

ПРАВО
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОБЫЧАЙ КАК ОСНОВНОЙ ИСТОЧНИК
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

© 2012 г. Александр Николаевич Вылегжанин¹,
Рубен Амаякович Каламкрян²

Краткая аннотация: в работе показано значение международного обычая как основного источника международного права.

Annotation: the article shows the significance of international custom as a main source of international law.

Ключевые слова: международный обычай, источники международного права, Международный Суд ООН.

Key words: international custom, sources of international law, International Court of Justice.

Современный международный правопорядок характеризуется высоким уровнем осознанного соблюдения норм международного права как договорного, так и обычного характера. Созданные в результате международного правотворчества, эти нормы выражают согласованное волеизъявление государств. Сами же государства признают такие нормы поведения в качестве обязательных. Это первоначально данное согласие, проявившее себя в соответствующей практике государств, выступает неким гарантом последующего добросовестного выполнения норм прогрессивно развивающегося международного права, обеспечения эффективности международного правопорядка, соответствия ему политики государств на основе верховенства международного права.

При этом действенность международно-правовых норм обеспечивается, как известно, общей заинтересованностью всех государств – членов международного сообщества в соблюдении таких норм, ими же созданных.

Понятие международного обычая, его элементы, значение в правотворчестве и правоприменении уже весьма обстоятельно исследованы в отечественной и зарубежной международно-правовой науке. Член-корреспондент АН СССР Г.И. Тункин отмечал: “Проблема обычных норм международного права является одной из самых

важных и вместе с тем одной из самых сложных теоретических проблем международного права”³. Судья Международного Суда ООН проф. Ф.И. Кожевников писал: “Несмотря на неопределенность, шаткость, условность и относительность обычая, было бы неправильно, однако, недооценивать или тем более игнорировать его значение как источника права ... Следует отметить, что целый ряд институтов в области международного права покоится исключительно на обычае... Более того, в правовой литературе среди источников положительного международного права обычаю даже нередко отводят первое место по значению, а договорам – второе”⁴.

Тема эта требует обновленных исследований: модернизируемая международно-правовая наука содействует прогрессивному развитию международного права, а последнее, в свою очередь, адекватно учитывая динамику и содержательную диверсификацию современных международных отношений⁵, сохраняет качество их эффективного регулятора. Более того, обозначенная тема по-новому востребована в контексте конкретных международных событий. Одно из них – уточнение характеристики правового положения дна Северного Ледовитого океана, когда именно вопрос о месте в нем *обычных норм* вызвал научную дис-

¹ Заведующий кафедрой международного права МГИМО (У) МИД России, доктор юридических наук, профессор.

² Ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор (E-mail: igrgan@igrgan.ru).

³ Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1970. С. 130.

⁴ Кожевников Ф.И. Учебное пособие по международному публичному праву. Вып. I. История и понятие международного права. М., 1954. С. 32.

⁵ См.: Современные международные отношения и мировая политика / Отв. ред. А.В. Торкунов. М., 2005. С. 5–9.

куссию⁶. Не повторяя здесь изложение этого вопроса, напомним лишь о цене его решения. Если формально исходить из приоритетной роли в этом правовом положении одной нормы международного договора Российской Федерации, именно ст. 76 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., то Россия, по представленным оценкам, теряет не менее 330 тыс. кв. км площади своего арктического шельфа. Если же исходить из толкования этой статьи на фоне общего международного права, приоритетности применимого международного обычая, то такой потери Россия не несет⁷.

Не сводя рассматриваемую тему к решению этого вопроса, хотя и масштабного, значимого для России, а также к позициям, отраженным в ходе его рассмотрения в науке и на экспертных площадках⁸, в настоящей статье сделана попытка академического осмысления главных результатов исследования феномена международного обычая, уже представленных в русской, советской, современной российской и зарубежной юридической литературе.

Упрощенное объяснение термина “международный обычай”. На ранних этапах развития общества уже появлялись некие образцы поведения, принимаемые за должные, за те правила, отступление от которых не допустимо. В общей теории права огромная роль обычного права отмечена прежде всего в национальном “раннем праве”: “Обычное право появляется раньше государства”, и появление государства вначале “слабо отразилось на действии обычно-правовых систем, они, как и раньше, продолжали делать свое дело”. Постепенно государство все более результативно внедрялось в сферу правового регулирования, особенно его суды. Но и они “вначале руководствовались обычным правом”. И уже позднее из правовой сферы “вытеснялись обычно-правовые нормы”, чтобы привнести созданное государством в законодательство. В конечном счете “го-

сударству удается оттеснить на периферию (но не вытеснить) обычно-правовые системы”⁹.

В международном праве – другой финал: число международных договоров, в том числе кодификационных конвенций, уже сейчас огромно, и оно продолжает расти, но при этом значение обычных норм международного права не уменьшается. Напротив, именно они, как показывает практика Международного Суда ООН, позволяют урегулировать подчас наиболее сложные споры на основе международного права. Тем не менее при рассмотрении международного обычая (как основного наряду с международным договором источника международного права) специалисты говорят о “спонтанном”, “почти не осознанном” правотворчестве, об “исторической ауре легитимности”, о “подлинном выражении общественных потребностей и ценностей”¹⁰.

Упрощая, правоведа пишут, что международный обычай выявляют “из практик государств и их поведения”, даже “из конвергенции таких практик”; и коль скоро практика государств, их поведение могут меняться, “могут меняться и международные обычаи”. Соответственно, делается вывод о том, что международный обычай отражает такой подход к принятию государствами решений своеобразным “консенсусом фактического поведения”, при котором “большинство из них имеют возможность создавать новое право”, обязывающее всех (не только создателей), в то время “как само участие государств в этом процессе поощряет их приверженность обычным нормам”¹¹. При этом подчеркивается, что только практики государств (того, как фактически ведут себя государства) мало для формирования международного обычая. Нужно еще принятие этой практики как *должной в силу права*.

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

Теория двух составляющих международного обычая. Международный обычай в ст. 38 Статута Международного Суда ООН определен “как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы”. Поскольку Статут “составляет неотъемлемую часть” Устава ООН (ст. 92 Устава), это краткое определение сомне-

⁶ Гуреев С.А., Буник И.В. Материалы “круглого стола” “Морская деятельность Российской Федерации: состояние и проблемы законодательного обеспечения” // Информ. бюллетень. 2005. № 1.

