

Трояновский А. В.,
к. ю. н., доцент, доцент кафедры
международного права и международных отношений
НУ «Одесская юридическая академия»

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ *OPINIO JURIS*

Аннотация. Статья посвящена методологическим вопросам установления *opinio juris* в процессе формирования международного обычая. Проведен подробный анализ решений и консультативных заключений Международного Суда ООН в контексте методологии установления *opinio juris*. Подчеркивается согласительная природа норм международного права, в связи с чем отмечается, что согласование воли государств в процессе международного обычного правотворчества касается как содержания правила поведения, так и признания его в качестве юридически обязательной нормы международного права.

Автором отмечается, что исходная методология, используемая для установления позиции государства, основывалась на презумпции либо дедукции *opinio juris* из общей и последовательной практики государств. Однако роль *opinio juris* меняется. В связи с чем высказывается мнение о достаточности для возникновения обычая лишь проявления *opinio juris*.

Ключевые слова: методология, международный обычай, согласование воли государств, Международный Суд ООН, практика государств, *opinio juris*.

Постановка проблемы. Один из наиболее значительных физиков XX века, создатель специальной и общей теории относительности, лауреат Нобелевской премии Альберт Эйнштейн как-то сказал: «Международные законы существуют только в сборниках международных законов», – подчеркнув тем самым господствовавший долгое время в западной политико-правовой доктрине нигилистический подход к пониманию нормативной природы международного права.

Анализ последних исследований. Вопросы легитимности международного права являются весьма актуальными в науке международного права. В разные годы ими задавались в своих работах В. Г. Буткевич, В. А. Василенко, А. С. Гавердовский, Г. В. Игнатенко, Д. Б. Левин, И. И. Лукашук, Г. Кельзен, С. Ю. Марочкин, А. П. Мовчан, Л. Оппенгейм, А. Н. Талалаев, Г. И. Тункин, Дж. Тускоз, Е. Т. Усенко, Д. И. Фельдман, Р. Фишер, Д. Фрай, В. Фридман, М. Е. Черкес, С. В. Черниченко и др. Да и в целом, классический академический курс международного права на протяжении многих лет начинался с традиционного вопроса: а является ли, собственно, международное право *правом*?¹ Как справедливо отмечает в этой связи

профессор М. Е. Черкес, «поскольку международное право не находится под чьей-либо юрисдикцией, не подвластно какому-либо государству и вообще чьей-либо власти, ... нормы международного права не обеспечиваются силой государственного принуждения, и ставится под сомнение его нормативный характер» [1, 21].

Изложение основного материала. В международно-правовой науке является тавтологией согласительная природа норм международного права, исходящая из признания создания норм международного права путем согласования воли государств [2, 25-29; 3, 14]. Соглашение является единственным способом создания норм международного права [4, 185]. И это утверждение является справедливым для обоих основных источников международного права – как для международного договора, так и международного обычая. Хотя высказывается и мнение относительно сомнительности применения концепции согласования воли государств к процессу формирования обычая [5, 30].

Например, фундатор нормативного позитивизма Ганс Кельзен считал, что обоснование создания обычных норм международного права путем согласия государств было бы возможно при условии, что такая обычная норма создается действиями всех государств, которые ею связываются, либо что она (норма) является обязательной для государства только в том случае, если оно (государство) своими действиями участвовало в создании этой нормы. Учитывая, что нормы международного обычая обязательны для всех государств, было бы необходимо доказать, писал он, что все государства согласились со всеми ими путем участия своим фактическим поведением в их создании. Согласно Г. Кельзену, «продолжительная устоявшаяся практика большого количества государств, включая государства, в виду их силы, культуры и т. д., с особой заинтересованностью, является существенной». Следовательно, заключает Г. Кельзен, «обычное право не может интерпретироваться как созданное общим согласием членов международного сообщества» [6, 301-311].

В теории международного права широко распространено мнение, согласно которому, в отличие от международного договора, обычай создается в

¹ Например, один из параграфов курса Л. Оппенгейма называется: «Юридическая сила международного права оспаривается». – См.: Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Полут. 1:

Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом / Под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. – М.: Инстр. лит., 1948. – 407 с. – С. 28.

результате несознательных процессов, и поэтому международный обычай, по определению Г. Кельзена, «является бессознательным правотворчеством» [6, 308]. В отечественной международно-правовой науке еще П. Е. Казанский, профессор Императорского Новороссийского университета, писал, что международный обычай есть «форма образования права, не отличающаяся сознательностью» [7, 110]. Аналогичное мнение высказывают и другие отечественные юристы-международники [8, 45].

