

На правах рукописи

Шаммасова Лилия Рустемовна

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В СОВРЕМЕННОМ  
МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Специальность 12.00.10. – Международное право. Европейское право.

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Казань – 2006

Работа выполнена на кафедре конституционного и международного права  
государственного образовательного учреждения  
высшего и профессионального образования  
«Казанский государственный университет имени В.И. Ульянова-Ленина»

Научный руководитель: кандидат юридических наук,  
доцент **Тюрина Наталья Евгеньевна**

Официальные оппоненты: доктор юридических наук,  
профессор **Ромашев Юрий Сергеевич**  
кандидат юридических наук,  
доцент **Мезяев Александр Борисович**

Ведущая организация: **Уральская государственная юридическая академия**

Защита состоится 11 мая 2006 года в 10.00 часов на заседании диссертационного совета Д.212.081.13 по защите диссертаций на соискание ученой степени доктора юридических наук при Казанском государственном университете им. В.И. Ульянова-Ленина по адресу: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18, юридический факультет, ауд. 324.

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке им. Н.И. Лобачевского Казанского государственного университета.

Автореферат разослан «    » апреля 2006 года.

Ученый секретарь  
диссертационного совета,  
кандидат юридических наук, доцент

А.Р. Каюмова

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

### **Актуальность темы исследования.**

Такое явление как правовой обычай представляет интерес не только с точки зрения международного права, но и с позиций общей теории права. Советская правовая наука с сомнением относилась к возможности существования правовых обычаев как внутри страны, так и в межгосударственных отношениях, поэтому его упоминания в работах того периода часто было связано с указанием на неизбежное устаревание данного источника права, на то, что обычай изживает себя. Очевидно, что в национальных правовых системах обычай вряд ли может рассматриваться как источник права равный по значимости с закону. В настоящее время в этом нет и необходимости. Но, тем не менее, он продолжает свое существование, играя разную по степени важности роль в различных правовых системах. С учетом данного факта существует необходимость разработки современной единой концепции правового обычая. Определенным вкладом в нее могли бы послужить выводы, полученные в результате исследования международного обычая.

На наш взгляд, международно-правовой обычай заслуживает особого внимания, поскольку по своей роли в урегулировании межгосударственных правоотношений он занимает особое место и не уступает другим источникам международного права.

В доктрине международного права обычай практически единогласно признается одним из основных источников. Но на этом единогласие и заканчивается. Существует множество теорий, обосновывающих природу международно-правового обычая, его признаки, условия возникновения и применения. Причина такого разнообразия объясняется тем, что в рамках той

или иной концепции по-разному решается вопрос о природе международного права вообще, вопрос об истоках его обязывающей силы.<sup>1</sup>

Развитие международного права, появление новых теорий, обосновывающих или отрицающих юридическую значимость его норм, влечет за собой изменения в отношении к источникам международного права и к обычаю, в частности. Более того, именно через источники права пролегает путь от теории к практике. Любая предложенная концепция понимания международного права обязательно затрагивает и источники международного права, то есть те формы, из которых черпаются нормы международного права на практике, а соответственно может оказать влияние на то, какие нормы будут применены в той или иной ситуации. И если международный договор мало подвержен влиянию различных теорий, так как представляет собой формализованный источник международного права, то понимание и применение обычая в достаточной степени зависит от теоретических предпосылок. В этой связи справедливым представляется высказывание Г.М. Даниленко в отношении норм *jus cogens* (поскольку эти нормы зачастую имеют своим источником международно-правовой обычай, данное высказывание на наш взгляд можно отнести и ко всем обычно-правовым нормам международного права), который усмотрел растущую опасность в том, что процедура создания данных норм не является строго регламентированной, в связи с чем, их появление и последующая идентификация может стать предметом для противоречащих друг другу утверждений отражающих политические предпочтения различных групп государств.<sup>2</sup>

В международном праве правовой обычай никогда не исчезнет и не будет полностью заменен международным договором (по крайней мере, пока международное право как таковое будет существовать и представлять собой право межгосударственное), так как его существование обусловлено самой

---

<sup>1</sup> См. Stern, B. Custom at the Heart of International Law / B. Stern // Duke Journal of Comparative and International Law. – 2001. – Vol. 11. – N. 1. – P. 89-90.

<sup>2</sup> См. Danilenko, G.M. International Jus Cogens: Issues of Law-Making / G.M. Danilenko // European Journal of International Law [Электронный ресурс]. – 1991. – Vol. 2. – N 1. – электрон. дан. – Режим доступа: <http://www.ejil.org>, свободный.

природой взаимоотношений субъектов международного права. Структура международных отношений предполагает существование как международного договора, так и обычая.

Но представление о международно-правовом обычае не является неизменным. Развитие интеграционных процессов, ускорение темпов межгосударственного взаимодействия, появление в международном праве категории императивных норм (*jus cogens*), несомненно, оказало влияние и на характер обычая. В результате возникла необходимость выявить последствия этого влияния, уточнить особенности международного обычая и его место в международно-правовом регулировании.

Сделать это тем более необходимо, учитывая, что в форме обычая могут быть закреплены общепризнанные принципы и нормы международного права, которые согласно ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы и обеспечение правильного применения таких норм на национальном уровне является важной задачей, стоящей перед судебными органами.