⁷ См.: Международное право и национальные интересы Российской Федерации. Сб. статей / Отв. ред. А.А. Ковалев, Б.Л. Зимненко. М., 2008. С. 46–76; Вылегжанин А.Н. Уточнение пределов юрисдикции России в Арктике на основе общего международного права // Международные суды: актуальные проблемы международного права. Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 2(6). Екатеринбург, 2010. С. 23–42.

⁸ См.: Протоколы Научно-экспертного совета Морской коллегии при Правительстве Российской Федерации. М., 2008–2011 гг. // http://mk.esimo.ru/about/objects/index.jsp?resourceId=149_RIHMI-WDC_386&techId=1&sortBy=date&rubricId=35

⁹ Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М. 2001. С. 102, 103.

¹⁰ Show M.N. International Law. Cambridge, 2008. P. 72, 73.

¹¹ Ibid. P. 73–75.

нию не подвергается, но ему даны различные толкования в части обоих компонентов, конституирующих международный обычай: а) “всеобщей практики” и б) ее признания “в качестве правовой нормы”.

Согласно “классической” интерпретации международного права нормы обычного права формируются именно из комбинированного взаимодействия *обоих* элементов: установившаяся, широко распространенная, последовательная практика государств; и субъективный элемент (ее признание в качестве права), известный как *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в правомерности и необходимости)¹², для краткости называемый *opinio juris*. В силу этого установить содержание обычной нормы международного права сложнее, чем содержание договорной нормы. В отличие от последней, обычная норма международного права не сформулирована *аутентичным способом*. Поэтому значим вопрос о *свидетельствах* общей практики государств и *opinio juris* (об этом – ниже). Обычные нормы международного права создаются в основном государствами; особенностью формирования таких норм, как подчеркнуто, является прежде всего то, что их возникновение и применение “хронологически предшествуют юридической квалификации. Практика государств не кристаллизуется сразу в международный обычай. Сначала появляется “обыкновение” (usage), которое на определенной стадии развития перерастает в международно-правовой обычай”¹³. Для появления обычной нормы международного права необходимо, чтобы процесс формирования обычая “имел спокойную молодость”, т.е. не был потревожен существенными препятствиями такому формированию, чтобы преодолевались имеющиеся сопротивления ему, в том числе и в виде отдельных протестов государств¹⁴.

Позиция Международного Суда ООН по данному вопросу отражена в ряде его решений (чаще всего цитируются решения Суда *по делу о рыбных ресурсах* 1951 г. (спор между Великобританией и Норвегией); и *по делу о континентальном шельфе Северного моря* 1969 г. (споры между ФРГ и Нидерландами; между ФРГ и Данией). В последнем решении Суд рассматривал, как создается общая

(обычная) норма международного права, и в этом контексте отметил:

“Соответствующие действия государства должны не только соответствовать установившейся практике (settled practice), но они также должны быть такими или должны быть выполнены таким образом, чтобы быть доказательством убеждения в том, что такая практика является обязательной в силу существования нормы права (by the existence of a rule of law), которая предписывает такую практику. Потребность в таком убеждении, то есть наличие субъективного элемента, подразумевается в самом понятии *opinio juris sive necessitates*”¹⁵.

В решении по спору между Ливией и Мальтой о континентальном шельфе Международный Суд отметил, что суть международного обычного права следует «искать прежде всего в современной практике и *opinio juris* государств (“primarily in the actual practice and *opinio juris* of states”)¹⁶.

Практика – это исходный фактор, но он изначально обусловлен вторым: практика государств, чтобы быть *юридически значимой*, должна сопровождаться их уверенностью в ее *правомерности* и *необходимости в силу международного права*. Часто в юридической науке указывается на парадоксальность теоретической конструкции международного обычая: каким образом практика государств может развиться в общую норму международного права, если государства, создающие практику, должны считать, что эта норма уже существует? Ведь иначе их практика не соответствует норме, вне права. Получается, норма права существовала до того, как практические действия государств могли стать юридически значимыми. Но именно благодаря таким действиям норма права может возникнуть. Чтобы это противоречие устранить, поставлен вопрос: достаточно ли того, чтобы вначале государства действовали, *ошибочно* полагая, что норма уже существует, т.е. что имеет место случай *communis error facit jus* (“совместная ошибка рождает право”)? Примеры обсуждения данной проблемы в юридической литературе известны¹⁷.

¹² Этот термин, как считается, удачно использован французским ученым Ф. Гени (Francois Geny) для отграничения юридического обычая от обыкновения в национальном частном праве еще в 1899 г. (*Show M.N. International Law*. Cambridge, 2008. P. 75).

¹³ Курс международного права / Гл. редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др. В 6-ти т. Т. 1. М., 1967. С. 180.

¹⁴ См.: там же. С. 181.

¹⁵ North Sea Continental Shelf Cases. Judgment. ICJ Reports 1969. P. 44 (para 77). Эта констатация подтверждалась Судом и в последующих делах: Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Judgment. ICJ Reports 1985. P. 13 (para 27); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits. Judgment // I.C.J. Reports. 1986. P. 14 (para 183 and 207).

¹⁶ I.C.J. Reports. 1985. P. 13, 29.

¹⁷ См.: *Thirlway H. The Sources of International Law // Principles of International Law / Ed. M.D. Evans. Oxford, New York, 2006. P. 122, 123; Daillier P. etc. Droit international public. Paris, 2009. P. 353, 354.*

Этот вопрос – о дискуссионности теоретического построения хода формирования международного обычая – несколько по-иному сформулирован в отечественной науке. “Различные концепции международного права связывали обязательную силу обычая с действием факторов, которые предопределяют обязательную силу права вообще... Представители исторической школы права, с которой связано возникновение концепции *opinio juris*, считали, что обычай есть не сознательное правотворчество, а спонтанный... продукт народного духа. Согласно учению этой школы обычай не создает право, а... помогает познать его, поскольку истинным источником права служит правовое убеждение народа... Обычай не создает право, а демонстрирует право, уже существующее... Если полагать, что обычай есть правотворческий процесс, и в то же время понимать *opinio juris* в его традиционном значении, то возникает логическое противоречие, приводившее в замешательство многих авторитетов. В самом деле, как обычай может создавать норму международного права, если создающая его практика должна осуществляться в убеждении, что она требуется уже существующей нормой права?”¹⁸ Отвечая на этот вопрос, авторы пишут, что “существование процесса создания норм международного права путем обычая состоит в соглашении между государствами, которое в этом случае является молчаливым, а не явно выраженным, как в договоре”¹⁹. Можно говорить в данном случае о *молчаливом согласии* государств по двум позициям: относительно *единообразного поведения*; и относительно *признания* такого поведения в качестве *правовой нормы*.