Как известно, ст. 38 Статута Международного Суда ООН определяет международный обычай «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Иными словами, это сложившееся в практике устойчивое правило, за которым государства, выражая свою согласованную волю, признают юридическую силу.

Из приведенной дефиниции определенно следует, что международный обычай является результатом правотворческого процесса – готовой нормой международного права. В противном случае, Суд при разрешении спора не мог бы руководствоваться им как формальным критерием (источником) правомерности поведения государств¹.

Природа юридической обязательности обычая объясняется по-разному в зависимости от подходов к правовой сущности самого международного права. Так, сторонники естественно-правовой концепции международного права исходят из объективного, помимо воли государств, существования права. Следовательно, обычай сам по себе не создаёт нормы, а есть лишь подтверждение наличия существующей практики и её конституирование. А всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, есть доказательство обычая.

Представители школы позитивизма же требуют доказательства обязательной силы международного права через суверенную волю государств, и как следствие, их отношение к признанию международного обычая более жесткое и формализованное.

Напомним, что в своем решении от 27 июня 1986 г. по делу «О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США)» Международный Суд подтвердил, что международный обычай включает два элемента: 1) объективный элемент – общность практики и 2) субъективный – признание в качестве правовой нормы, называемое *opinio juris*.

Opinio juris, или признание в качестве нормы права, придает обычному правилу легитимность, наделяя

его авторитетом и юридической силой. Без этого нормативного аспекта, практика является не более чем обычным заведенным порядком либо простой привычкой, но не правом. С этой целью, подчёркивает Суд, необходимо выяснить, существует ли та или иная норма обычного права в *opinio juris* государств и убедиться в том, что это подтверждено практикой [9, п. 183-186]. Иными словами, необходимо, чтоб практика сопровождалась убежденностью, что она обязывает государства именно как *право*.

Анализируя решения Международного Суда, можно заметить, что Суд старается отталкиваться от ст. 38 Статута, детально изучать практику государств, подчеркивая необходимость соблюдения таких критериев, как постоянство, непрерывность и однородность практики, а также, что не менее важно, – убежденность в ее юридической обязательности для государств [10].

Однако ни современная теория, ни практика международного права не предлагают методологию, которая обеспечивала бы точную меру нормативного поведения государств. И средства, используемые для этих целей в настоящее время, сводят *opinio juris* не более, чем к правовой фикции.

В объяснении понятия *opinio juris* признанный теоретик международного обычая Г. М. Даниленко выделяет две теории: традиционную теорию *opinio juris* и теорию, понимающую под *opinio juris* согласие государств с формирующейся обычной нормой [11, 101].

Традиционная концепция, основывающаяся на идеях естественно-правовой школы международного права, понимает под *opinio juris* сопровождающее обычную практику убеждение (отсюда обозначение этого элемента как «психологического» [12, 46]) в том, что практика отражает предписание уже существующей нормы права [13, 33], и именно в силу ее юридической обязательности этой практики следует придерживаться. Сторонники данной точки зрения считают, что обычные нормы не создаются субъектами международного права, а порождаются непосредственно международными отношениями [14, 236].

В отличие от традиционной концепции, теория, которая понимает под *opinio juris* согласие государств с формирующейся обычной нормой, трактует *opinio juris* как сознательный акт, имеющий в своей основе согласование воли государств и направленный на признание возникающей нормы права².

Как верно заметил судья Международного Суда ООН Котаро Танака в своем особом мнении по делу «О Континентальном шельфе Северного моря» (Германия против Нидерландов, 1969 г.), «процесс формирования международного обычая является сложным психологическим и социологическим процессом».

² Отметим, что согласование воли государств в процессе международного обычного правотворчества касается как содержания правила поведения, так и признания его в качестве юридически обязательной нормы международного права.

¹ В то же время, цитированный уже Г. Кельзен определял международный обычай как, с одной стороны, процесс создания нормы, а с другой – обычную норму, созданную в результате правотворческого процесса. И в этом проявляется особенность обычного нормотворчества: процесс формирования обычая невозможно точно отграничить во времени от конечного результата – собственно сложившегося правила, наделенного государствами качествами правовой нормы

Судья К. Танака представил международный обычай как результат двух факторов: количественного – практики, которую он образно назвал «телом», – и качественного – *opinio juris* (сокр. от *opinio juris sive necessitates* – с лат. «убежденность в законности и необходимости»), образно названное им «интеллектом» [15, 171]. И установит наличие этих двух факторов в процессе формирования обычая, по мнению судьи, является тонким и сложным вопросом.