### **Степень разработанности темы.**

Не смотря на то, что в отечественной теории международного права международно-правовой обычай традиционно рассматривается как один из основных источников международного права, монографических исследований отечественных авторов, посвященных ему, сравнительно немного. Наиболее основательно данный источник был исследован в работах Даниленко Г.М., Лихачева В.Н., Мендельсона М.Х., Пальчика С.Г. Большое внимание международно-правовому обычаю также уделено в работах Лукашука И.И. и Алексидзе Л.А., которые рассматривали его в рамках изучения источников международного права в целом.

Среди зарубежных авторов специально международно-правовому обычаю посвятили свои работы Эйкхерст, Аречага, Байерс, Ченг, Д'Амато, Хенкертс, Кунц, Робертс, Терлвэй, Вольфке. Международно-правовой обычай

также рассматривается также некоторыми авторами наряду с международными договорами. Среди них, например, Фитцморис, Каммерхофер, Виралли.

Общие теоретические вопросы, касающиеся правового обычая содержатся в работах Оертманна П., Замбулидзе Р.-М.З., Зыкина И.С., Голунского С., Свечниковой Л.Г., Супотаева М.А.

Таким образом, вопросы, связанные с существованием норм международного права в форме правового обычая, неоднократно понимались как в отечественной, так и в зарубежной литературе. Вместе с тем, в особенности в отечественной литературе, обращение к международно-правовому обычаю происходит чаще всего в рамках рассмотрения иных вопросов, связанных как с источниками международного права в целом или с другими общетеоретическими проблемами международного права.

В целом, характеризуя степень научной разработанности темы, можно сказать, что современные комплексные исследования международно-правового обычая отсутствуют. Между тем, требуют решения вопросы, связанные с различным пониманием элементов процесса формирования международно-правового обычая, с различным пониманием ряда терминов, используемых для характеристики данного процесса. Не существует, на настоящий момент и единого мнения по поводу того, какое значение данный источник международного права имеет для закрепления императивных норм международного права, какую роль играют обычно-правовые нормы международного права в национальных правовых системах, в частности в правовой системе России, и каким образом они должны применяться. Решение данных вопросов позволило бы в полной мере использовать те положительные черты, которыми данный источник международного права, несомненно, обладает, для достижения взаимопонимания по многим важным для международного сообщества вопросам и избежать целого ряда споров и конфликтов.

### **Научная новизна исследования.**

Научная новизна диссертации состоит в том, что в ее рамках предпринята попытка провести комплексное исследование основных подходов к международно-правовому обычаю, существующих как в отечественной, так и в зарубежной доктрине и выявить признаки, характеризующие данный источник на современном этапе развития международного права с учетом общетеоретического понимания категории «правовой обычай». Автором рассматриваются новые теории процесса формирования международно-правового обычая, предлагаются критерии, позволяющие определить законченность данного процесса, варианты решения некоторых терминологических проблем. В работе также сформулированы рекомендации по применению международно-правового обычая национальными судебными органами.

### **Цель и задачи диссертационного исследования.**

Цель диссертационного исследования состоит в выявлении наиболее актуальных теоретических и практических проблем, связанных с (а) пониманием обычая как источника права, (б) пониманием обычая как источника международного права в свете современной доктрины международного права, (в) оценкой основных подходов к процессу формирования международно-правового обычая, (г) выявлением новых путей формирования и применения международно-правового обычая, (д) оценкой той роли, которую международно-правовой обычай играет на современном этапе развития международного права как в на межгосударственном, так и на национальном уровне; а также в разработке предложений по разрешению противоречий, существующих в теории международно-правового обычая.

В соответствии с данной целью в диссертации решаются следующие задачи:

- рассматриваются и анализируются существующие подходы к пониманию правового обычая как источника права;

- исследуются теории, в рамках которых по-разному понимается природа международно-правового обычая;
- анализируются подходы к пониманию процесса формирования правового обычая в международном праве;
- изучается процесс формирования правового обычая в международном праве и выявляются новые тенденции в данном процессе;
- определяется место и значение международно-правового обычая в правовой системе Российской Федерации.

### **Объект исследования.**

Объектом диссертационного исследования является процесс формирования и применения международно-правового обычая, изменения, которые произошли в этом процессе за последние десятилетия.

### **Предмет исследования.**

Предметом диссертационного исследования является международно-правовой обычай, во-первых, как разновидность правового обычая и, во-вторых, как один из основных источников международного права, его соотношение с другими источниками.

### **Методология исследования.**

Методологическую основу диссертации составили научные приемы и методы исследования. Среди них, общенаучные методы: методы эмпирического исследования (метод сравнения), методы, используемые как на эмпирическом, так и на теоретическом уровне исследования (абстрагирование, анализ, синтез, индукция, дедукция, моделирование, аналогия, системный подход), методы теоретического исследования (восхождение от абстрактного к конкретному). Автором в ходе исследования применялись и специальные методы (исторический, социологический, политологический, типологический,



логические законы) и частные методы юридической науки (толкование норм права, формально-юридический и сравнительно-правовой методы).

