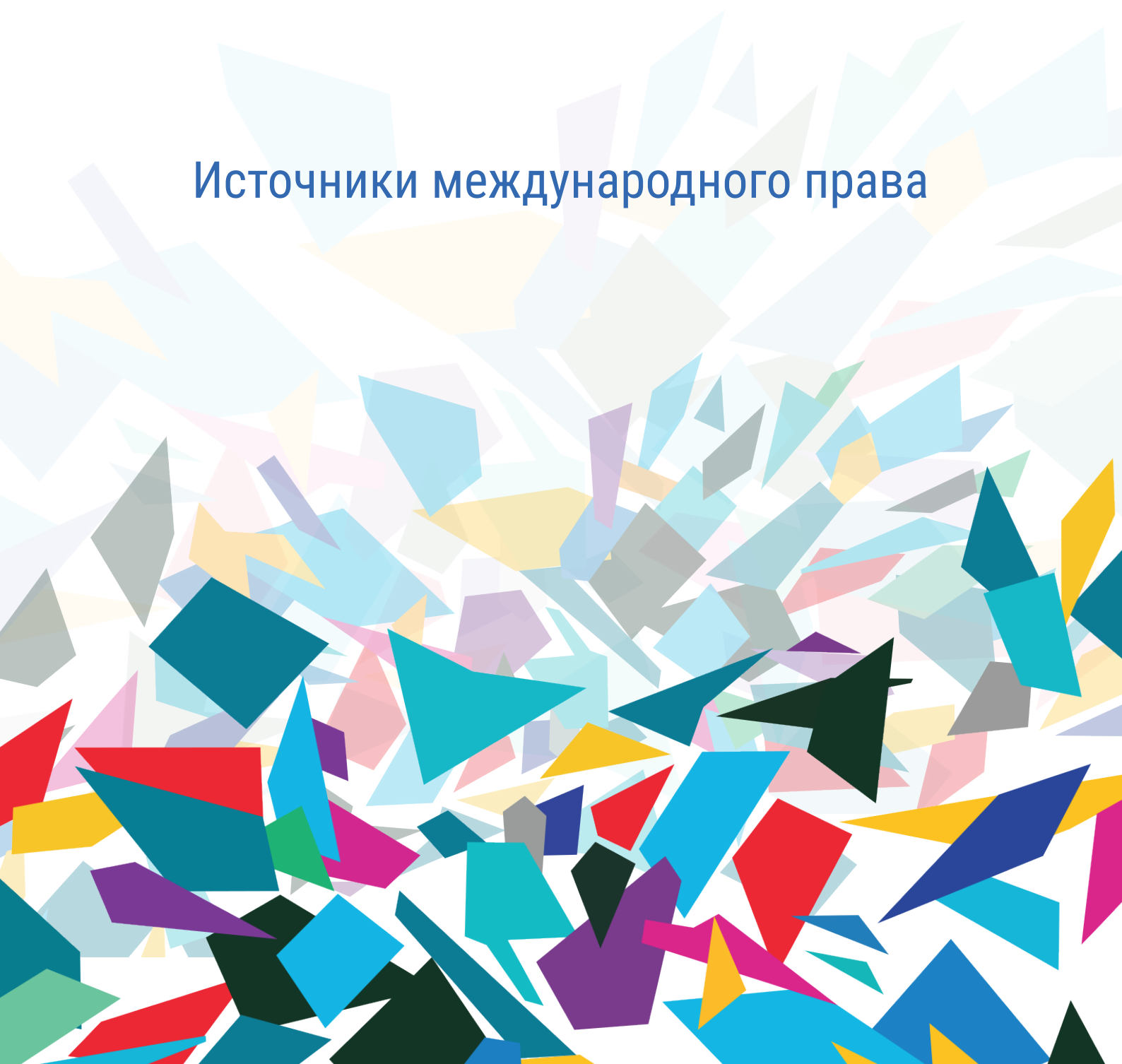




МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО I

Источники международного права





На предыдущих лекциях мы говорили о том, что в системе международного права не существует исполнительных, судебных и законодательных органов. Это в свою очередь порождает вопрос о том, откуда берут своё начало правила международного права.

Другими словами, стоит проблема обнаружения того иного правила, то есть, где оно может находиться, а также как можно определить, соответствует ли конкретное правило требованиям правовой нормы. Это еще больше усложняется анархическим характером международных отношений и противоречивостью законов разных суверенитетов. Тем не менее международное право существует и имеет определяющие его элементы. Существуют «источники», из которых правила могут быть извлечены и проанализированы.