Субъективно-психологическое понимание *opinio juris* как чувства или убеждения приводит некоторых авторов к выводу о том, что данный элемент не может иметь значения для формирования международного обычая. Например, Г. Кельзен обосновывал такую позицию тем, что *opinio juris* не играет какой-либо роли в формировании обычая, поскольку на практике доказательство субъективных убеждений государств невозможно, следовательно, единственным необходимым элементом обычая служит длительное и постоянное повторение сходных действий [15, 450-451], а *opinio juris* есть фикция, призванная замаскировать правотворческие полномочия судьи.

Существует и теория, признающая *opinio juris* единственным элементом обычая и согласно которой для возникновения обычая наличия практики государств не требуется, достаточно проявления их *opinio juris* [16]. Близкое мнение высказывал и профессор И. И. Лукашук. Он отмечает существенные изменения в соотношении двух элементов обычая, подчеркивая, что «предшествующая обширная практика перестала быть необходимой для создания обычных норм, и решающее значение приобрело *opinio juris*. Оно способно создавать нормы международного обычного права даже при отсутствии предшествующей практики, а в некоторых случаях и при значительном уровне отклоняющейся практики» [14, 235]¹.

На наш взгляд, в теории справедливо подчеркивается значение *opinio juris* для становления международного обычая. Нельзя не согласиться с мнением Г. М. Даниленко, отмечающим, что «учет позиции отдельных государств по отношению к существующей практике предполагается основным принципом обычного нормообразования, который состоит в том, что норма обычного права связывает конкретное государство только в том случае, если оно тем или иным способом признало ее» [11, 112]. Иными словами,

¹ Объективности ради, уточним, что ученый исходит из существования в современном международном праве двух видов обычных норм: «Одни представляют собой сложившееся в практике неписаное правило, за которым субъекты признают юридическую силу. Другие, – отмечает И.И. Лукашук, – также являются неписаными правилами, за которыми признается юридическая сила, но создаются они не в результате длительной практики, а путем признания нескольких или даже одного предшествующего акта» [14, 214]. И высказанное выше мнение «ни в коей мере не означает принижения значения традиционных обычных норм, складывающихся в практике государств, которые по-прежнему, – подчеркивает он, – будут занимать весьма важное место в системе общего международного права» [14, 235].

роль *opinio juris* в процессе обычного нормотворчества состоит также в том, что благодаря этому второму элементу обычая не допускается навязывание воли большинства государств меньшинству, что полностью соответствует принципу суверенного равенства государств.

Следует признать, что как академические круги, так и судейский корпус редко предпринимают прямое и систематическое исследование поведения государств на предмет следования ими правилу обычая. Даже Международный Суд в большинстве случаев оглашает правовые постулаты, не устанавливая нормативность поведения государства либо не предпринимая анализа реальной практики большинства государств. Но в тех случаях, когда Суд считал необходимым установить прямое доказательство наличия *opinio juris*, суд находил адекватные тому свидетельства.

Однако государства не часто дают правовые пояснения своего поведения, подтверждающие их убежденность и желательность в признании существования какого-либо правила как нормы обычая. Также как и не понятно, как установить нормативную убежденность сотен государств, многие из которых никогда не имели возможности или необходимости выразить свое мнение по конкретному правилу [17]. В международном обществе существует много различных нормативных отношений, и заявления или акты нескольких отдельных государств мало что могут рассказать нам о нормативных убеждениях многих.

Исходная методология, используемая для установления позиции государства, основывалась на презумпции либо дедукции *opinio juris* из общей и последовательной практики государств. Эта методика изначально сводилась к формальному допущению. Предполагается, что обычно-правовое правило может быть выведено индуктивно (путем умозаключения) и что последовательность практики свидетельствует о принятии данной нормы.

Схожая позиция высказана и в Окончательном докладе Комиссии по вопросу формирования обычного (общего) международного права Ассоциации международного права. В нем указывается, что если практика удовлетворяет всем требованиям, предъявляемым к ней как к одному из элементов международного обычая, то, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что *opinio juris* отсутствует, нет смысла вообще упоминать второй элемент, поскольку он легко может быть выведен из практики [13, 33].

Иными словами, в случаях, когда практика удовлетворяет всем требованиям, предъявляемым к ней как к первому элементу обычая, можно говорить о презумпции выражения ею *opinio juris*, то есть, предполагается, что государства следовали определенной практике в силу признания ее как общеобязательной нормы. Но, как и любое допущение, презумпция наличия *opinio juris*, логично, может быть и опровергнута.