### **Теоретическая и практическая основа исследования.**

Теоретическую основу исследования составляют исследования по общей теории права, международному праву, гражданскому праву, проведенные следующими отечественными специалистами:

- в рамках общей теории права: Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, В.М. Баранов, С.В. Бошно, А.Б. Венгеров, С. Галунский, Н. Загоскин, С.Л. Зивс, С.Ф. Кечекьян, Н.М. Коркунов, В.В. Лазарев, В.С. Нерсесянц, Т.Н. Нешатаева, Н.Н. Разумович, Г.Ф. Шершеневич, Л.С. Явич и др.;

- в сфере международного права: Л.А. Алексидзе, П.Н. Бирюков, Р.Л. Бобров, Г.М. Вельяминов, В.С. Верещетин, Г.М. Даниленко, Г.К. Дмитриева, И.С. Зыкин, В.А. Карташкин, Т.М. Ковалева, В.М. Корецкий, Н.Б. Крылов, В.Н. Лихачев, И.И. Лукашук, С.А. Малинин, Л.Х. Мингазов, А.П. Мовчан, Р.А. Мюллерсон, О.И. Тиунов, Г.И. Тункин, Е.Т. Усенко, Н.А. Ушаков, Д.И. Фельдман, С.В. Черниченко, М.Л. Энтин и др.;

- в сфере гражданского права: Замбулидзе Р.-М.З. и др.

При написании диссертации использовались работы следующих зарубежных авторов: Д. Анцилотти, Э.Х. Аречага, М. Байерс, Ж.-Л. Берфель, Я. Броунли, М. Виралли, Ч. Вишер, К. Вольфке, П. Гуггенхейм, А. Д'Амато, Х. Кельзен, Х. Лаутерпахт, Л. Оппенгейм, Х. Терлвэй, Г. Фитцморис, Ч. Хайд, Б. Ченг, Г. Шварценбергер, М. Эйкхерст и др.

При подготовке исследования автор обращался к судебной практике российских, зарубежных и международных судебных органов.

### **Научные положения, выносимые на защиту:**

1. Международно-правовой обычай занимает особое место среди других правовых обычаев, обусловленное особым составом субъектов правотворчества и особенностями процесса нормообразования в

международном праве, и представляет собой недоговорную форму закрепления нормы международного права, созданной путем соглашения субъектов международного правотворчества относительно признания юридической обязательности за определенным правилом поведения, сформировавшимся в международных отношениях.

2. На современном этапе международно-правовой обычай может быть сформулирован в письменном виде в тех или иных документах, не являющихся международными договорами. Однако, такие документы не становятся сами по себе источниками соответствующих норм международного права. Их источником является международно-правовой обычай, и его содержание может развиваться, претерпевать определенные изменения, то есть оно не связано и не ограничено рамками письменных формулировок, содержащихся в таких документах.

3. Изменения в процессе формирования международно-правового обычая, неизбежные на фоне современного уровня развития международных отношений и международного права не затронули сути данного процесса, поэтому неверно разделять и противопоставлять друг другу современный международно-правовой обычай и международно-правовой обычай в традиционном понимании – это одна и та же форма закрепления норм международного права.

4. Изменения в процессе формирования международно-правового обычая также не затронули его структуры. В современном обычае сохраняется два элемента, традиционно обозначаемые как практика государств и *opinio juris*. Однако, содержание и даже наименование данных элементов требуют переосмысления. Они не должны рассматриваться в отрыве друг от друга или как отдельные этапы формирования обычая. Только в единстве они представляют собой элементы этого процесса, одновременно служащие критериями, позволяющими установить факт образования международно-правового обычая.

5. В целях уточнения содержания первого элемента целесообразно отказаться от термина «практика», применяемого для его обозначения, так как существует еще понятие «практика в широком смысле» на основании которой делается вывод о наличии *opinio juris*. Первый элемент обычного нормообразования предлагается обозначить как «всеобщее правило поведения», а практику, соответственно, предлагается рассматривать только в широком смысле слова.

6. Для того, чтобы сделать вывод о существовании нормы, закрепленной в форме международно-правового обычая, необходимо проследить имел ли место процесс формирования международно-правового обычая и был ли он завершен. Для этого практику государств необходимо проверить на соответствие двум элементам (критериям) данного процесса: во-первых, позволяет ли практика вывести общее правило поведения; во-вторых, свидетельствует ли практика о признании данного правила поведения в качестве юридически обязательного. Только в том случае, когда практика свидетельствует о наличии обоих элементов, на вопрос о существовании обычно-правовой нормы можно ответить утвердительно.

7. Включение в правовую систему России общепризнанных норм и принципов международного права, основным источником которых является международно-правовой обычай, означает, что обычно-правовые нормы международного права подлежат применению на национальном уровне напрямую. Исходя из равнозначности международного договора и обычая и необходимости исполнения Российской Федерацией своих международно-правовых обязательств, вне зависимости от формы их закрепления, обычно-правовые нормы международного права не уступают по статусу и юридической силе договорным нормам.

## **Теоретическая и практическая значимость результатов исследования**

Положения и выводы, содержащиеся в данной работе, могут быть использованы при осуществлении научных исследований теоретических и практических проблем, связанных с источниками права в целом и источниками международного права.

Результаты исследования могут быть применены в процессе преподавания учебных дисциплин «международное публичное право», «теория государства и права» и спецкурсов в высших учебных заведениях, а также при подготовке учебных материалов, пособий по данным дисциплинам.

