

А. С. Смбатян

ОБЫЧНЫЕ НОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА И ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ КАК ИСТОЧНИК СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Аннотация. В отличие от национальных систем права, где писаное право обеспечивает исчерпывающее правовое регулирование общественных отношений, в международной жизни такая роль принадлежит обычному, неписаному международному праву. Выявление и применение международного обычая наряду с общими принципами права предопределяет довольно широкие возможности для судебного правотворчества. Выводы Международного Уголовного Трибунала по бывшей Югославии в рассматриваемой области внесли большой вклад в развитие международного уголовного права.

Ключевые слова: юриспруденция, международный, обычай, общий, принцип, выявление, правотворчество, уголовный, *opinio juris*.

В отличие от национальных систем права, где писаное право – нормативно-правовые акты либо прецеденты – обеспечивают исчерпывающее правовое регулирование общественных отношений, в международной жизни такая роль принадлежит обычному, неписаному международному праву. Несмотря на то, что значение договорного права изо дня в день возрастает, роль обычного права от этого нисколько не меркнет. Особое значение обычных норм и общих принципов права заключается в заполнении множества правовых пробелов, не урегулированных договорными нормами.

Выявление и применение международного обычая и общих принципов права предопределяет довольно широкие возможности для судебного правотворчества. Именно своими решениями органы международного правосудия (ОМП) ставят точку в процессе их формирования, либо посредством правоприменения создают первичный импульс для формирования таковых.

Процесс формирования обычных норм международного права является достаточно сложным ввиду отсутствия четких критериев, которым должны соответствовать обычно-правовые нормы. Статья 38 (1)(b) указывает международный обычай в качестве одного из источников права, определяя международный обычай как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Таким образом, Статья 38 приводит два квалифицирующих признака обычной нормы международного права: практику государств и *opinio juris*. То, каким образом должно быть выявлено наличие двух системообразующих признаков обычая, каковы их ключевые характеристики и признаки, свидетельствующие о завершении формирования новой нормы обычного международного права, Статут Международного Суда не поясняет.

Практика, будучи достаточно объективным и доказуемым критерием, являла собой ключевой элемент формирования обычая на этапе становления международного права, вплоть до середины прошлого столетия. Именно универсальная практика рассматривалась в качестве доказательства реального, стабильного применения соответствующих норм, а ее наличие определялось путем сравнения и аккумуляции практик отдельных государств. На этом этапе развития международного права значение практики в определенной степени перевешивало значимость *opinio juris*. Однако по мере усложнения международного взаимодействия, стремительного развития международного права и его распространения на сферы, ранее им не охваченные, на фоне усиления противоречий между государствами, обострения экономической конкуренции и целого ряда других факторов, установление практики как составного элемента формирования международного обычая стало затруднительно.

Не существует единого мнения относительно того, на протяжении какого времени должна существовать практика государств в соответствующей области; практика какого количества государств может рассматриваться в качестве репрезентативной; какое количество нарушений в последовательности такой практики делает невозможным дальнейшее формирование соответствующего обычая; что следует рассматривать в качестве безусловного свидетельства наличия *opinio juris*; являются ли практика и *opinio juris* равнозначными по своему значению в формировании международного обычая, или же в отдельных ситуациях один из этих признаков может быть приоритетным; должны ли критерии формирования международного обычая, указанные в Статье 38 Статута Международного Суда, оставаться

неизменными, или же они могут быть переосмыслены в контексте современного международного права.

Представляется, что обычная норма международного права представляет собой скорее непрерывный процесс, нежели устоявшееся правило. Поэтому, какими бы точными ни были критерии выявления обычая, они не могут быть раз и навсегда заданными. Их применение неразрывно связано с внутренним суждением судей, и их оценкой фактов, поведения государств и еще множества иных факторов. Более того, как будет показано ниже, вырабатываемые ОМП критерии являются весьма разнообразными в зависимости от конкретных обстоятельств рассматриваемых ими вопросов. С одной стороны, отсутствие единой методологии выявления обычной нормы международного права можно рассматривать в качестве непозволительного волюнтаризма, в результате чего ОМП в зависимости от политических и иных факторов могут принимать либо отвергать наличие той или иной нормы. С другой стороны, применение различных методологий выявления обычных норм можно расценивать в качестве способности ОМП учитывать всю многоаспектность международной жизни в интересах управления ими эффективного правосудия.