В юридической литературе формирование международного обычая сравнили с постепенным образованием дороги через незанятый участок земли. Поначалу возможна неопределенность, даже несколько тропинок через участок, но со временем “большинство пользователей начинают следовать одним и тем же путем, который и становится единственной дорогой”²⁰.

Итак, две составляющие международного обычая – общая практика и *opinio juris* – взаимообусловлены. Но одни юристы говорят об *общей практике* государств как о *главном факторе* формирования обычая, фиксируемом во второсте-

пенном элементе – *opinio juris*. Предложено даже рассматривать международный обычай именно как общую практику, считая, что значение *opinio juris* состоит лишь в том, чтобы ее отграничить от юридически не значимой практики (обыкновенения), от практики в силу международной вежливости или протокола. По мнению других правоведов, напротив, роль практики государств сводится прежде всего к тому, чтобы доказать существование *opinio juris*, и именно последний элемент – главный и *правотворческий*. Констатируется наличие обычной нормы международного права и в том случае, когда имеется *ограниченная практика* нескольких государств, но когда имеются доказательства того, что большинство *государств исходят из существования такой нормы*²¹. Эта же мысль подчеркнута и в отечественной международно-правовой доктрине: “Всеобщность должна быть не атрибутом практики, создавшей обычную правовую норму, а атрибутом признания созданной нормы... Обычная норма общего международного права может быть создана практикой лишь некоторого числа, а не всех государств, но признана в качестве правовой нормы всеми государствами... При этом всеобщность признания не нужно доводить до арифметического совершенства”²².

Оба элемента международного обычая (общая практика и *opinio juris*) проявляют себя не только в актах государств (*les actes de l'Etat*), в деятельности компетентных органов государств (*des agents gouvernementaux*), но и в решениях Международного Суда ООН, межгосударственных арбитражей, в документах универсального уровня, принятых ООН, другими межправительственными организациями и конференциями²³.

Комиссия международного права ООН отметила, что “протоколы кумулятивной практики международных организаций можно рассматривать как свидетельство международного обычного права в части отношений государств к международным организациям”²⁴. В этом же плане интересна оценка роли *резолюций, деклараций, принятых авторитетными межправительственными организациями и конференциями*. Действительно, как констатировала Комиссия международного права ООН, “Нюрнбергские принципы были единодушно утверждены Генеральной Ассамблеей ООН в

¹⁸ Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права // В кн.: Международное право и международный правопорядок / Отв. ред. Н.А. Ушаков. М., 1981. С. 53, 54.

¹⁹ Там же. С. 56.

²⁰ *Show M.P.* International Law. Cambridge, 2008. P. 79.

²¹ См.: *ibid.* P. 75.

²² Курс международного права / Гл. редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др. В 6-ти т. Т. 1. С. 181, 182.

²³ См.: *Daillier P. etc.* Op. cit. P. 356–358.

²⁴ *Yearbook of the International Law Commission. 1950. Vol. II. P. 368.*

резолюции 95 (I) от 11 декабря 1946 года”, поэтому нет сомнений в квалификации их “как принципов международного права”²⁵. В российской международно-правовой науке отмечено: “Резолюция 95 (I) констатирует, что определенные правила уже сложились как международный обычай... Реже резолюции-рекомендации используются для фиксации в письменной форме какого-либо международного обычая... Их цель – облегчить восприятие содержания международного обычая. Словесное выражение международного обычая в этих резолюциях юридически не обязательно. Но если против их формулировок никто не возражает и к тому же на них периодически ссылаются, то со временем такие формулировки могут сами стать своего рода вторичным международным обычаем, превратиться в официальное юридически обязательное толкование первичного обычая... Встречаются также резолюции-рекомендации, которые целенаправленно готовятся как толкования... принципов международного права. Наиболее известной резолюцией этого типа является Декларация о принципах международного права 1970 г... Если такие резолюции получают всеобщую поддержку, рано или поздно их положения могут стать... вторичным международным обычаем”²⁶.

Международный Суд подтвердил возможность существования и *регионального обычая* в ряде своих решений: по делу об убежище (1950 г.)²⁷; по делу о правах граждан США, Марокко (1952 г.)²⁸; о праве прохода через территорию Индии (1960 г.)²⁹. В последнем случае Суд отметил возможность существования даже двустороннего обычая³⁰. Иное мнение было высказано в юридической литературе: “формирование локального многостороннего международного обычая хотя в принципе и возможно, но происходит крайне редко. Двусторонний же обычай вообще не имеет смысла”³¹.

Свидетельства “практики государств”. Термин “международный обычай” означает, по доктринальной оценке, два явления³²: 1) процесс

создания обычной нормы права; 2) юридическую норму – обычную, образованную в результате данного процесса. В первом случае говорят о *международном обычном нормотворчестве*, во втором – о его продукте – *обязательном правиле поведения*, причем оба этих явления взаимосвязаны, взаимообусловлены. Субъектами, участвующими в процессе обычного нормотворчества, как было отмечено, являются прежде всего государства (основные субъекты международного права). В этот процесс вовлечены и международные неправительственные организации (производные субъекты международного права).

С 1973 г. США издают “Дигесты практики США в области международного права”³³, однако практика одного государства без общего признания ее в качестве нормы международного права не подпадает под определение “всеобщей практики”, предусмотренное в ст. 38 Статута Суда. Возникает вопрос: как выявить эту общую практику государств, являющуюся компонентом международного обычая? В доктрине называют в первую очередь такие свидетельства, как национально-законодательная практика, практика органов исполнительной власти, судебная практика, дипломатические действия, заявления от имени руководства государства и т.п.³⁴ Наличие практики государств, как было показано, могут подтверждать и международные документы, прежде всего ООН.

Международный Суд в решении по англо-норвежскому спору о рыбных ресурсах (1951 г.) признал допустимость существования в области морской делимитации обычая, сформированного активными действиями Норвегии (по установлению прямых исходных линий для отсчета ширины территориального моря), поскольку такие действия сопровождалась молчаливой “терпимостью” со стороны большинства государств при пассивном поведении Англии – длительном ее воздержании от протестов³⁵.