Под «источниками» понимаются те положения, которые действуют в правовой системе на техническом уровне, и исключаются такие конечные источники, как разум или мораль, а также более функциональные источники, такие как библиотеки и журналы. Для того чтобы определить источники международного права, необходимо провести обзор процесса, по которому те или иные нормы международного права появляются на свет.

Для этого, видится необходимым обратиться к основным всеобъемлющим международным договорам.

Так, являющийся одним из важнейших документов, Статут Международного суда приводит полный перечень источников международного права. Согласно ст. 38 (1). Статута, при рассмотрении споров и вынесении решения в соответствии с международным правом Международный суд применяет следующее: международные договоры, соглашения, конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами; международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; общие принципы права, признанные цивилизованными нациями; с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Данный перечень нельзя считать исключительно правилами Международного суда. Этому есть несколько причин.

Во-первых, Международный суд решает споры «в соответствии с международным правом». Иначе говоря, если государства свой спор передали на рассмотрение Международного суда, определение международного права, которое регулирует отношения между сторонами, осуществляется в соответствии с вышеуказанным перечнем.

Во-вторых, все страны-участницы Организации Объединенных Наций являются также членами Международного суда в соответствии со статьей 93 Устава Организации Объединенных Наций.

И, в-третьих, правомерность и универсальность вышеперечисленных источников международного права еще никто никогда не оспаривал.

Обычай

В любом примитивном обществе есть свои правила поведения о том, какие действия разрешены, а какие – нет. В современном мире примитивных обществ немного. Поэтому в целом можно сказать, что роль обычаев в развитом обществе значительно снижена и сравнительно потеряла значение. А в международном праве, по мнению Малкольма Шоу, из-за природы международной системы и нехватки централизованных правительственных органов традиции стали мощным источником международного права.

Традиции возникают из опыта и поведения государств. Вопрос: когда такой опыт или поведение трансформируется в юридическое правило? Может быть, совершение государством определенных действий является всего лишь проявлением вежливости? Как можно узнать, что и для чего делает государство, если оно выполняет правительственные функции и состоит из тысячи официальных лиц, разделенных на министерства и департаменты?

Существуют разногласия относительно ценности обычной системы в международном



праве. Некоторые авторы отрицают, что сегодня обычай может иметь хоть какое-то значение как источник права, отмечая, что он слишком «неуклюжий» и медленный, чтобы приспособить эволюцию международного права, в то время как другие заявляют, что это динамичный процесс создания закона и более важный чем договоры, поскольку он имеет универсальное применение. Другая точка зрения признает, что обычай имеет ценность, поскольку он активируется спонтанным поведением и, таким образом, отражает современные проблемы общества. Однако, поскольку международному праву сейчас приходится бороться с массовым ростом темпов и разнообразия государственной деятельности, а также с тем, чтобы прийти к соглашению со многими различными культурными и политическими традициями, роль обычая воспринимается как значительно уменьшенная.

По мнению Малкольма Шоу, в каждом этом утверждении есть своя правда. В условиях широкого разнообразия противоречивого поведения государств, нелегко обнаружить появление нового правила обычного права, и есть огромные проблемы, связанные с сопоставлением всей важной информации. Это не всегда лучший инструмент для регулирования сложных вопросов, возникающих в международных отношениях, но в конкретных ситуациях он может отвечать непредвиденным обстоятельствам современной жизни. Малкольм Шоу приводит некоторые кейсы, которые показывают, что в определенных обстоятельствах можно наблюдать за возникновением так называемого «мгновенного» обычного права, которое может предписывать действующие правила, не подвергаясь длительному периоду своего созревания. Кроме того, обычай может часто сочетаться с уже запущенными сложными механизмами и прогрессивным развитием принципов международного права.

Определением обычая, согласно статье 38 Статута Международного суда является «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Здесь традицию составляют два основных элемента. Первый – материальный факт, то есть действие (поведение) государства, второй – признающее данное действие (поведение) «законом» (или правилом) субъективное и психологическое убеждение. Примерное такое же мнение было оглашено по спору между Ливией и Мальтой, который имел место в 1985 году. Международный суд в своем решении пришел к заключению, что традиционное право «должно изыскиваться из реального опыта государства и из «*opinio juris*» (опинио юрис).

Опинио юрис – это латинское выражение, которое констатирует убеждение субъектов международного права в юридической действительности нормы права.

Что является реальным опытом или правильной практикой – явление понятное. Однако утверждение о том, что действие должно совершаться только из-за того, что оно уже когда-то было совершено похожее действие, совершенно неправильно. Поэтому необходимо каждый элемент рассмотреть отдельно.