Выводы, содержащиеся в диссертации могут быть учтены в деятельности судебных и законодательных органов Российской Федерации, а также могут представлять интерес для органов и должностных лиц, представляющих Российскую федерацию на международной арене, в частности для обоснования своей позиции по тем или иным вопросам.

### **Апробация результатов исследования.**

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и международного права Казанского государственного университета им. В.И.Ульянова-Ленина.

Основные положения диссертационного исследования были отражены автором в трех опубликованных научных статьях и представлены в форме доклада на 48-м Ежегодном Собрании Российской Ассоциации международного права (Москва, 27-30 июня 2005).

Материалы диссертационного исследования используются автором при проведении лекционных и семинарских занятий по курсу «Международное право» в Татарском государственном гуманитарно-педагогическом университете, «Международное частное право» в Казанском государственном университете им. В.И. Ульянова-Ленина и в филиале Российского государственного гуманитарного университета в г. Казани.

### **Структура диссертации.**

Диссертация состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованной литературы.

## **ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ**

Во **введении** обосновывается актуальность выбранной темы, характеризуется степень разработанности проблем, связанных с данной темой, отмечается научная новизна диссертационного исследования, определяются его объект и предмет, цели и задачи исследования, его методология, формулируются основные положения, выносимые на защиту, содержатся сведения о теоретической и практической значимости работы, а также об апробации результатов исследования и структуре диссертации.

**Первая глава «Понятие международно-правового обычая»** состоит из двух параграфов.

*Первый параграф «Место обычаев среди источников права»* посвящен правовому обычаю как источнику права с точки зрения общей теории права. Отмечая, что обычай представляет собой многоплановое явление, и может рассматриваться не только с правовой точки зрения, но и в рамках этнологии, этнографии, этнолингвистики и некоторых других наук, диссертант проводит разграничение между обычаем как социальной нормой и обычаем как источником права. При этом указывается на многозначность термина «источник права», под которым в рамках данного диссертационного исследования понимается форма закрепления и проявления содержания норм права.

Обычай как социальная норма – это, по мнению автора, неписанное правило поведения, сложившееся на основании единообразной практики субъектов общественных отношений, и признаваемое в качестве обязательного в определенном обществе. Это правило может иметь правовой и неправовой характер. Правовой обычай, в отличие от неправового, закрепляет не просто

правило поведения, а норму права, то есть юридически обязательное правило. Его юридическая обязательность обусловлена санкционированием со стороны государства. Диссертант не согласен с точкой зрения тех авторов, которые обосновывают юридическую обязательность норм, закрепленных в форме правового обычая другими факторами: общественным авторитетом, убеждением в юридической обязательности и др. В качестве способов государственного санкционирования автор называет: законодательное санкционирование, молчаливое (посредством соблюдения в деятельности государственных органов) – во внутреннем правопорядке, и признание государствами – в международном правопорядке.

Диссертант указывает на необходимость разграничения понятий «обычай» и «обыкновение», так как обычай, даже не правовой, получает признание и защиту со стороны определенной общности людей, рассматривается ими как обязательное правило поведения, обыкновение же соблюдается только в силу привычки, либо иных факторов, не связанных с признанием его обязательности.

Автор также отмечает, что правовой обычай, как и любое другое явление в праве не может быть рассмотрен без учета того, как он понимается в рамках отдельных правовых теорий (школ права). Диссертант анализирует различные точки зрения относительно сущности права и на основании проведенного анализа приходит к выводу, что понимание правового обычая и определение его места в системе источников права во многом зависит от того, как в рамках того или иного подхода понимается сущность права и его норм, и что наиболее важное место обычаю отводится только в исторической и социологической школе права.

В заключение первого параграфа, обобщая суждения о правовом обычае, высказанные в теории права автор приходит к выводу, что правовой обычай представляет собой форму закрепления неписаной нормы права, устанавливающей правило поведения, сложившееся на основе единообразной

практики субъектов общественных отношений, санкционирование которого со стороны государства придает ему юридическую обязательность.

Во *втором параграфе «Характерные черты международно-правового обычая»* автор переходит к рассмотрению международно-правового обычая, отмечая, что он играет в международном праве значительно более важную роль, чем правовой обычай в национальных системах права. Международно-правовой обычай имеет ряд особенностей по сравнению с другими правовыми обычаями. Так, в создании международно-правового обычая участвуют субъекты, которые обладают суверенитетом, исключающим возможность навязывания им властных решений без их согласия. Кроме того, особенностями обладает процедура создания международно-правового обычая. Нормы международного права, в том числе закрепленные в форме обычая, создаются путем достижения соглашения между его субъектами. Во-первых, это должно быть соглашение по поводу содержания нормы, выработка определенного правила, а во-вторых, соглашение по поводу юридической обязательности выработанного правила.

Диссертант предлагает следующее определение международно-правового обычая: это недоговорная форма закрепления нормы международного права, созданной путем соглашения субъектов международного правотворчества относительно признания юридической обязательности за определенным правилом поведения, сформировавшимся в международных отношениях.

Рассматривая понятие «международно-правовой обычай», автор определяет как оно соотносится с понятием «общее международное право», которое иногда используется как равнозначное понятию «международное обычное право» и приходит к выводу о том, что общее международное право на сегодняшний день состоит не только из норм, закрепленных в форме международно-правового обычая и представляет собой совокупность универсальных норм международного права, которые могут получать закрепление и в форме договора.