та. Поэтому не стоит недооценивать данный элемент международного обычая даже в тех случаях, когда практика полностью соответствует всем предъявляемым к ней требованиям.

Презумпция *opinio juris* сводит всеобщность признания к очевидной фикции, поскольку оно скорее предполагается, чем утверждается. В то же время теория молчаливого согласия может иметь достаточно аргументированное обоснование. Так, если особо заинтересованное государство хранит молчание в отношении складывающегося обычая, которым затрагиваются его прямые интересы, логично допустить, что тем самым оно выражает свое согласие – *tacitum pactum*, – с обязательностью формирующегося правила. Но в лучшем случае, такое молчаливое согласие дает свидетельства о позиции лишь нескольких государств, чего явно недостаточно для установления общности признания, особенно, если подавляющее большинство государств не было в состоянии заявить свой протест и норма касается их непосредственных интересов.

Присоединяясь к этой дискуссии, известный польский юрист-международник Кароль Вольфке подчеркивает: «Во все возрастающей мере оправдано обоснование презумпции признания практики в качестве выражения права в результате все возрастающего значения международного права и, следовательно, понимания последствий терпимости к новой практике. Правительства знают, что терпимость к практике ведет к ее легализации, к созданию новой нормы обычного права. Отсюда их растущая бдительность» [18, 70]. Профессор К. Вольфке оправдывает такую позицию уступкой осознанной необходимости. Установить наличие нормативных убеждений в противном случае было бы чрезвычайно трудно.

Вспомним также, что в ст. 38 Статута Международного Суда речь идет именно об *общей* практике¹. В особом мнении по делу о Юго-Западной Африке (вторая фаза) судья К. Танака в связи с этим заметил, что «статья 38, п. 1 (b) не исключает возможности небольшого числа несогласных с созданием обычного международного права» [19, 291].

Несмотря на то, что такая презумпция встречает ряд вполне обоснованных возражений [20], считаем, что, поскольку государствам известно о практике других государств и, соответственно, они могут предвидеть возможность формирования новой нормы, отсутствие последовательных возражений со стороны государства будет рассматриваться как его согласие со становлением правового обычая.

Конституирование *opinio juris* возможно как из активных действий государств, так и из пассивной практики. Пассивная практика в формировании обы-

чая обязательно учитывается, поскольку государства зачастую выражают признание обычая путем «терпеливого отношения» к активным действиям других государств, «отсутствием протеста» [11, 113]. Иногда в теории даже говорится об обычаях как «воплощении молчаливого или подразумеваемого» соглашения².

Государства могут выразить *opinio juris* и явным образом. Явно выраженное признание осуществляется чаще всего в форме заявления и является наиболее предпочтительной формой признания, поскольку не вызывает вопросов и разногласий. Исходя из этого, значение различных заявлений государств для установления *opinio juris* превосходит значение фактических действий. В случае фактических действий, правда, также действует презумпция, что государства совершают их исходя из признания их юридической обязательности. Но именно делая заявление, государство недвусмысленно высказывает свою точку зрения.

Так, после того как выяснилось, что Сенат США едва ли даст согласие на ратификацию Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., Президент Р. Рейган заявил, что все положения Конвенции, кроме положений о режиме ресурсов морского дна, являются обычными нормами. Профессор Йельского университета М. Ризман по этому поводу констатировал: «Так одним заявлением Президента большое число положений Конвенции, содержащей немало нового, были превращены в обычное право и, следовательно, стали обязательными для США без всякого участия Сената» [21].

Не меньшее значение, чем явное признание имеет и прямое возражение государства против возникающей нормы (например, в форме протеста). Такое возражение (как и явно выраженное признание) дает возможность четко определить позицию государства в процессе формирования обычая и, соответственно, будет свидетельствовать об отсутствии его согласия с формирующейся нормой – *opinio non juris*.

Кроме того, и доктрине, и практике международного права известен принцип, согласно которому обычай, сформировавшийся в практике других государств, не связывает однозначно и последовательно протестующее против данной практики – с самого начала ее становления, – государство [11, 115]. Этот принцип получил название «принцип настойчивого возражения» [22, 34] и полностью соответствует характеру международного права, поскольку в основе его источников, в том числе и обычая, как отмечалось, лежит соглашение субъектов, пусть даже молчаливое.