В решении *Nicaragua* Международный Суд отказался от классических критериев определения обычной нормы международного права в части ее подтверждения практикой государств подкрепленной *opinio juris*, указав, что в качестве *opinio juris* следует рассматривать резолюции Генеральной Ассамблеи ООН.¹ Суд фактически проигнорировал тот факт, что практика некоторых государств серьезно отличалась от того, что было изложено в резолюциях. В отличие от решения *Nicaragua*, при вынесении консультативного заключения *Legality of the Threat of Nuclear Weapons* Суд проанализировал как практику государств, так и резолюции Генеральной Ассамблеи ООН в качестве доказательства *opinion juris*. В этом случае практика государств была отрицательной – ядерное оружие не применялось со времен Второй мировой войны. В части доказательства наличия *opinio juris* то Суд пояснил, что в то время как одна резолюция не может рассматриваться в качестве определяющей, «серия резолюций может свидетельствовать о постепенной эволюции *opinio juris*, необходимого для установления новой нормы».² Суд, приняв во внимание тот факт, что в отношении некоторых из принятых резолюций ряд государств проголосовали против либо воздержались, сделал вывод о том, что они «сочли преждевременным

установление наличия *opinio juris* относительно незаконности применения такого оружия».³

Таким образом, практика Суда по выявлению обычной нормы международного права не всегда последовательна. Отсутствие внятной аргументации касательно применяемой в том или ином случае методологии выявления международного обычая снижает авторитет выводов Суда. Суждения о практике государств и *opinio juris* могут и должны быть различными, в зависимости от рассматриваемых судом вопросов. Однако при применении методологий, отличных от ранее провозглашенных, ОМП просто обязаны пояснить причины, по которым рассматриваемом случае они сочли необходимым дать иную оценку указанным факторам. Немотивированное применение различных методологий ослабляет прецедентную значимость сделанных ими выводов.

Международные уголовные трибуналы достаточно часто приходили к выводу о наличии (формировании) обычной нормы международного права после изучения судебной практики государств, поскольку единообразие судебных решений по определенным вопросам, свидетельствующее о том, что судьи различных государств придерживаются общего подхода в отношении рассматриваемого вопроса, может служить доказательством наличия международного обычая. В то же время формирование обычая в области международного уголовного права существенно отличается от формирования обычая в других отраслях международного права. В данной области практика играет гораздо меньшую роль. Так, систематическое нарушение соответствующих стандартов либо непоследовательность их соблюдения не должны рассматриваться в качестве доказательства их отсутствия. Поэтому уголовные трибуналы не могут в достаточной степени опираться на практику как один из системообразующих элементов международного обычая. ОМП, осуществляющие уголовное правосудие, вынуждены применять иные подходы к выявлению обычных норм международного права, в чем они значительно преуспели. Такое выявление нередко стало обретать форму совершенно явного правотворчества. В частности, уголовные трибуналы нередко «подтягивают» стандарты в области защиты прав личности до статуса обычно-правовых норм либо общих принципов даже в отсутствие соответствующей практики. Убедительным тому подтверждением является практика Международного Уголовного Трибунала по бывшей Югославии (МУТБЮ). Например, МУТБЮ в деле *Tadic* сделал целый ряд выводов относительно обычного международного права, не обосновывая их ни практикой государств, ни подкреплением *opinio juris*.

¹ *Nicaragua Case Merits* (1986) ICJ Reports. Paras. 184-188.

² *Legality of the Threat of Nuclear Weapons*. Para. 70.

³ *Ibid.* Para. 71.

В частности, МУТБЮ придал высокую юридическую значимость Римскому Статуту еще до его вступления в силу на том основании, что он был одобрен «большим количеством государств и может рассматриваться в качестве выражения правовой позиции, т.е. *opinio juris*».⁴ В решении по делу *Furundzija* Трибунал существенно расширил состав такого преступления как изнасилование, квалифицировав насильственное оральное проникновение как изнасилование, а не сексуальное насилие, не опираясь при этом на какие-либо примеры аналогичной квалификации из практики государств.⁵ Трибунал признал, что не все национальные правовые системы, включая законодательство Югославии, квалифицируют насильственное оральное проникновение как изнасилование. Однако, подобная квалификация, по мнению Трибунала, не противоречила принципу законности, поскольку «условия войны переводят поведение, которое могло бы расцениваться как сексуальное насилие, в категорию сексуального насилия с отягчающими обстоятельствами».⁶

В деле *Kupreskic* перед МУТБЮ, среди прочих, был поставлен вопрос о том, могли ли нападения на мусульманское гражданское население и гражданские объекты быть квалифицированы в качестве военных репрессалий. Для этого Трибуналу нужно было определить, обрели ли положения Первого Дополнительного протокола, запрещающие любые репрессалии в отношении гражданского населения и гражданских объектов, а именно, Статьи 51(6) и 52(1), характер «общих норм международного права»⁷ (Трибунал не всегда проводит различия между обычными и общими нормами и принципами международного права). Вопрос был сформулирован следующим образом: «являются ли Государства, не ратифицировавшие Первый Протокол (включая такие государства, как Соединенные Штаты, Францию, Индию, Индонезию, Израиль, Японию, Пакистан и Турцию), тем не менее, связанными общими нормами, имеющими тот же смысл, что и эти два положения».⁸ Следует обратить особое внимание на то, что многие из поименованных государств находятся в ряду наиболее сильных военных держав, в связи с чем практика именно этих государств в рассматриваемом контексте является показательной.