Подтверждение практики государств путем ее *неоднократного повторения* присуще нормальному процессу формирования международного обычая. В решении Постоянной палаты международного правосудия по делу “Уимблдон” (1923 г.) говорится о “постоянной международной практике”³⁶, а в решениях Международного Суда о пра-

²⁵ Цит. по: Работа Комиссии международного права. Нью-Йорк, 1989. С. 30.

²⁶ Черниченко С.В. Теория международного права. Т. II. М., 1999. С. 294, 295.

²⁷ См.: C.I.J. Recueil. 1950. P. 266.

²⁸ См.: C.I.J. Recueil. 1952. P. 176.

²⁹ См.: C.I.J. Recueil. 1960. P. 6.

³⁰ См.: C.I.J. Recueil. 1960. P. 25.

³¹ Ушаков Н.А. Международное право. М., 2000. С. 22, 23.

³² См.: Лукашук И.И. Международное право. С. 80–90; Международное право / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 2002. С. 18–20; Rousseau Ch. Droit international public. T. 1. P., 1970. P. 319–364; Droit International Bilan et Perspectives. P., 1991. P. 187–223; Dinh N.Q. Droit International Public. P., 1970. P. 293–304; Reuter P. Droit International Public. P., 1968. P. 50–55; Attar F. Droit International Entre Order et Chaos. 1994. P. 124–136.

³³ См., например: Digests of US Practice in International Law. 1973–1980.

³⁴ См.: Show M. N. Op. cit. P. 82.

³⁵ См.: C.I.J. Recueil. 1951. P. 139.

³⁶ C.P.J.I. 1923. Ser. A/B. № 5.

ве прохода через территорию Индии 1960 г. – о практике “постоянной и единообразной”³⁷.

Считается, что правило о “длящейся и повторяющейся” практике сформулировано Международным Судом в его *решении по делу о праве убежища (1950 г.)*. Дело касалось вопроса о компетенции одного государства юридически квалифицировать деяния гражданина другого государства. Суть рассмотренных Судом фактов в следующем. Колумбия предоставила право убежища в своем посольстве в Лиме гражданину Перу (Науа de la Tore), которого разыскивало правительство Перу после неудачного антиправительственного восстания. Перу, в свою очередь, отказалось разрешить своему гражданину безопасно покинуть посольство Колумбии с тем, чтобы покинуть и территорию Перу. Колумбия обратилась в Международный Суд, чтобы Суд решил, что Колумбия сама компетентна юридически квалифицировать деяния гражданина Перу и определить, является ли он преступником, как считает Перу, либо политическим диссидентом (в последнем случае, считала Колумбия, правомерно предоставление ему права убежища и разрешения безопасно покинуть территорию Перу).

При отсутствии четкой применимой договорной нормы Международный Суд исследовал содержание обычной нормы международного права, применимой к такого рода взаимоотношениям двух государств. По мнению Суда, позиция Колумбии могла бы основываться на такой норме, которая выражала бы право одного государства (Колумбии) и корреспондирующее обязательство другого государства (Перу). Данная обычная норма международного права должна была бы основываться “на постоянном и единообразном употреблении (a constant and uniform usage), которого придерживаются заинтересованные государства”. Но в действительности, отметил Суд, практика государства в области односторонней юридической квалификации деяния иностранца столь неясная и противоречивая, что не может считаться “постоянной и единообразной”³⁸.

Вместе с тем такой “повторяющейся”, “постоянной” практики, как условия формирования международного обычая, может и не быть; важно, чтобы не было противоречивой практики; тогда единственный пример практики, сопровождающийся его широким признанием в качестве международно-правовой нормы, бывает достаточным для формирования международного обычая.

Это имело место после запуска в космос первого спутника СССР в 1957 г. Было всеобщее молчаливое признание того, что спутник, находящийся на околоземной орбите, не нарушает суверенитета государств, над территорией которых он пролетает. Позитивная реакция со стороны государств, молчаливое принятие фактов запуска Советским Союзом и США в космос последующих искусственных спутников как соответствующего международному праву, отсутствие выраженной негативной реакции на это со стороны государств не вызывали сомнений в том, что соответствующий международный обычай сложился³⁹. Было высказано даже мнение о появлении новой формы международного обычного права, которую назвали “мгновенно возникшим обычаем” (“instant custom”; “coutume immediate”); такое мнение, впрочем, опровергается другими правоведами⁴⁰.

“Всеобщая” или “общая” практика? В курсах международного права не обращено внимания на то, что используемый в русском тексте ст. 38 Статута Суда термин “*всеобщая практика*” несколько отличается от соответствующего английского аналога (“*general practice*”), как и от французского (“*une pratique generale*”): в последних скорее отражен термин “*общая практика*”. Этот лингвистический нюанс сказывается и на понимании юридического смысла термина: у читающего русский текст может сложиться впечатление, что в Статуте закреплено жесткое требование именно о том, что достаточно одному государству не придерживаться соответствующей практики (т.е. когда она не является практикой “*всех*” государств) – и требование “*всеобщности*” не выполнено. На самом деле столь жесткое требование не заложено в контексте употребления в Статуте Международного Суда термина “*general practice*” (“*une pratique generale*”). В упомянутом решении по спору о континентальном шельфе Северного моря, вынесенном в 1969 г., Суд не обозначил необходимости жестко понимаемой “*всеобщности*”, отметив лишь требование о том, чтобы практика государств “*была широкой*” “*при условии, что она включает практику государств, чьи интересы специально затронуты (specially affected)*”⁴¹. Вместе с тем такое участие считается и необходимым, поскольку эти государства способны обеспечить

³⁷ C.I.J. Recueil. 1960. P. 40.

³⁸ I.C.J. Report. 1950. P. 266.

³⁹ В конечном счете эта обычная норма получила отражение в международном договоре (см.: Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г.).

⁴⁰ См.: Daillier P. etc. Op. cit. P. 359.

⁴¹ I.C.J. Reports. 1969 (para. 7.3). P. 131.

применение сформировавшейся обычно-правовой нормы.