Что касается позиции Международного Суда ООН, он в своих решениях не раз подтверждал, что

¹ В литературе уже обращалось внимание на некорректность термина «всеобщая практика» в русском тексте Статута, поскольку в английском варианте речь идет о «general practice».

² «Международный обычай – это своего рода молчаливое соглашение о признании и применении в своих взаимоотношениях сложившихся и действующих принципов и норм,» – пишет Н.М. Минасян. См.: Минасян Н.М. Источники современного международного права / Отв. ред.: А.М. Ладьженский. – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. – 152 с. – С. 98-99/

государство не может быть связано обычаем, против формирования которого оно возражало.

Анализ практики Международного Суда свидетельствует и о нетрадиционных методах установления *opinio juris*. В уже упоминавшемся решении по делу «Никарагуа против США» Суд отметил, что *opinio juris* может быть, хотя и со всеми предосторожностями, выведено из отношения государств к определенным резолюциям Генеральной Ассамблеи ООН. Согласие с такими резолюциями следует понимать «как признание силы за нормой или комплексом норм, провозглашенной самой резолюцией» [9, п. 188-189]. В этом же решении Суд расценил принятие США текста Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г., в которой закрепляется принцип запрещения применения силы либо угрозы силой, как подтверждение существования *opinio juris* касательно запрещения применения силы в международных отношениях [9, п. 189]¹.

Еще одним примером этого метода установления *opinio juris* может служить Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения (1951 г.), в котором Суд отметил, что резолюции Генеральной Ассамблеи, даже если они не носят обязательного характера, иногда могут иметь нормативное значение. При определенных обстоятельствах они могут обеспечивать свидетельства, важные для установления факта наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris* [23, п. 70].

Конечно, методология установления *opinio juris* многообразнее. Например, в Консультативном заключении Международного Суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории (2004 г.) Суд также указывал, что заявления, сделанные в порядке одностороннего акта, в отношении юридических или фактических ситуаций могут иметь следствием возникновение юридических обязательств [24]².

Конкретные методы установления *opinio juris* (как и формы его проявления) могут отличаться в зависимости от того, устанавливает ли содержащаяся в обычае норма запрет, обязанность либо правомочие.

Норма, закрепляющая запрет, – например, общепризнанный в гуманитарном праве запрет заявлять, что пощады никому не будет, – включает в себя не только утверждение, что такое поведение недопустимо, и осуждение случаев, когда запрещенное поведение имело место, но и фактический отказ от запрещенного поведения. Если практика в значительной степени проявляется в воздержании от запрещенных действий, сопровождаемом молчаливым согласием государств, в целях конституирования обычая необходимо установить наличие признаков того, что такое воздержание основывается на законных ожиданиях подобного же поведения от других государств и международного сообщества в целом.

Норма, возлагающая обязательства, – например, правило об оказании помощи раненым и больным, – проявляется, прежде всего, в соответствующем этим требованиям поведении. Подтверждением того, что данное обязательство нормативно, а не простое проявление вежливости, может служить заявление необходимости такого поведения или осуждение государств, не соблюдающих установленную обязанность. Возможно также, что государство, подвергшееся такой критике, предоставит впоследствии пояснение своего уклонения от обязательства либо оправдания в пределах установленного правила.

Норма, предоставляющая правомочия, – например, право государства на осуществление универсальной юрисдикции в отношении актов пиратства [25], – может находить свое проявление в действиях государства, на которые предоставлены соответствующие правомочия, в отсутствие фактической обязанности их совершения. Данное правило обычно принимают форму совершения таких действий государством при отсутствии протестов со стороны других государств.

Впрочем, иногда оказывается теоретически трудно (а порой практически и невозможно) четко разграничить элементы практики и правовой убежденности. Часто, одно и то же деяние является проявлением как практики, так и *opinio juris*. В частности, заявления государства служат как отражением сложившейся практики, так и правовой позиции государства.

Когда существует общепринятая практика, *opinio juris*, в целом, признается содержащимся в этой практике и, следовательно, как правило, нет необходимости, устанавливать отдельно существование *opinio juris*.

Однако установление *opinio juris* играет важную роль в ситуациях отсутствия однозначной практики, когда решить вопрос о формировании на ее основе обычая является проблематичным. Это имеет место, когда государства никак не проявляют своей позиции по формирующемуся правилу, сохраняя молчание и не давая каких-либо пояснений о своем отношении к нему.