Уже на первом этапе проводимого анализа Трибунал пришел к выводу об отсутствии практики, свидетель-

ствующей о наличии полного запрета на применение репрессалий в отношении гражданского населения. Несмотря на это, Трибунал не сделал заключения об отсутствии искомой нормы обычного международного права. Оставшись неудовлетворенным сделанными выводами, Трибунал задался вопросом о том, применяются ли положения Первого Дополнительного протокола к не ратифицировавшим его государствам.⁹ Ответив на него положительно, Трибунал заключил, что положение Протокола, запрещающее применение любого рода репрессалий в отношении гражданского населения и гражданских объектов, обрели юридический статус обычных норм международного права, поскольку того требуют соображения человечности. Трибунал указал, что в рассматриваемой области *opinio iuris sive necessitates* играет гораздо более важную роль, нежели *usus*, сославшись при этом на оговорку Мартенса, которая «наглядно показывает, что принципы международного гуманитарного права могут возникать в рамках процесса формирования обычно-правовых норм под давлением требований человечности либо продиктованные общественным сознанием, даже когда практика Государств является незначительной и/или непоследовательной. Другая составляющая в форме *opinio necessitatis*, выкристаллизовывающаяся как результат влияния императивов человечности либо общественного сознания, может стать решающим фактором, провозглашающим появление общей нормы либо принципа гуманитарного права».¹⁰ Фактически МУТБЮ признал, что на момент рассмотрения данного дела обычное международное право искомой нормы не содержало, но поскольку, по мнению Трибунала, в силу императивов человечности такая норма должна была быть, Трибунал не преминул провозгласить ее наличие, фактически создав ее.

В своих умозаключениях Трибунал исходил из уже существующих в международном праве принципов человечности и общественного сознания, являющихся в большей степени моральными, нежели юридическими. Содержание указанных, как, впрочем, и большинства других принципов права, является неопределенным и должно всякий раз уточняться судьями *ad hoc*. Абстрактные по своему содержанию принципы каждый раз адаптируются к обстоятельствам рассматриваемого дела, потому что содержание и значение принципов всегда конкретизируется в контексте определенных споров. При толковании и применении принципов, особенно тех, что носят скорее моральный, нежели правовой характер, судьи, в силу присущих им неотъемлемых полномочий, вправе руководствоваться своим наилучшим суждени-

⁴ Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1 (Judgment of July 1999). Para. 223. (AC)

⁵ Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, 10.12.1998. Para. 178.

⁶ Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, 10.12.1998. Para. 178-184.

⁷ ICTY, Prosecutor v. Kupreskic et al. Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment of 14 January 2000. Para. 527.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

ем, что и было ими сделано. В данном случае Трибунал достаточно убедительно интегрировал указанные моральные принципы в юридическое поле, после чего обосновал сделанные им выводы сформулированными в итоге юридическими принципами. Таким образом, общие принципы права являются еще одним источником, предоставляющим судьям широкие возможности для правотворчества.

Статья 38(1)(с) Статута Международного Суда предусматривает, что наряду с конвенциями и международным обычаем при решении переданных на его рассмотрение споров Суд применяет «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Статут не содержит никаких пояснений на предмет того, когда и каким образом должны применяться общие принципы права, каковы признаки данного источника и, самое главное, каким образом общие принципы права должны вычлняться из конкретных правовых норм международного и национального права. Этот вопрос отнесен всецело на усмотрение судей, и вывод о наличии такого принципа, его содержании и применении зависит от их наилучшего суждения.

