed to be referred to its important requirements, which are optional. According to the author's position the duration in time shouldn't be attributed to a number of requirements to the customary practice, it is only its characteristic. The author analyses the concept of “instant custom” and the possibility of its application. A customary rule, corresponding to practices in any new area of interstate relations is formed in a short period of time. The completion of the formation of customary practice is characterized by the presence of its certainty, stability at a particular stage of development of the society. However, a long-term sustainable practice is the best proof of the existence of customary practice. The article pays attention to the formation of local customary practice. It is concluded that the general practice, as a rule, passes the stage of practice of two states or a group of states. In the future, such limited practice can expand because of its positivity and conformity with the vital interests of States.



Keywords

international law; sources of international law; international custom; law of international customs; norm formation; customary norms of international law; international practice.

Citation: Romashev Yu. S., Ostroukhov N.V. (2017) Practice as a Basis of Forming International Custom. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 186–199 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.186.199



References

- Brownlie I. (1977) *Mezhdunarodnoe pravo*. [International Law]. Book 1. Moscow: Progress, 507 p. (in Russian)
- Brownlie I. (2004) Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom. *Studi di diritto internazionale*, vol. I, pp. 313–318.
- Danilenko G.M. (1993) *Law-Making in the International Community*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 344 p.
- Ignatenko G.V., Tiunov O.I. (eds.) (1999) *Mezhdunarodnoe pravo. Uchebnik*. [International Law. Textbook]. Moscow: Norma, 109 p. (in Russian)
- Crawford J. (2012) *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 888 p.
- Koretskiy V.M. (1989) *Izbrannie trudi* [Selected Works]. Book 2. Kiev: Naukova dumka, 382 p. (in Russian)
- Kurs mezhdunarodnogo prava v 7 t.* (1989) [Course in International Law in 7 vols.]. Vol.1. Moscow: Nauka, 193 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1966) *Istochniki mejdunarodnogo prava* [Sources of International Law]. Kiev: Naukova dumka, 125 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1997) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'*. [International Law. Common Part]. Moscow: BEK, 128 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1997) *Normy mejdunarodnogo prava v mejdunarodnoi normativnoi sisteme* [Norms of International Law in International Normative System]. Moscow: Spark, 223 p. (in Russian)
- Shammasova L.R. (2006) *Mezhdunarodno-pravovoy obychay v sovremennom mezhdunarodnom prave*. Diss. Kand. Yurid. Nauk [International Custom in Contemporary International Law. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 214 p.
- Tunkin G.I. (2000) *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of International Law]. Moscow: Zertsalo, 111 p. (in Russian)
- Villiger M. (1997) *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 378 p.
- Visscher de C. (1955) *Coutume et traité en droit international public*. Paris: Institut des hautes études internationales, pp. 353–369.
- Weisburd A. (1988) Customary International Law: Problem of Treaties. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, no. 1, pp. 1–46.