¹ Впрочем, в особом мнении по данному решению судья Аго отметил, что Суд проявил слишком большую готовность считать подтверждение некоторых принципов в резолюциях ООН и ОАГ доказательством наличия данных принципов в *opinio juris* членов международного сообщества. См.: Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда (1948-1991 гг.) – с. 210. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.icj-cij.org/hotpage/tu/files/sum_1948-1991.pdf

² Уместно привести здесь замечание И.И. Лукашука о том, что ряд односторонних актов представляет собой не что иное, как серию актов согласия отдельных государств признать определенное правило в качестве нормы обычного международного права. См.: Лукашук И.И. Нормы международного права. – М., 1997. – С. 215.

Пример такой ситуации был проанализирован Постоянной палатой Международного Правосудия в деле о теплоходе «*Лотос*», в котором Франция оспаривала право Турции преследовать иностранных граждан, обвиняемых в том, что они вызвали столкновение судов в открытом море. Франция заявляла, что отсутствие таких разбирательств свидетельствовало об установлении запрета согласно международному обычному праву преследовать в судебном порядке каким-либо другим государством, кроме как государства флага судна, на борту которого противоправное деяние имело место. Суд, однако, не согласился, поскольку было неясно, воздерживались ли другие государства от преследования, потому что считали, что они не обладали таким правом, либо вследствие какой-либо другой причины, например, отсутствие интереса или убеждение, что суд государства флага является более удобным форумом. Суд заявил, что нет никаких свидетельств какой-либо сознательности наличия обязанности воздержаться [26, 28].

Другая ситуация неопределенности была проанализирована Международным Судом в деле «О Континентальном шельфе Северного моря» (Германия против Нидерландов, 1969 г.), в котором Дания и Нидерланды утверждали, что принцип равного отстояния при делимитации морских пространств является неотъемлемой частью основной доктрины, связанной с континентальным шельфом, и сложился как обычная норма, *inter alia*, поскольку целый ряд государств (было упомянуто около 15 случаев) последовал этой практике. Однако Суд не нашел свидетельств того, что они совершили эти действия потому, что с юридической точки зрения считали себя обязанными применить этот принцип в качестве нормы обычного права. Эти случаи не являются убедительным и достаточным доказательством устойчивости сложившейся практики [15].

В области международного гуманитарного права, нормы которого устанавливают многочисленные запреты и обязанности воздерживаться от определенных действий, бездействия, установление *opinio juris* представляет особую проблему, поскольку требуется установить доказательства того, что соблюдение их – это не случайность, но следование им на основе убежденности в их обязательности. Примером тому может служить проблема правового основания применения норм о запрете средств и методов ведения военных действий, установленных в договорах, касающихся международных вооруженных конфликтов, в отношении вооруженных конфликтов немеждународного характера. Само по себе молчаливое воздержание от запрещенных в договорном порядке действий со стороны не участвующих в конфликте государств не свидетельствует о их *opinio juris* в существовании аналогичной обычной нормы, применимой к вооруженным конфликтам немеждународного характера.

В связи с этим Фредерик Л. Киргис справедливо отмечает, что, похоже, международные суды и трибуналы устанавливают существование нормы обычного международного права, когда это правило является желательным для международного мира и безопасности или для защиты прав человека, при условии отсутствия существования противоположного *opinio juris* [27, 146]. Подтверждением таких выводов служат заключение Международного Военного трибунала в Нюрнберге о том, что положения Гаагской конвенции 1907 г. устоялись в обычное право¹ [29, 1020], или заключение Международного Суда по делу Никарагуа о том, что правило невмешательства во внутренние и внешние дела другого государства являются частью обычного международного права [9, п. 202-209].

Однако, когда устанавливалось обратное *opinio juris* ряда государств, в том числе особо заинтересованных, международная судебная практика постановляла, что существование нормы международного обычного права не было доказано, как например, в консультативном заключении Международного Суда по делу о *Ядерном оружии* в вопросе, является ли применение ядерного оружия незаконным [23]. В консультативном заключении Суд констатировал, что международное обычное и договорное право не содержит какого-либо конкретного предписания, санкционирующего угрозу ядерным оружием или любым другим оружием. Вместе с тем, не существует принципа или нормы международного права, которые ставили бы законность угрозы ядерным оружием или любым другим оружием или же его применение в зависимость от какой-либо конкретной санкции. Государства, считающие применение ядерного оружия незаконным, стремились продемонстрировать существование нормы обычного права, запрещающей применение такого оружия. Они ссылаются на последовательную практику неприменения ядерного оружия государствами с 1945 года и усматривают в той практике выражение *opinio juris* со стороны тех, кто обладает таким оружием [23, п. 65]. Кроме того, государства-члены международного сообщества весьма расходятся во мнениях по вопросу о том, представляет ли собой неприменение ядерного оружия за последние 50 лет выражение *opinio juris*. В этих обстоятельствах Суд считает, что у него нет возможности установить факт существования такого *opinio juris* [23, п. 67].