Представляется, что одной из основных задач общих принципов права является заполнение правовых пробелов в случаях, когда соответствующий вопрос не урегулирован ни договорными, ни обычными нормами международного права, либо урегулирован в недостаточной степени. Общие принципы права рассматриваются Международным Судом как некий «запасный вариант», к которому можно прибегнуть в случае необходимости, когда конвенция либо обычно-правовые нормы не содержат ясного ответа на поставленный перед ним вопрос. Как ни парадоксально, применение самим Международным Судом общих принципов права случается не часто. Очевидно, это связано с тем, что передаваемые на рассмотрение Суда вопросы носят либо системообразующий для международного права характер и, соответственно, их правовое регулирование осуществляется обычными нормами, либо такие вопросы носят совершенно конкретный, если не сказать прикладной характер, и регулируются договорными нормами. В случаях же, когда ответа на поставленный вопрос нет ни в одном из указанных источников, Суд либо квалифицирует такую ситуацию как *non liquet* и отказывается делать по нему какие-либо выводы, что, по нашему мнению, несовместимо с осуществлением судебных функций, либо ссылается на общие принципы права, что происходит еще реже. Среди ранних решений, в которых Судом был применен общий принцип права, можно отметить решение *Пролив Корфу*. В нем Суд установил «элементарные соображения гуманности, даже более строгие в период мира, нежели в период войны;

принцип свободы морского сообщения; и обязательство каждого Государства не допускать умышленно использование своей территории для совершения действий, нарушающих права других Государств» в качестве обоснования обязанности Албании нотифицировать о существующих минных полях в территориальных водах страны.¹¹ Ссылки на общие принципы права можно также обнаружить в особых мнениях судей.

С необходимостью применения общих принципов права чаще сталкиваются специализированные ОМП, поскольку именно они, как правило, разрешают споры в областях, являющихся для международного права относительно молодыми. Речь идет в первую очередь о международном уголовном праве.

Множество примеров выявления и применения общих принципов права можно найти в практике МУТБЮ. В первую очередь, такие принципы применялись МУТБЮ в целях заполнения правовых «пробелов». Так, при рассмотрении дела *Kunarak* Трибунал столкнулся с отсутствием в международно-правовых документах определения такого преступления против личности, как изнасилование. Для того, чтобы сформулировать собственное определение, что было необходимо для вынесения решения по рассматриваемому делу, МУТБЮ изучил соответствующие определения, как они были изложены в национальных правовых системах ряда государств. При этом Судебная Камера пояснила примененную методологию следующим образом (ввиду ее важности, цитата приводится полностью): «Ценность этих источников состоит в том, что они могут выявить «общие концепции и правовые институты», которые, если они являются общими для широкого спектра национальных правовых систем, раскрывают международный подход в отношении правового вопроса, что может рассматриваться в качестве соответствующего показателя международного права применительно к данному случаю. Рассматривая эти национальные правовые системы, Судебная Камера проводит исследования основных мировых правовых систем не с целью выявления специфических правовых норм, одобренных большинством правовых систем, но с целью рассмотрения, посредством изучения национальных правовых систем в целом, возможности идентификации определенных базовых принципов, либо, выражаясь языком решения *Furundziya*, «общего знаменателя» этих правовых систем, который включает в себя принципы, которые могут быть одобрены на международном уровне».¹² Примечательно, что

¹¹ ICJ Reports 1949, p. 22.

¹² Prosecutor v. Dragolyub Kunarak, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, IT-96-23 and IT-96-23/1, Judgment of 22 February 2001 (TC). Para. 439, footnote omitted.

выработанное МУТБЮ определение изнасилования впоследствии было признано Европейским Судом по правам человека как «отражающее общий, универсальный подход»,¹³ что является не только ярким примером судебного правотворчества, но и прецедентной силы выработанного определения.

Как правило, ОМП придерживаются весьма высоких стандартов при выявлении общих принципов права в национальном законодательстве. Анализ национальных правовых актов в контексте рассмотрения вопроса о наличии того или иного общего принципа права не является механическим в том смысле, что наличие соответствующих положений во внутригосударственных нормативно-правовых актах не всегда подразумевает наличие соответствующего общего принципа права. В связи с этим заслуживает внимания высказывание Апелляционной Камеры МУТБЮ о том, что «согласно доктрине общих принципов права, принятые в странах мира национальное законодательство и судебная практика не могут рассматриваться в качестве источника международных принципов и норм. Для допустимости подобного обоснования необходимо будет продемонстрировать, что большинство стран, если не все, придерживаются одинакового представления общей цели».¹⁴ Когда выводы о наличии общего принципа права подкрепляются подходом, разделяемым большим количеством государств, это, безусловно, повышает их убедительность и авторитет. В то же время следует учитывать, что изучение практики даже большинства государств представляется нереалистичным, поэтому такой анализ чаще носит выборочный характер.