В заключение данного параграфа диссертант обращает внимание на то, что в отношении правового обычая вообще и международно-правового обычая в частности и с практической и с теоретической точки зрения трудно провести грань между процессом формирования нормы международного права и результатом этого процесса: если попытаться выделить признаки, которым должен удовлетворять международно-правовой обычай, то все они так или иначе будут связаны с исследованием вопроса о том, каким образом данный обычай создавался. В связи с этим в следующих параграфах автор обращается к исследованию международно-правового обычая именно с точки зрения процесса его формирования.

**Вторая глава «Процесс формирования международно-правового обычая»** включает в себя пять параграфов.

В *первом параграфе «Нормативное регулирование процесса формирования обычаев в международном праве»* исследуется совокупность норм, регулирующих процесс формирования, применения и прекращения международно-правовых обычаев.

Изучая возможность урегулирования процесса формирования международного обычая нормами международного права, диссертант сравнивает его с процессом договорного нормообразования и не соглашается с мнением, что первый представляет собой «стихийное международное нормотворчество». Автор склоняется к тому, что формирование обычая это менее формализованный процесс правотворчества, чем процесс договорного нормообразования. При этом, особенности процесса формирования международно-правовых обычаев обуславливают необходимость существования особых правил, критериев которым данный процесс должен соответствовать.

Диссертант не соглашается с мнением, что обычное нормообразование вообще не регулируется правовыми нормами (Вишер Ч., Аго Р.) и придерживается той точки зрения, что к обычному нормообразованию, как и к договорному предъявляются определенные требования, содержащиеся в



нормах, совокупность которых в доктрине международного права получила название «право обычаев» (Даниленко Г.М.), «вторичные нормы» (Харт Х.) или «мета-нормы» (Каммерхофер Д.). Такие нормы могут иметь различное происхождение: как договорное, так и обычно-правовое.

Автор указывает на ту роль, которую может сыграть в раскрытии содержания права обычаев анализ практики международных судебных органов, в частности Международного Суда ООН, а также анализ мнений ведущих представителей доктрины и на роль неофициальных кодификаций. Вместе с тем отмечается необходимость дальнейшего изучения процесса формирования обычая и норм его регулирующих, которые имеют огромное практическое значение, так как определяют критерии, на основании которых делается вывод, как о наличии обычной нормы, так и о том, связано ли конкретное государство данной нормой и позволяют исключить возникновение споров между государствами, а также попытки произвольного толкования отдельных норм международного права.

Во *втором параграфе «Практика и opinio juris в процессе формирования международно-правового обычая»* диссертант рассматривает основные элементы, которые традиционно признаются в доктрине необходимыми для формирования обычно-правовых норм международного права: практику и признание этой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

В отношении практики автор отмечает, что в теории она рассматривается как в широком, так и в узком смысле. В первом случае в нее входят как акты, на основании которых формулируется правило поведения, так и акты, посредством которых осуществляется признание такого правила поведения в качестве юридически обязательной нормы. Во втором случае из практики в широком смысле слова выделяется второй элемент – *opinio juris*, связанный именно с признанием правила поведения в качестве обязательной нормы, и практика рассматривается в узком смысле, как сложившееся во взаимодействии

субъектов правило, которому они предпочитают следовать, несмотря на отсутствие у него юридической силы.

Рассматривая далее практику в узком смысле, диссертант отмечает, что многое из того, чем она характеризуется, может быть отнесено также и к практике в широком смысле. К субъектам такой практики автор относит субъектов международного права, и прежде всего – государства. Диссертант также указывает на значение практики международных организаций, приводя в качестве примера практику Совета Безопасности ООН и отдельно останавливаясь на деятельности Международного Суда ООН. Что касается последнего, то автор отмечает, что будучи одним из органов Организации Объединенных Наций, он может придерживаться определенной практики, на основе которой может сформироваться международно-правовой обычай. Однако, правоприменительная практика Международного Суда ООН, выражающаяся в принятии решений по отдельным делам и консультативных заключений) не может рассматриваться в таком качестве, и в подобных случаях Международный Суд ООН выступает как правоприменительный орган, в своих решениях применяя международные обычные нормы, которые уже объективно существуют, а не формируя их.<sup>3</sup>

Не являющиеся субъектами международного права акторы (выдающиеся представители доктрины МП, международные неправительственные организации, внутригосударственные общественные организации и т.д.) могут оказывать только опосредованное влияние на формирование обычая.

В понятие практики автор включает как фактические действия государств, так и иные акты государств, в том числе их официальные заявления, таким образом, не соглашаясь с мнением, что последние не формируют практику (Г. Фитцморис, А. Д'Амато) либо не всегда формируют ее (Терлвэй). В диссертации имеются ссылки на соответствующие решения

---

<sup>3</sup> Такую же точку зрения см.: Черниченко, С.В. Теория международного права в 2 т. Т. 1. Современные теоретические проблемы / С.В. Черниченко – М.: Изд-во «НИМП», 1999. – С. 24; Даниленко, Г.М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая / Г.М. Даниленко // Советский ежегодник международного права, 1983. – М.: Изд-во «Наука», 1984. – С. 17.

Международного Суда ООН, свидетельствующие в пользу такого понимания практики.