Можно привести и замечание Международного Суда, сделанное им в решении по спору между Никарагуа и США в связи с вопросом о том, существуют ли нормы международного обычного права, запрещающие использование вооруженной силы или вмешательство во внутренние дела другого государства:

“Не следует ожидать, что в практике государств применение этих норм должно быть идеальным в том смысле, что государства должны воздержаться вполне последовательно от использования силы или от вмешательства во внутренние дела друг друга. Суд не считает, что, для того чтобы какая-либо норма стала нормой обычного права, соответствующая практика должна абсолютно строго соответствовать этой норме. Для вывода о существовании нормы обычного права Суд считает достаточным, чтобы поведение государств в целом соответствовало такой норме и чтобы примеры поведения государств, не соответствующего данной норме, в целом рассматривались как ее нарушения, а не как свидетельства признания новой нормы. Если государство действует так, что это *prima facie* несовместимо с признанной нормой, но при этом оно защищает свое поведение ссылкой на исключения или обоснования, содержащиеся в самой норме, то... значение такого поведения государства состоит в том, что оно скорее подтверждает данную норму, чем отрицает ее”⁴².

Выше отмечалось, что общая практика государств как компонент международного обычая складывается постепенно, что ее исходным катализатором может стать и законодательный акт одного государства, его последующая законодательная практика. В юридической литературе в этом смысле обращено внимание на законодательство Великобритании о навигационных мерах, нацеленных на предупреждение столкновения судов в море: эти меры потом были отражены в законодательстве других государств “практически в идентичных терминах”, что облегчало международную гармонизацию практики государств в этой области⁴³. Впоследствии, как известно, международные правила предупреждения столкновения судов в море стали частью международного договорного права. Аналогично не вызывает сомнения значение практики СССР, России по организации обязательной лоцманской и ледокольной провод-

ке судов, в том числе иностранных, по трассам Северного морского пути в целях обеспечения безопасности на море в тяжелых ледовых условиях и предупреждения экологических катастроф.

И в том, и в другом случае сама по себе практика государства международного обычая еще не создала; востребован второй важнейший элемент – *opinio juris*.

Opinio juris. Как предложено, “в теории необходимо четкое разграничение между стадией создания и стадией применения права”. При этом нормы права, “регулирующие процесс создания обычных норм в международном праве, можно условно назвать... правом обычая”⁴⁴. В зарубежных курсах международного права столь сложной теоретической конструкции чаще всего не приводится. В них схема объяснения этого феномена проще: “Наиболее важным источником международного права в течение веков было обычное право (*customary law*), возникающее из практики государств. Последние по времени усилия по кодификации международного права и по заключению многосторонних договоров во многих областях... имели целью сделать его более четким, установив универсально принятые нормы. Но обычное право все еще сохраняет преобладание (*predominance*) над договорным правом и над другими источниками международного права во многих областях”. Соответственно, цитируя упомянутую дефиницию международного обычая в ст. 38 Статута Суда (“как доказательство всеобщей практики”), зарубежный юрист задает вопрос: “А как это возможно создать право практикой?”, оставляя его без ответа⁴⁵.

На такие “трудности” в рассуждениях и вопросах, поставленных авторитетными западными правоведами, ранее обратил внимание Г.И. Тункин, проанализировавший международно-правовые доктрины. По его мнению, трудности такого рода “возникают в связи с тем, что к вопросу о признании практики в качестве нормы права или к *opinio juris* подходят недиалектически”. Напротив, объяснение Г.И. Тункиным феномена формирования международного обычая и роли в этом *opinio juris* и сегодня выглядит убедительным:

“Обычная норма международного права вырастает из международной практики”; при этом “элемент времени”, “продолжительность” практики, как и ее “непрерывность”, не играют “решающей роли в процессе образования нормы между-

⁴² Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). P. 98.

⁴³ См.: *Show M.N.* Op. cit. P. 83.

⁴⁴ *Менжинский В.И., Даниленко Г.М.* Указ. соч. С. 58–60.

⁴⁵ См.: *Malanczuk P.* Akehurst's Modern Introduction to International Law. London, New York, 2003. P. 33–39.

народного права”; “прежде всего позиция великих держав имеет решающее значение в процессе создания общепризнанных норм международного права. Таково фактическое положение дел. Юридически, однако, воли различных государств в процессе создания норм международного права являются равнозначными”; установление устойчивой практики государств “является определенной стадией в процессе формирования обычной нормы международного права”. Завершается же этот процесс признанием такой обычной практики “в качестве нормы международного права”. В юридической литературе “подчеркивается безусловная необходимость признания, или *opinio juris*, для создания обычной нормы международного права”; “признание или принятие государством того или иного обычного правила в качестве нормы права обозначает выражение воли государства”, согласие государства рассматривать такое обычное правило, обычную практику “как норму международного права”; “существо процесса создания норм международного права путем обычая состоит в соглашении между государствами, которое в данном случае является молчаливым, а не явно выраженным, как в договоре”; сфера действия “обычной нормы международного права может постепенно расширяться, и, как правило, именно таким путем обычные нормы международного права становятся общепризнанными”⁴⁶.

То, что *opinio juris* проявляется в практике, а практика развивается под влиянием *opinio juris*, отмечено и в зарубежной юридической литературе:

«Поскольку *opinio juris* – это лишь умозаключение, то его, как вполне очевидно, трудно присвоить... государству; в любом случае *opinio juris* должно вытекать из заявлений и действий государства, в частности из тех действий, которые, как предполагают, составляют “практический” элемент обычая»⁴⁷. В литературе отмечается “двойкий характер государственной практики: одно государство утверждает свое право открыто или действует таким образом, который подразумевает такое утверждение; а государство или государства, которых эти действия затрагивают, реагируют на это, заявляя возражения или воздерживаясь от возражений”. Такая “двусторонняя практика” подкрепляет тезис о создании обычной нормы, поддерживающей указанную претензию, если протесты последовательно не поддержива-

ются; или исключаяющей ее, если протесты последовательно поддерживаются»⁴⁸.

Значение *opinio juris*, как принято считать, предметно подчеркнула еще Постоянная палата международного правосудия в деле о судне “Лотус” (1927 г.). В этом деле Палата не согласилась с Францией, утверждавшей, что отсутствие иной практики государств уже означает согласие государств с соответствующим поведением и наличие соответствующего международного обычая. Палата отметила, что “только в том случае, если такое отсутствие практики обусловлено осознанием государствами обязанности не следовать такой практике, можно говорить о международном обычае”⁴⁹.