Источником выявления общих принципов права являются также решения национальных судебных органов. С одной стороны, такие решения по своей юридической значимости не могут быть приравнены к решениям ОМП, поскольку национальные суды и арбитражи не являются частью системы международного судопроизводства. Однако с другой стороны, хорошо аргументированные выводы, сделанные национальными судами, вполне могут быть восприняты ОМП. Особенно это касается областей, в которых международное право является пока либо недостаточно разработанным, либо где международная прецедентная практика пока только формируется. Именно такой сферой и является международное уголовное право. Например, в решении по делу *Kupreskic* Трибунал указал, что «во многих случаях решения национальных судов, вынесенным в отношении международных преступлений в соответствии с Конвенцией

о геноциде 1948 г., либо Женевской Конвенцией 1949 г., либо Дополнительными Протоколами 1977 г. либо иными международными документами, может быть придана не меньшая значимость [чем решения международных судов]».¹⁵

В отношении обоснования сделанных выводов прецедентной практикой национальных судебных органов действует то же правило, что и в отношении национальных правовых актов: судебная практика по рассматриваемому вопросу должна быть репрезентативной, т.е. ОМП должен продемонстрировать, что достаточное количество судебных органов различных государств в своих решениях в отношении соответствующего вопроса разделяют общий подход. В противном случае выводы ОМП могут оказаться поспешными. В то же время не всегда отсутствие соответствующей практики государств, материализованной в виде правовых актов и судебных решений, означает и отсутствие соответствующего общего принципа либо обычной нормы международного права. Например, Постоянная Палата Международного Правосудия рассматривала национальные судебные решения лишь в качестве «фактов, выражающих намерение и утверждающих деятельность государств».¹⁶

МУТБЮ посредством принимаемых решений придал мощный импульс развитию международного уголовного права. Фактически он, как и Международный уголовный трибунал по Руанде, создал столь необходимую почву для учреждения Международного уголовного суда. Статут последнего широко отражает определения, заимствованные из других источников, включая практику уголовных трибуналов *ad hoc*.

Есть все основания полагать, что органы международного правосудия фактически уполномочены государствами действовать в наилучших интересах последних с целью урегулирования возникающих разногласий и повышения эффективности международного права, в т.ч. посредством уточнения содержания международно-правовых норм и принципов, заполнения «пробелов», адаптации их к меняющимся условиям международной жизни и потребностям общества. Создаваемое таким образом право становится неотъемлемой частью международного права.

Возможны при этом возражения в том духе, что при отправлении уголовного правосудия судьи должны быть более сдержанны, а правотворчество в данной области недопустимо. Однако, если бы последние утверждения

¹³ *MC v. Bulgaria* (Application No. 39272/98) 15 *Butterworths Human Rights Cases* 627, para. 163.

¹⁴ *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-A, 15.07.1999. Para. 225.

¹⁵ *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T, 14.01.2000. Para. 541.

¹⁶ *German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Reports, Series A, No. 7 (1926). P. 19.

были справедливы, то многие решения по конкретным юридическим вопросам, предложенные, например, МУТБЮ, подвергались бы жесткой критике. Но, если государства не соглашаются с результатами нормотворчества органов международного правосудия, они могут выразить свое несогласие посредством обоснованной критики. И в случае, если такая критика последует от значительного количества государств либо от наиболее затронутых из них, соответствующие выводы потеряют свое нормотворческое значение. Последующее приня-

тие либо принятие соответствующих выводов ОМП всецело зависит от его убедительности. Если решение, в котором, например, провозглашается обычно-правовая норма, в достаточной степени аргументировано и убедительно, то наличие либо отсутствие широкой индивидуальной практики государств по его признанию уже не так важно. Фактически индивидуальное согласие государств - классическая форма выражения *opinio juris* - обретает все более условный характер и постепенно уступает свое место многостороннему консенсусу.

Библиография

1. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 1072 с.
2. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах. / Под редакцией и с библиографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. – (Серия «Русское юридическое наследие»).
3. Тункин Г.И. Теория международного права. Под общей ред. проф. Л.Н. Шестакова. – М.: Издательство «Зерцало», 2006.

References (transliteration)

1. De Sal'via M. Precedenty Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodyashchie printsipy sudebnoy praktiki, otnosyashcheysya k Evropeyskoy konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002 g. – SPb.: Izdatel'stvo «Yuridicheskiy tsentr Press», 2004. – 1072 s.
2. Martens F.F. Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov. V 2-kh tomakh. / Pod redaktsiey i s bibliograficheskim ocherkom doktora yuridicheskikh nauk, professora V.A. Tomsinova. M.: Zertsalo, 2008. – (Seriya «Russkoe yuridicheskoe nasledie»).
3. Tunkin G.I. Teoriya mezhdunarodnogo prava. Pod obshchey red. prof. L.N. Shestakova. – M.: Izdatel'stvo «Zertsalo», 2006.