Диссертант также придерживается точки зрения, согласно которой практика может осуществляться как в форме действий, так и в форме воздержания от действий, относя это в полной мере только к практике в узком смысле слова. Практика в широком смысле, на основе которой констатируется наличие *opinio juris*, должна в любом случае включать помимо воздержания от действий некоторые позитивные действия.

Автор соглашается с мнением, что в практику следует включать не только действия и заявления государств на международной арене, но внутригосударственную деятельность органов государства, в том числе законодательных и судебных (Д. Анцилотти, Я. Броунли, В.Н. Лихачев, И.И. Лукашук), при этом учитывая что, во-первых, противоречивая практика таких субъектов должна рассматриваться как отсутствие практики, и во-вторых, в отношении внутригосударственной практики отсутствует презумпция знания о ней других государств.

В качестве требований, предъявляемых к практике, в диссертации называются следующие:

1) постоянство и единообразие практики (касается как практики каждого отдельного государства, которая должна быть фактически одинаковой во всех случаях, имеющих отношение к тому или иному рассматриваемому вопросу; так и практики различных государств, чьи действия в аналогичных ситуациях должны быть в целом идентичными);

2) всеобщность практики (не означает необходимости участия в соответствующей практике всех или простого большинства государств; ее, во-первых, должны придерживаться наиболее заинтересованные государства, а во-вторых, представители всех основных политических, социально-экономических и правовых систем);

Требование определенности и продолжительности не рассматриваются автором как необходимые условия, так как определенность практики уже

предполагается, если она постоянная и единообразная, а фактор времени уже не имеет решающего значения для образования обычая. В то же время автор не разделяет точку зрения, согласно которой возможно создание обычая «моментально», в результате единственного прецедента (Б. Ченг, И.И. Лукашук), так как в любом случае необходимо проследить реакцию других государств, даже на единственный прецедент, что само по себе требует некоторого времени.

Рассматривая второй элемент обычая (*opinio juris*) автор обращается к двум основным теориям, объясняющим его природу: традиционной (понимающей под *opinio juris* чувство или убеждение в том, что той или иной практики надлежит придерживаться в силу ее юридической обязательности) (Л. Оппенгейм, Д. Анцилотти) и к теории, которая понимает под *opinio juris* сознательный акт, направленный на признание возникающей нормы права (И.И. Лукашук, Г.И. Тункин).

Диссертант отмечает некоторые недостатки первой теории: во-первых, она не позволяет рассматривать процесс формирования обычая, а может использоваться только для констатации существования обычая; во-вторых, в ней содержится логическое противоречие, заключающееся в том, что для завершения процесса формирования международного обычая необходимо наличие убеждения, что такой обычай уже существует; в-третьих, понимаемое как чувство или убеждение, *opinio juris*, рассматривается как имеющее субъективно-психологическую природу, что влечет за собой трудность констатировать его существование на практике и отказ от этого элемента со стороны некоторых исследователей.

Вторая концепция восходит к теории соглашения и также подвергается критике в доктрине в связи с тем, что на практике государства редко соглашаются с возникающей нормой явно, а соответственно согласие в данном случае является фикцией. Тем не менее, автор склоняется к точке зрения, согласно которой *opinio juris* рассматривается как сознательный акт признания возникающей нормы права, так как такое понимание позволяет избежать

логического противоречия и позволяет выработать четкие критерии подтверждающие наличие либо отсутствие данного элемента в том или ином случае.

Диссертант отмечает, что в реальности международных отношений наличие либо отсутствие *opinio juris* устанавливается исходя из практики, с чем соглашаются представители различных теоретических направлений. При этом, в случаях, когда практика удовлетворяет всем требованиям, предъявляемым к ней как к первому элементу обычая, существует презумпция того, что она выражает и *opinio juris*. Однако, автор не может согласиться с тем, что в подобных случаях следует совсем отказаться от упоминания данного элемента.

В работе рассматриваются и случаи, когда практика не выражает *opinio juris*: (1) если осуществляется в областях, не затрагиваемых правовым регулированием; (2) если осуществляется в сфере отношений, регулирование которых правом допускается, но существует общее согласие относительно того, что то или иное поведение не будет рассматриваться как выражающее признание его правового значения; (3) когда, следуя определенной практике, государства заявляют о том, что не рассматривают ее как выражающую признание с их стороны такого поведения как юридически обязательного; (4) когда практика не полностью удовлетворяет требованию единообразия и всеобщности (в этом случае имеет место презумпция, что *opinio juris* отсутствует, и она может быть опровергнута, если государства более четко выразят свою позицию).

По мнению диссертанта, *opinio juris* может быть выведено как из активных действий государств, в том числе в случае, если государство явно заявляет о своем признании, так и из пассивной практики (терпимого отношения, отсутствия протеста). Имеет значение и прямое возражение государств против возникающей нормы: оно может, во-первых, помешать формированию обычая, а во-вторых, может освободить возражающее государство из-под действия обычной нормы, если оно настойчиво и явно

протестовало против данной практики с самого начала ее становления (принцип «настойчивого возражения»).

В рамках рассматриваемого вопроса автор касается проблемы формирования и применения императивных норм международного права (*jus cogens*), в частности возможности «настойчивого возражения» против такой нормы и приходит к выводу, что исходя из суверенного равенства государств применение принципа «настойчивого возражения» теоретически не может быть ограничено и в указанном случае. Однако на практике его применение будет крайне затруднено в связи особой важностью содержания таких норм для всего мирового сообщества.