Итак, схематично, *opinio juris* – как “субъективное” требование – суть осознание того, что общая практика соответствует правовой норме. Если практические действия обусловлены иным мотивом, не таким осознанием, они не свидетельствуют о формировании обычая. Это подтверждено решением Международного Суда по делу о континентальном шельфе Северного моря: Суд, рассматривая вопрос о том, стала ли норма о делимитации шельфа по равному отстоянию, заложенная в Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., нормой обычного права, отметил, что свидетельства в пользу некоторой практики государств есть: в ряде случаев делимитация шельфа действительно была осуществлена по равному отстоянию государствами – участниками этой Конвенции. Как определил Суд, “эти государства предположительно действовали в соответствии с Конвенцией”, но на основании их действий нельзя правомерно делать “вывод о том, что они считали применимой обязательную норму международного обычного права”⁵⁰.

Отмечена и ситуация, когда некоторые государства реально не могут участвовать в “общей практике”. В качестве примера приведено поведение государств, не имеющих выхода к морю, в связи с формированием обычной нормы международного права о делимитации прибрежных морских пространств. “У таких государств может быть свое мнение относительно существования такой нормы, однако оно не может быть подкреплено практическими действиями”. Их вклад в “общую практику” состоит в ином, именно в таком поведении, которое отражает терпимость по отношению

⁴⁸ См.: *ibid.* P. 123.

⁴⁹ P.C.I.J. Ser. A. № 10. 1927. P. 28.

⁵⁰ North Sea Continental Shelf, Judgment // I.C.J. Reports. 1969, para 76. P. 45.

⁴⁶ Тулкин Г.И. Указ. соч. С. 130–142.

⁴⁷ Thirlway H. Op. cit. P. 122.

к практике непосредственно заинтересованных (в данном случае – прибрежных) государств. Вероятно, с учетом подобных соображений Международный Суд при оценке нормотворческого значения практики государств в деле *о континентальном шельфе Северного моря* подчеркнул значимость участия в такой практике именно тех государств, интересы которых “особо затронуты”⁵¹.

Согласно мнению, высказанному еще в 1965 г., международный обычай мог быть выявлен не только из практических действий государств, но и из положений резолюций Генеральной Ассамблеи, поскольку такие резолюции, дескать, отражают одновременно и доказательство общей практики государств, и *opinio juris*. Вместе с тем высказано мнение о том, что эта концепция была молчаливо отвергнута Международным Судом в деле по спору между США и Никарагуа⁵², а также в его консультативном заключении⁵³, поскольку в этих делах резолюции Генеральной Ассамблеи рассматривались как доказательство наличия *opinio juris*, но не как свидетельство общей практики государств⁵⁴. Здесь, как представляется, требуется уточнение. Разумеется, если нет практики государств, нет и международного обычая. Но свидетельством наличия практики государств (а не только наличия *opinio juris*) вполне могут быть и резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. И упомянутые документы Международного Суда ООН не препятствуют такому пониманию.

Более того, сводить молчаливое согласие государств (*tacita consensus*) только ко второму элементу международного обычая – к *opinio juris* неправильно методологически. Выше уже говорилось о взаимообусловленности, взаимопроникновении, взаимодействии обоих элементов в процессе формирования международного обычая. *Tacita consensus* лежит в основе всего международного обычая, а не одной его составляющей.

Убежденность государств в правомерности соответствующей практики, ее юридической необходимости (*opinio juris sive necessitates*) как понятие обозначено в ряде международных судебных решений и в иных терминах: например, в решении Международного Суда о континентальном шельфе Северного моря (1969 г.) говорится о наличии общего “признания существования право-

вой нормы или юридического обязательства”⁵⁵, а в упомянутом решении Постоянной палаты международного правосудия по делу “Лотус” (1927 г.) речь идет об “убежденности в наличии обязанности”⁵⁶. При этом обычно-правовые нормы в понимании юридического обязательства неизменно отграничивались от правил вежливости, целесообразности, традиции⁵⁷.

Международный обычай и международные конвенции. Нормы международного обычного права, как и нормы договорного характера, выражая согласованное волеизъявление государств, юридически обязательны. Такое согласованное волеизъявление выступает основой обеспечения эффективности международного правопорядка, построенного на реализации верховенства права в международных отношениях. Действенность международно-правовых норм, в том числе обычных, обеспечивается общей заинтересованностью государств соблюдать согласованно созданные ими юридические правила. Эффективность международного обычного права обеспечивается последовательным выполнением обычно-правовых норм; добросовестность выполнения является и обязательством государств, и критерием должного их поведения.

В 6-томном “Курсе международного права” упоминается, что “западные юристы ложно утверждали, будто бы Советский Союз признает только договорное международное право и отвергает обычай”. Такой подход, как отмечено, объективно нацелен на то, чтобы лишить государство “тех прав, которые не нуждаются ни в каком договорном оформлении”. Соответственно, подвергнут критике французский правовед, который “без всяких оснований утверждает, что якобы согласно советской доктрине международный обычай занимает подчиненное положение к двустороннему договору”⁵⁸.

Отрицая подчинение одного основного источника международного права (международного обычая) другому такому источнику (международному договору), в Курсе критикуется и построение обратной иерархии. Так, упоминается о том, что международный обычай считают более значимым источником права, стоящим над международным договором, такие авторы, как Паллиери, Бодеван, Ссель, Кельзен, Гугенхаейм, Морелли. Делается вывод о том, что доводы таких авторов, “прини-

⁵¹ Ibid.

⁵² См.: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America). P. 14, para 184 and 188.

⁵³ См.: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion // I.C.J. Reports. 1996. P. 226, para 73.

⁵⁴ См.: *Thirlway H. Op. cit.* P. 124.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ C.P.J.I. Ser. A. № 10. 1927. P. 28.

⁵⁷ См.: *ibid.* P. 44.

⁵⁸ Курс международного права / Гл. редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др. В 6-ти т. Т. I. С. 182, 183.

жающих значение договорного международного права ... юридически несостоятельны”⁵⁹.

И действительно, для построения четкой соподчиненности между двумя основными источниками международного права – международными договорами и международным обычаем – нет оснований.

Международное обычное право и международное договорное право не только равнозначимы, но и взаимосвязаны. В их *взаимодействии, взаимодополняемости* обеспечиваются стержневые функции международного права. И международные обычаи, и международные договоры должны выполняться добросовестно, разумно, с учетом прав участников конкретных правоотношений, с должным уважением признанных интересов всего сообщества государств.