Материальный факт

Для определения природы определенной практики государства необходимо рассмотреть несколько элементов: длительность, однородность, повторяемость, всеобщность.

В международном праве элемент времени очень нестабилен. Например, сравнительно можно сказать, что если воздушное и космическое право развивается интенсивно, то другие отрасли международного права развиваются очень медленно.

Что касается других элементов, в кейсе под названием политическое убежище (*Asylum*), который рассматривался Международным судом в 1950 году, сказано, что традиционное правило «должно применяться государством-участником однородно и стабильно». Элементы однородности и стабильности (или стабильной повторяемости) международный суд рассмотрел еще в нескольких кейсах. Один из них – кейс Никарагуа против Соединенных Штатов Америки. Международный суд отметил, что абсолютное соответствие оспариваемого традиционного правила государственной практике не обязательно. То есть установлены границы однородности и повторяемости, которые не должны быть в обязательном порядке абсолютными.

Впоследствии Международный суд сделал следующее заключение: «Для определения



наличия традиционного права действие государства должно соответствовать этим правилам, и несоответствующее этим правилам действие государства, в целом, должно признаваться нарушением». Здесь имеет место и элемент всеобщности для всех государств.

Основной причиной появления традиционных правил является совершение государствами определенных правил ради своих интересов. Мощные державы имеют огромное влияние в международных отношениях. По мнению Малкольма Шоу, они оказывают влияние на формирование не только своей практики, но и на развитие практики других государств. Поэтому могут быть сделаны заключения о том, что традиционное правило подчиняется основным мировым силам. Элемент всеобщности в таком случае отодвигается на второй план.

Вокруг этой теории возникают различные споры, так как она имеет свойство, противоречащее принципу равенства.

Вообще, что такое опыт (практика) государства?

Традиционное право формируется тем, как себя ведет государство на практике. Доказательства в отношении того, что делает государство, берутся из различных источников. В качестве простых примеров можно привести административные акты, законодательство и судебные решения. Деятельность государства распространяется на все органы. Его действия осуществляются многими официальными органами власти. Поэтому информацию о государственной практике можно найти из газет и журналов, источников официальной информации и слов официальных лиц. Исторические записи, мемуары давних руководителей государств, слова правовых экспертов также могут дать информацию о государственной практике.

Решения Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, комментарии государств по поводу проектов комиссии международного права, решения институтов международного суда, международные договоры и общая практика международных организаций дают дополнительную информацию о государственной практике.

Международные организации по-своему формируют традиционные правила. В качестве примера можно привести рекомендационное мнение Международного суда. Согласно ему, Организация Объединенных Наций обладает международной формой. Это частично связано с тем, как себя ведет Организация Объединенных Наций.

Национальное право государства тоже играет свою роль в формировании традиционных правил. Например, в 1871 году Верховным судом Соединенных Штатов рассматривался кейс: британское судно «Скотиа» потопило американское судно. По решению суда, британские навигационные процедуры были утверждены актом Парламента, и многие государства внесли нормы данного акта в аналогичные правила в своем законодательстве. В связи с этим суд признал эти правила традиционными.

Для того чтобы уделить внимание другим источникам международного права, здесь мы закончим тему обычного права. Тем не менее, следует отметить, что дополнительную информацию об *opinion juris* (опинио юрис), протесте, региональном и местном традиционном праве, а также об изменениях в традиционном праве вы сможете получить в третьей главе книги Малколма Шоу.

А сейчас мы перейдем к одному из наиважнейших источников международного права – как международным договорам.

Международные договоры

По сравнению с традиционными нормами международные договоры представляют собой современный и продуманный способ в формировании международного права. Как показано в статье 38 Статута Международного суда ООН, одними из источников международного права



являются международные договоры, соглашения, конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами.

Международные договоры имеют различные названия. Это конвенции, международные договоры, пакты, основные акты, уставы, декларации и соглашения. Все они представляют сделку, то есть принятие государствами на себя прав и обязанностей при установлении определенных отношений посредством заключения между собой международных договоров.

Обязательная природа международных договоров возникает из одного из основных принципов международного права – *pacta sunt servanda*, то есть принцип обязательного исполнения договоров. Международные договоры могут быть законодательными или нормообразующими, то есть универсальными, или договорами-контрактами, которые заключаются между ограниченным количеством государств. Такое распределение зависит от общего и местного применения и разнообразия задач, поставленных перед договаривающимися сторонами.