Выводы. Итак, отсутствие единообразия в понимании природы *opinio juris* приводит к тому, что данный

¹ По мнению Трибунала, «правила ведения войны на суше, сформулированные в конвенции, несомненно, являлись шагом вперед по сравнению с существовавшим во время ее принятия международным правом. Но конвенция определенно устанавливает, что это была попытка «пересмотреть общие законы и обычаи войны», которые она, таким образом, признала существующими. Однако в 1939 году эти правила, изложенные в конвенции, были признаны всеми цивилизованными народами и рассматривались как выражение законов и обычаев ведения войны, на которые имеется ссылка в статье 6 (b) Устава» [29, 1020].

элемент не всегда рассматривается как однозначно необходимый для формирования обычая. Хотя, с другой стороны, ему иногда отводится и первостепенная роль в формировании обычая.

В целом, приходится констатировать, что в международно-правовой теории и практике отсутствует методология, которая бы давала возможность четко определить *opinio juris* и однозначно судить о том, приняло ли государство на самом деле сложившуюся практику в качестве права. Общая и последовательная практика может иметь определенные перспективы, но практика редко бывает общей или даже наблюдаемой, также как и неоднозначно, что даже общая практика большинства государств будет порождать правовые обязательства в децентрализованном и мультикультурном мире.

Возможно, существующая практика несовершенна, и интересы международного сообщества требуют более строгих свидетельств становления нормы международного обычного права, предоставляющих большую уверенность в том, что возникающие нормы действительно отражают реальную политику и обязательства государств. Но с другой стороны, все более усложняющаяся система международных отношений требует значительного числа новых норм, и слишком жесткие требования к созданию норм могут ограничить возможности развития международного права, в результате чего вся международная нормативная система может стать архаичной.

Литература:

1. Черкес М. Е. Международное право: учебное пособие / М. Е. Черкес. — Одеса: Юридична література, 2004. — 384 с.
2. Левин Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права / Д. Б. Левин. — М.: Наука, 1974. — 264 с.
3. Лукашук И. И. Источники международного права / И. И. Лукашук. — Киев, 1966. — 125 с.
4. Тункин Г. И. Теория международного права / Г. И. Тункин; Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М.: Зерцало, 2009. — 416 с.
5. Международное публичное право: учебник / Л. П. Ануфриева, Д. К. Бекашев, К. А. Бекашев, В. В. Устинов [и др.]; отв. ред. К. А. Бекашев. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Велби, Проспект, 2005. — 784 с.
6. Kelsen H. Principles of International Law / H. Kelsen. — New York: Holt, Rinehart and Winston, 1967.
7. Казанский П. Введение в курс международного права / П. Казанский, проф. Новорос. ун-та. — Одесса: «Экон.» тип. и лит., 1901. — 400 с.
8. Черниченко С. В. Нормы международного права, их создание и особенности их структуры / С. В. Черниченко // Советский ежегодник международного права, 1979. — М.: Наука, 1980. — С. 44-61.
9. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA) (merits). Judgment of 27 June 1986. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>
10. Например, в деле «О Континентальном шельфе» (Ливия против Мальты, 1985 г.) Суд также высказал позицию о том, что важность практики не вызывает сомнения, но все же счел недостаточным утверждение стороны по делу (Ливии) о том, что доказательства существования всеобщей практики по вопросу равноудаленности лежат в Женевских конвенциях 1958 г., в тенденциях отказа от разграничения в соглашениях между государствами, а также в судебной практике и работе Конференции ООН по морскому праву 1982 г. Суд не нашел в данной практике доказательства обязательности нормы. // *Continental Shelf Case. Libya v. Malta, 1985* / Official website of International Court of Justice. Judgments, Advisory opinions and Orders by chronological order. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=1&y=1985>. — para 44.
11. Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / Г. М. Даниленко; Отв. ред. А. П. Мовчан. — М.: Наука, 1988. — 192 с.
12. Оппенгейм Л. Международное право / Л. Оппенгейм; Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; Под ред. и с предисл. С. Б. Крылова. — Т. 1: Полут. 1. — М.: Иностр. лит., 1948. — 407 с.
13. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law: Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, Report of the 69th Conference, London, 2000. — 66 p. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>, свободный.
14. Лукашук И. И. Нормы международного права / И. И. Лукашук. — М.: Спарк, 1997. — 324 с.
15. North sea continental shelf Cases. Dissenting Opinion of Judge Tanaka, 1969 г. / Official website of International Court of Justice. Judgments, Advisory opinions and Orders by chronological order. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5579.pdf>
16. См.: Cheng B. United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? / Cheng B. // *Indian Journal of International Law*, vol. 5, Jan. 1965. — P. 23, 35-36.
17. См.: D'Amato A. The Concept Of Special Custom In International Law / D'Amato A. // *American Journal of International Law* 211 (1969). — P. 211-223 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A69b-spec-cust.pdf>
18. Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. — 1st ed. — Wroclaw, 1964. — 190 p.
19. South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa). Second Fase. Judgment of 18 July 1966. Dissenting Opinion of Judge Tanaka / Official website of International Court of Justice. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf>
20. См. о недостатках такой презумпции: Даниленко Г. М. Создание международного права и согласие государств / Г. М. Даниленко // Вне конфронтации. Международное право в период после холодной войны: сб. статей. — М.: Спарк, 1996. — С. 52-53.
21. Цит. по: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И. И. Лукашук // Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 432 с. — С. 106.
22. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн.: перевод с английского / Я. Броунли; Под ред.: Тун-