Отсутствие четкой иерархии между международными обычаями и международными конвенциями как основными источниками международного права не умаляет *общенаправляющей роли именно международного обычного права*. Оно шире, в силу этого результативнее отражает в себе *основные принципы международного права*; концентрированно выражает некие *императивы поведения*: справедливость, добросовестность, недопустимость злоупотребления посредством *формального исполнения договорной нормы* (*sumum jus sumum injuria*), уважение к принятым обязательствам *erga omnes* – т.е. тем, которые отражают *взаиморазделяемые наиболее общие представления сообщества государств о должном миропорядке*. Л. Оппенгейм утверждал: “Обычай – более старинный и вместе с тем первоначальный источник права вообще и международного права в частности. По этой причине любой международный суд, хотя и должен в первую очередь считаться с имеющимися постановлениями договоров, обязательными для стороны, в случае сомнения будет толковать эти договоры, исходя из международного обычая. Этим объясняется тот факт, что Постоянная палата международного правосудия, на юрисдикцию которой почти повсеместно ссылались при толковании договоров, в широкой степени использовала обычай и сделала существенный вклад в дело обычного международного права”⁶⁰.

В этом смысле международное обычное право устанавливает *критерии*, которым должны отвечать *и нормы договорного характера*. Тем самым

обеспечивается целостность международного права как *системы, недопустимость* отступления от предписанных в ней *общепризнанных императивов* должного поведения. Международное обычное право нацелено на приведение к *единству* всей системы права (*reductio ad unum*). Вряд ли такой подход тождествен построению категоричной иерархии: “общее правосознание членов международного сообщества” превалирует над “*правами волеизъявительного плана конкретных государств*”⁶¹. Не о превалировании речь идет. Скорее особое значение международного обычая как основного источника международного права – в объективной востребованности *тех общих критериев должного уровня поведения, признаваемых в сообществе государств*, которые выше были отмечены. В их числе специально выделим нацеленность *на препятствование искажающему эффекту формального исполнения договорных норм в конкретных случаях*, когда такое исполнение ведет к *явно несправедливому результату*. Не случайно Международный Суд обозначает критерии *восхождения конкретной договорной нормы к норме общего (обычного) международного права* (“before a conventional rule can be considered to have become a general rule of International Law”⁶²). Отсюда – подчеркивание Судом *основополагающей роли обычных норм в международном правопорядке*, в обеспечении широкого международного сотрудничества, в т.ч. и в новых областях отношений государств, предметно пока не урегулированных договорными нормами, что отмечено в доктрине⁶³.

Например, принципы определения границ континентального шельфа отражены, по мнению Международного Суда, не в конкретном международном договоре, а в “*общем международном праве (general international law)*”, при этом “необходимо, по логике, обращаться прежде всего к обычному международному праву (to refer primarily to customary international law)”⁶⁴. Понятие “общее международное право” – это “ядро всей международно-правовой системы”, состоящее прежде всего из “обычных норм”, обстоятельно охарактеризовано в отечественной⁶⁵ и за-

⁶¹ Barile G. La structure de l'ordre juridique international // RCADI. 1978-3 la Haye, 1980. T. 161. P. 25.

⁶² I.C.J. Reports. 1969 (Para. 7.3). P. 42.

⁶³ См.: Ziccardi P. Regles d'organisation et regles de conduite en droit international // RCADI. 1976. La Haye, 1980. T. 152. P. 294, 295.

⁶⁴ I.C.J. Reports. 1984. P. 288–290.

⁶⁵ См.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 1997. С. 77; Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 53–66.

⁵⁹ Там же. С. 185.

⁶⁰ Оппенгейм Л. Международное право / Пер. с англ.; под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. М., 1948. С. 45, 46.

рубежной⁶⁶ международно-правовой литературе.) Международный Суд также предупредил, что при определении границ шельфа *нельзя переоценивать значение международных договоров*, в том числе и *многосторонних*, в ущерб нормам *международного обычного права*.

Исключительно важна констатация Международного Суда ООН о том, что “стороны конвенции – двусторонней или многосторонней – вправе применить правила, содержащиеся в такой конвенции, к отношениям, которые международное обычное право может с меньшей вероятностью регулировать (which it is less likely that customary international law might govern)”. В таком случае, однако, как отметил Международный Суд, “*чтение текста данной конвенции должно быть с осторожностью (with caution)*”. Более того, “такие конвенции, должны рассматриваться на фоне международного обычного права и в его свете толковаться”⁶⁷.

Есть еще одно юридико-техническое преимущество международного обычая перед международным договором как особого фактора *правовой стабильности* в мире. А. Фердросс пишет, что “международное обычное право является обязательным также и для тех государств, которые в момент его возникновения еще не существовали”⁶⁸. Отмечено также, что создание обычных норм международного права “является динамичным процессом правотворчества и более важным, чем создание договоров, в силу универсального уровня применения обычных норм”⁶⁹.

Вклад Международного Суда в выявление международных обычаев. Международное обычное право согласуется с общими перспективами установления верховенства права в международной политике. Вряд ли обоснованными представляются мнения некоторых ученых, сводящие роль суда только к юридической квалификации отношений государств, к констатации права (И. Дженнингс,

Р.А. Косгроув⁷⁰) или только к обеспечению правопорядка (А.В. Дайси⁷¹). Такие “упрощенные” позиции представляются оторванными от реалий: функция Суда комплексна, значима и для решения конкретных споров, и для обеспечения функционирования международного права. Как отмечал Г.И. Тункин, большинство отечественных “авторов придерживаются мнения, что решения Международного Суда... относятся к числу вспомогательных источников. Статья 38 Статута... предусматривает, что Суд при рассмотрении переданных ему государствами дел должен действовать на основании международного права... Как часть международной практики, решения Международного Суда могут привести к завершению процесса нормообразования путем признания их государствами и закрепиться в международном праве”⁷². В учебнике “Международное право” под редакцией Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунова подчеркнуто, что судебные решения не являются источниками международного права, а названы в Статуте Международного Суда ООН именно “в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм... т.е. ориентиром при толковании, но не средством (или формой) закрепления норм”⁷³. По мнению С.В. Черниченко, практика Международного Суда “свидетельствует о том, что его решения основаны на договорных нормах и уже сложившихся обычаях. Однако степень конкретизации некоторых обычаев в его решениях настолько велика, что может дать толчок к образованию новых обычных норм либо впервые зафиксировать появление новой обычной нормы, являющейся, с одной стороны, элементом уже существующего международно-правового обычая, а с другой – самостоятельной нормы”⁷⁴. Отмечено также, что решения Международного Суда ООН “служат важным источником развития науки и практики международного права, а в ряде случаев (при наличии соответствующих обстоятельств) – в качестве прецедентов при урегулировании аналогичных споров”⁷⁵. И.И. Лукашук отмечает, что решениям Международного Суда ООН “придается первостепенное значение в толковании

⁶⁶ В отличие от позиции И.И. Лукашука, зарубежный правовед допускает, что общее международное право включает не только обычные нормы, но и нормы договоров, но не всякие, а те, которые “применимы к большому числу государств”. – Akehurst’s Modern Introduction to International Law. P. 2. Этой же точки зрения придерживался и Г.И. Тункин (см.: Тункин Г.И. Указ. соч. С. 27–39).