Международные договоры – это конкретные соглашения. Это источник международного права, который заключается между государствами и заменяет законодательство в международной – правовой системе. В XX веке количество международных, особенно заключенных в рамках Организации Объединенных Наций, договоров резко возросло.

С повышением государственного контроля и увеличением влияния технологических и коммуникационных революций на международную жизнь многие проблемы требуют межгосударственного регулирования.

Многие писатели и ученые рассматривают международные договоры как важнейший источник международного права. Причиной этому является необходимость открытого согласия государства для того, чтобы стать членом международного договора. Поэтому по сравнению с традиционным правом международные договоры играют более значительную роль. В качестве примера можно привести Устав Организации Объединенных Наций, конвенции о дипломатических и консульских отношениях, международные пакты о правах человека. Такие договоры могут заключаться на любую тему. Международные договоры могут заключаться в рамках любого вопроса, начиная от освоения космоса и заканчивая контролем лекарственных средств и созданием международных институтов финансов и развития.

Из сущности международного договора вытекает, что, подобно контракту, он устанавливает ряд правил, которые затем считаются обязательными для сторон. Макклорм Шоу задается вопросом, как же тогда можно рассматривать такие конвенции как источники международного права, помимо обязательств, налагаемых на договаривающихся сторон? Именно в этом контексте можно применять термин «нормообразующие договоры». Они призваны иметь (всеобъемлющий) эффект в целом, а не ограничительный, и их следует противопоставлять тем договорам, которые регулируют ограниченные проблемы между несколькими государствами. Нормообразующие или законодательные договоры – это те соглашения, в соответствии с которыми государства разрабатывают свое восприятие международного права по любой заданной теме или устанавливают новые правила, которые должны служить руководством для будущего в их международном поведении. Такие правотворческие договоры, по необходимости, требуют участия большого числа государств, чтобы подчеркнуть этот эффект, и могут создавать правила, которые будут связывать все.

Они представляют собой нормативные договоры, соглашения, которые предписывают правила поведения, которым надлежит следовать. Примеры таких договоров могут включать Договор об Антарктике и Конвенцию о геноциде. Существует также много соглашений, которые заявляют о существующем законодательстве или кодифицируют существующие обычные правила, такие как Венская конвенция о дипломатических отношениях 1961 года.

Неподписанные и нератифицированные международные договоры могут быть обязательными для государств. Этот вопрос был поднят в тексте международного кейса под названием *Континентальный шельф Северного моря*. В данном деле спор затрагивал международную конвенцию о континентальном шельфе, которую Федеративная Республика Германия не ратифицировала. По этой причине суд решил, что правила этой конвенции не были обязательными для ФРГ.

Некоторые международные договоры могут утверждать традиционные правила. Такие



договоры обычно обязательны для всех государств. Причина тому не утверждение правила в договоре, а превращение этого правила в норму традиционного права.

Например, в Уставе Организации Объединенных Наций есть нормы по сохранению мира и безопасности. Одна из них, (п. 6 ст. 2) охватывает такую норму: «Организация, сохраняя указанные во второй статье принципы государств, не являющихся ее членами, должна убеждаться в своей дееспособности; это должно осуществляться в той мере, которая необходима для сохранения международного мира и безопасности».

Принятое в 1947 году Генеральное соглашение по тарифам и торговле утвердило всеобщий кодекс поведения в международной торговле. Некоторые международные договоры являлись предпосылками для создания международных организаций и стали дальше формироваться как своеобразная конституция этих организаций.

Если говорить о договорах-контрактах, то они охватывают вопросы определенной отрасли международного права с ограниченным количеством государств-участников. Такие договоры могут быть двухсторонними, и их тексты могут повторяться в процессе заключения государствами двусторонних договоров. Повторение договоров указывает на наличие традиционных правил по этой тематике. В качестве примера можно привести международные договоры о защите и поощрении двусторонних инвестиций, экстрадиции, выдаче земель посольству, пересечении границы и многие другие вопросы.

Уважаемые слушатели, на этом мы завершаем нашу первую лекцию, посвященную источникам международного права по книге Малколма Шоу. Следующую лекцию мы начнем с освещения общих принципов права.

Вопросы:

1. Если перечень, закрепленный в статье 38 Статута Международного суда, подлежит применению Международным судом, то почему он обязателен для всех государств – членов ООН?
2. Каким образом, по мнению Малколма Шоу, обычные нормы становятся таковыми?
3. Может ли не ратифицированный международный договор быть обязательным для применения между странами?

Литература:

1. A. Pellet, 'Article 38', in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm), 2nd edn, Oxford, 2012, p. 731
2. H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014