В заключение второго параграфа диссертант еще раз обращает внимание на то, что и в современном международном праве признается необходимость существования двух элементов международного обычая: практики государств и *opinio juris*. Тем не менее, указывается также на то, что нельзя не учитывать изменения, которым данные элементы подверглись в современном международном праве.

В *третьем параграфе «Роль конвенционных актов в процессе создания и функционирования международного обычая»* рассматривается роль международных договоров в процессе создания и функционирования международно-правового обычая. Автор указывает, что роль договорных положений в формировании обычая проявляется, во-первых, в том, что они могут служить основанием для возникновения в будущем международно-правового обычая с идентичным или схожим содержанием, а во-вторых, завершить собой процесс формирования обычно-правовой нормы, уже находившейся в стадии становления. В первом случае договоры являются одной из форм практики в узком смысле слова, то есть ведущей к образованию обычая при наличии соответствующего *opinio juris*. При наличии признания в обычное право могут перейти не только нормы, содержащиеся в многосторонних конвенциях, но и в проектах конвенций.

Договоры также могут выражать и признание (*opinio juris*), но только в тех случаях, когда подкрепляются иными формами практики. Не выражают *opinio juris* двусторонние договоры и договоры со сравнительно небольшим числом участников.

По мнению диссертанта, одни и те же нормы могут существовать одновременно и в форме обычая и в форме договора. Автор отмечает большое практическое значение того, что конвенционные нормы могут впоследствии получить закрепление также и в форме обычая и наоборот, поскольку в таких случаях с одной стороны, договорные нормы приобретают универсальность, а с другой стороны, упрощается процесс толкования и установления содержания обычно-правовых норм при помощи договора. При этом, юридическая сила норм международного права не зависит от формы их закрепления: обычай и договор имеют равную юридическую силу.

В диссертации отмечается, что обычай в современном международном праве играет существенную роль, и не подтверждается мнение, что кодификация ведет к вытеснению обычного права и замене его договорным, даже наоборот, кодификационные конвенции содействуют роли обычного права, ускоряют его формирование, и только действуя совместно, оба эти источника способны осуществлять полноценное международно-правовое регулирование.

В *четвертом параграфе «Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, акты других международных организаций и международных конференций в процессе создания и функционирования международного обычая»* автор отмечает, что принимаемые международными организациями резолюции (за исключением относящихся к внутренним вопросам организации и тех, обязательность которых недвусмысленно определена в уставе организации) носят рекомендательный характер и не являются источниками международного права. Тем не менее, они могут играть значительную роль в процессе формирования норм международного права, в том числе и обычно-правовых.

Существует несколько способов, которыми резолюции могут оказывать влияние на процесс формирования международного обычая. Во-первых, резолюции являются одной из форм практики в узком смысле, так как уже содержат в себе сформулированное правило поведения, которому, чтобы стать нормой права не хватает только признания его юридической обязательности. Во-вторых, резолюция может выражать и *opinio juris* государств, но только при определенных условиях, в частности, при наличии предшествующей практики и в иных формах. Причем при оценке наличия или отсутствия признания со стороны государств должны учитываться не только формулировки самой резолюции, но и заявления государств в ходе ее обсуждения. Сходное значение для формирования обычая, по мнению автора, имеют и заключительные акты конференций.

***Пятый параграф «Современные тенденции в процессе формирования международно-правового обычая»*** посвящен тем изменениям, которым процесс формирования обычая подвергся в современном международном праве по сравнению с классическим международным правом. Такие изменения позволили ряду авторов говорить о появлении нового вида обычно-правовых норм, создаваемых не длительной практикой, а признанием в качестве таковых правил, содержащихся в нескольких или даже одном акте (И.И. Лукашук), либо об изменении соотношения между элементами обычая и о необходимости учитывать моральную значимость формирующихся обычно-правовых норм (А. Робертс).

По мнению автора, традиционный и современный обычай это не разные явления, это одна и та же форма закрепления норм международного права, претерпевшая определенные изменения за время существования международного права. Эти изменения обусловлены изменениями в процессе формирования обычая, в понимании его основных элементов. Учитывая, что указные элементы в реальности не представляют собой отдельные явления, а вывод о наличии или отсутствии и того и другого элемента делается на основании практики в широком смысле слова, автор предлагает рассматривать



их как критерии, позволяющие установить факт существования обычая. С учетом такого понимания автор предлагает отказаться от термина «практика» для обозначения первого элемента процесса формирования международно-правового обычая, поскольку его употребление в данном контексте затрудняет понимание сути этого элемента, так как существует еще понятие «практика в широком смысле» на основании которой делается вывод и о наличии *opinio juris*. Первый элемент обычного нормообразования предлагается обозначить как «всеобщее правило поведения». А практику соответственно, предлагается рассматривать только в широком смысле слова.

Таким образом, по мнению диссертанта, для того, чтобы сделать вывод о существовании нормы, закрепленной в форме международно-правового обычая, необходимо проследить имел ли место процесс формирования международно-правового обычая и был ли он завершен. Для этого практику государств необходимо проверить на соответствие двум элементам (критериям) данного процесса: во-первых, позволяет ли практика вывести общее правило поведения; во-вторых, свидетельствует ли практика о признании данного правила поведения в качестве юридически обязательного. Только в том случае, когда практика свидетельствует о наличии обоих элементов (удовлетворяет обоим критериям), на вопрос о существовании обычно-правовой нормы можно ответить утвердительно.