- кин Г. И.; Пер.: Андрианов С. Н. — Кн. 1. — М.: Прогресс, 1977. — 535 с.
23. Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения / Док. ООН Distr. General A\51\218 19 July 1996 Russian [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_1996-07-08.pdf
 24. Консультативное заключение Международного Суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории / Док. ООН Distr. General A/ES-10/273 13 July 2004. Russian. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_2004-07-09.pdf
 25. См. подробнее: Трояновский А. В. Универсальная юрисдикция в отношении актов пиратства / А. В. Трояновский // Митна справа. — 2012. — № 2(80). — С. 73-80.
 26. PCIJ, The Case of the S. S. «Lotus», Judgment of 7 September 1927. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf
 27. См.: Frederic L. Kirgis, Jr., Custom on a Sliding Scale. // American Society of International Law, 1987, Vol. 81, № 1, Jan. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2202144?uid=3739232&uid=2&uid=4&sid=21102397650817>
 28. International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals, Judgement, 1 October 1946, Official Documents, Vol. I, pp. 253—254.
 29. См.: Приговор Международного Военного Трибунала // в кн.: Нюрнбергский процесс: в 2-х т. — М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. — 1154 с.

Трояновський А. В. Методологічні проблеми встановлення *opinio juris*

Анотація. Стаття присвячена методологічним питанням встановлення *opinio juris* в процесі формування міжнародного звичаю. Проведено детальний аналіз рішень і консультативних висновків Міжнародного

Суду ООН у контексті методології встановлення *opinio juris*. Підкреслюється погоджувальна природа норм міжнародного права, у зв'язку з чим відзначається, що узгодження воль держав у процесі міжнародної звичаєвої правотворчості стосується як змісту правила поведінки, так і визнання його в якості юридично обов'язкової норми міжнародного права.

Автором відзначається, що вихідна методологія, яка використовується для встановлення позиції держави, ґрунтувалася на презумпції або дедукції *opinio juris* із загальної та послідовної практики держав. Однак роль *opinio juris* змінюється. У зв'язку з чим висловлюється думка про достатність для виникнення звичаю лише прояву *opinio juris*.

Ключові слова: методологія, міжнародний звичай, узгодження воль держав, Міжнародний Суд ООН, практика держав, *opinio juris*.

Troyanovsky A. The methodological problems of determining *opinio juris*

Summary. The article is dedicated to the methodological issues of determining *opinio juris* in the formation of international customary law. A detailed analysis of the ICJ judgments and advisory opinions in the context of the methodology for determining *opinio juris* is given. The conciliation nature of international law is emphasized, in connection with what it is noted that the coordination of the wills of states in the international customary law-making process regards as to the content of practice, and as to its recognition as a legally binding international law rule.

The author notes that the initial methodology used to determine the state position was based on the presumption or deduction of *opinio juris* from a general and consistent state practice. However, the role of *opinio juris* is changing. Thus, it has been argued that solely *opinio juris* is completely sufficient for formation of customary law.

Keywords: methodology, international custom, agreement of wills, International Court of Justice, legal state practice, *opinio juris*.