⁶⁷ I.C.J. Reports. 1984. P. 291.

⁶⁸ Фердросс А. Международное право / Пер. с нем. яз. Ф.А. Кублицкого и Р.Л. Нарышкиной; под ред. и с предисл. Г.И. Тункина. М., 1959. С. 155, 156.

⁶⁹ Amato D. Concept of Custom. P. 12. Cit.: Show M.N. Op. cit. P. 73.

⁷⁰ См.: Jennings I. Law and the Constitution. London, 1959. P. 148; Cosgrove R.A. Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist. North Carolina, 1980. P. 89.

⁷¹ См.: Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of Constitution. London, 1960. P. 183–206, 328–406.

⁷² Тункин Г.И. Указ. соч. С. 207, 208.

⁷³ Международное право. Учеб. / Отв. ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунов. М., 1998. С. 105.

⁷⁴ Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1. М., 1999. С. 24.

⁷⁵ Каламкарян Р.А. Поведение государств в Международном Суде ООН. М., 1999. С. 135.

международно-правовых норм”⁷⁶. Н.Н. Полянский, напоминая о ст. 38 Статута Суда (согласно которой судебные решения отнесены к вспомогательным средствам для определения правовых норм), полагает, что Международный Суд может сослаться на такие решения “как на подтверждение существования той или другой нормы, содержащейся в одном из основных источников права, или для уточнения ее содержания”⁷⁷. В таком смысле судебные решения являются средствами норм международного права, прежде всего обычных норм, для выявления которых авторитет Суда имеет ключевое значение.

Ф.И. Кожевников и Г.В. Шармазанавили напоминают, что вопреки распространенному неправильному представлению об отрицательном отношении СССР “к признанию обязательной юрисдикции Международного Суда” Советский Союз (а в настоящее время в порядке континуитета и Россия) является участником ряда международных договоров, в которых предусмотрено, что спор относительно их толкования или применения передается на разрешение в Международный Суд, если стороны не договорятся об ином способе урегулирования⁷⁸.

В “Современном введении в международное право” (изд. 7-е) проф. М. Акхурста, подготовленном проф. П. Малансуком (Нидерланды), утверждается, что “судьи также могут создавать новое право. В этом плане особенно значим Международный Суд. Многие его решения привнесли новшества в международное право, которые впоследствии получили общее признание (which have subsequently won general acceptance). Наличествует очень значительная вероятность того, что Международный Суд (и другие суды) будут следовать таким решениям в будущих делах, поскольку последовательность в правосудии есть самый очевидный способ предупредить обвинения в пристрастности (is the most obvious way of avoiding accusations of bias). Таким образом, принято считать спорным, можно ли на самом деле все еще рассматривать решения Международного Суда лишь в качестве вспомогательного средства для определения права”⁷⁹. В курсе “Международное право” М. Шау утверждает, что решения и консультативные заключения Международного Суда “сыграли жизненно важную (vital) роль в эволюции международного права”⁸⁰. По мнению

Я. Броунли, “ясная и последовательная судебная практика во всей ее совокупности будет оказывать большое влияние на международное право”⁸¹. В курсе “Дела и материалы по международному праву” (изд. 3-е) М. Диксона и Р. МакКоркводала отмечается, что “сам Суд часто использует свои решения в качестве источника решения в последующих делах (as authority in later cases)..., а такое дело, как дело о континентальном шельфе Северного моря... показывает, насколько значителен может быть вклад Суда в развитие международного обычного права”⁸².

Суд, не будучи вправе отказаться вынести решение за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права (клаузула “*non – liquet*”), стремится справедливо решить любой спор, *даже при отсутствии относящейся к делу договорной нормы*. Тем самым поддерживается само предназначение международного права, общий принцип верховенства права. Базовые постулаты о должном поведении государств Суд нередко включает в *реальные рамки регулирования современных международных отношений*; соответственно, верховенство права при этом проявляется не только как доктринальное утверждение о достижении чего-то *предполагаемого* и, соответственно, *ex hypothesi*; такое верховенство выступает как *фактический межгосударственный механизм*, объективно отражающий позитивную динамику состояния миропорядка. Международный Суд становится востребованным, привычным местом разрешения споров между государствами, нормальным средством перевода возникшего спора в четкое русло упорядоченных на основе права взаимоотношений государств. Каждое новое решение Суда предлагает не только правомерное устранение данного спора, как такового, но и обогащение юридического арсенала для предупреждения или справедливого урегулирования будущих споров прежде всего посредством выявления, формулирования обычных норм международного права. Многочисленные цитированные выше констатации Международного Суда сами по себе свидетельствуют о его вкладе в развитие международного обычного права.

Общий вывод состоит в подтверждении современной роли международного обычая как основного (наряду с международными конвенциями) источника международного права. Интересам России, как и любого иного государства, не отвечает исключение его из международно-правовых основ защиты своих национальных интересов.

⁷⁶ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. М., 1997. С. VI.

⁷⁷ Полянский Н.Н. Международный Суд. М., 1951. С. 128.

⁷⁸ См.: Кожевников Ф.И., Шармазанавили Г.В. Международный Суд ООН. М., 1971. С. 40, 41.

⁷⁹ Malanczuk P. Op. cit. P. 51.

⁸⁰ Show M.N. Op. cit. Cambridge, 1997. P. 776.

⁸¹ Броунли Я. Международное право. Книга первая / Пер. с англ. М., 1977. С. 47.

⁸² Dixon M. and Mc Corquodale R. Cases and Materials on International Law. London, 2000. P. 51.