**В третьей главе диссертации «Международные обычно-правовые нормы в современном международном праве и в национально-правовых системах»**, состоящей из двух параграфов, исследуется вопрос о том месте, которое отводится рассматриваемому источнику международного права в отдельных его отраслях, а также анализируется отношение к нему со стороны национальных правовых систем.

*В первом параграфе «Роль обычно-правовых норм в отдельных отраслях международного права»* автор более подробно останавливается на месте обычая в таких отраслях как международное право прав человека и

международное гуманитарное право. В этих отраслях особую значимость приобретают следующие качества обычая: его способность «в течение незначительного периода времени вести к возникновению правовых норм в новых областях межгосударственных отношений, до того, как государства придут к соглашению в рамках формализованного договорного нормообразования»<sup>4</sup>, а также то, что в форме обычая чаще всего получают закрепление универсальные нормы (за исключением региональных обычных норм). Таким образом, обычай позволяет существовать в данных отраслях тем нормам, которые, хотя и имеют огромное значение для всего мирового сообщества, но не получили своего закрепления в договорной форме в связи с трудностью достижения формального соглашения в отношении их содержания. Кроме того, как и в других отраслях международного права, обычай здесь позволяет обеспечить универсальное применение норм закрепленных в форме договора, которое иначе ограничивалось бы рамками взаимоотношений только сторон договора.

С другой стороны, большинство норм, составляющих содержание рассматриваемых отраслей, имеют особое значение для всего мирового сообщества и закрепляют наиболее важные правила, касающиеся обеспечения и защиты прав индивидов, что в свою очередь также оказывает влияние на процесс формирования соответствующих обычно-правовых норм. Так, именно в сфере прав человека многие нормы достаточно легко переходят из конвенционных в обычно-правовые, так как они «обладают надежной моральной, гуманной основой»<sup>5</sup>.

По мнению автора, приведенные примеры позволяют утверждать, что обычай является источником правовых норм не только в сравнительно новых отраслях международного права, но и в тех, которые на сегодняшний день могут характеризоваться как достаточно развитые. Развитие конвенционного

---

<sup>4</sup> Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 38.

<sup>5</sup> Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России / И.И. Лукашук. – М.: Спарк, 1997. – С. 290.

регулирования в тех или иных отраслях не снижает роли обычая, как источника, он продолжает активно применяться наряду с договором.

Во *втором параграфе «Международно-правовой обычай в национальных правовых системах»* диссертант отмечает, что международно-правовой обычай, являясь источником международного права, не может служить источником и национального права. Но в форме международного обычая получают закрепление общепризнанные принципы и нормы международного права, которые получают все большее признание и на национальном уровне.

В странах англо-саксонской правовой системы неконвенционные нормы международного права обычно рассматриваются как одна из форм «общего права», и в таком качестве применяются судами. В странах Романо-германской правовой системы место таких норм определяется основным законом страны (конституцией). Автор положительно оценивает содержащуюся в Конституции Российской Федерации норму, согласно которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, однако указывает на ряд ее недостатков, связанных с тем, что здесь смешиваются разнопорядковые категории и нет прямого указания на международно-правовой обычай. По мнению диссертанта, общепризнанные принципы и нормы международного права, получают свое закрепление и в форме обычая, а следовательно международно-правовой обычай включается в правовую систему Российской Федерации, однако реальное его применение осложняется тем, что ни в Конституции Российской Федерации, ни в отраслевых законах место международных обычно-правовых норм, в отличие от договорных, в правовой системе Российской Федерации четко не определено.

По мнению автора, включение в правовую систему России общепризнанных норм и принципов международного права, основным источником которых является международно-правовой обычай, означает, что

обычно-правовые нормы международного права подлежат применению на национальном уровне напрямую. Исходя из равнозначности международного договора и обычая и необходимости исполнения Российской Федерацией своих международно-правовых обязательств, вне зависимости от формы их закрепления, обычно-правовые нормы международного права не уступают по юридической силе договорным нормам.

В разрешении имеющихся противоречий и обеспечении правильного понимания и применения международных обычно-правовых норм большую роль способна сыграть практика высших судебных органов: Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, осуществляемая как в форме принятия решений по отдельным делам, так и в форме разъяснений по вопросам применения права судами всех уровней.

**В заключительной** части диссертации подводятся итоги проведенного исследования и формулируются полученные выводы и предложения теоретического и практического плана.

Основные положения диссертации, аргументы и выводы изложены в следующих статьях, опубликованных в научных изданиях и сборниках:

1) Акишева Л.Р. Обычай в современном международном праве / Л.Р. Акишева // Сборник аспирантских научных работ. Выпуск 4. / Под ред. Валеева Р.М. – Казань: Центр инновационных технологий, 2003. – С. 21-32.

2) Шаммасова Л.Р. Правовая природа принципов международного экономического права / Л.Р. Шаммасова // Журнал международного частного и публичного права. – 2004. - № 5. – С. 11-19.

3) Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в практике Международного Суда ООН / Л.Р. Шаммасова // Сборник аспирантских научных работ. Выпуск 6. / Под ред. Валеева Р.М. – Казань: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 2005. – С. 551-554.