

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

УДК 341.01

Ю.В. Щёкин, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ ИЛИ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ДОГОВОР: КОНКУРЕНЦИЯ ИСТОЧНИКОВ В ПРИОРИТЕТЕ ЗАКРЕПЛЕНИЯ НОРМ ОБЩЕГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Сложный политический путь, который прошло человечество в течение XX ст., привел к пониманию необходимости существования неких универсальных норм, которые обладали бы абсолютной общечеловеческой ценностью и отступление от которых было бы недопустимо. Ход мировой истории эти нормы уже давно сформулировал и прочно закрепил в массовом сознании посредством норм морали, религии, традиции и, конечно, в национальных правовых системах. Для придания им универсального характера самым адекватным средством их правовой фиксации стало международное право, а именно та его часть, которая и закрепила так называемые нормы общего международного права – его общепризнанные принципы. Собственно, благодаря им международное право в глазах мировой общественности обрело всеобщую значимость и одновременно с этим прочный морально-правовой фундамент для построения глобальной международно-правовой нормативной системы.

Своё воплощение эти нормы получили в основных источниках – международно-правовом обычае и международном договоре. Вопрос о том, какой из них является преобладающим, уже долгие годы обсуждается в доктрине международного права. В этой полемике приоритет обычаям отдают Д. Анцилотти, Я. Броунли, М.В. Буроменский, Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле, Ж. Тускоз, международным договорам – М.А. Баймуратов, Г.М. Даниленко, И.И. Лукашук, Г.Д. Найко, С.Г. Пальчик, Г.И. Тункин, М.Е. Черкес и др.

Результаты дискуссии имеют практическое значение. Конституции многих стран мира содержат положения о приоритете норм общего международного права над нормами внутреннего права государств. Отметим, что словосочетание «нормы общего международного права» больше характерно для конституций, принятых в ряде стран Западной Европы после второй мировой войны (ст. 10 Конституции Италии, ст. 25 Основного закона ФРГ, ст. 96 Конституции Испании и др.). В текстах конституций постсоветских государств используется понятие «общепризнанные принципы и нормы международного права», которое в смысловом плане соответствует предыдущему (ст. 8 Конституции Беларуси, ст. 7 Конституции Венгрии, ст. 15 Конституции РФ, ст. 3 Конституции Эстонии). Оно же употребляется в ст. 18 Конституции Украины и в разделе X Декларации о государственном суверенитете Украины от 16 июля 1990 г.

В то же время ни одна из конституций не указывает на источник воплощения этих норм. Учитывая, что конституции и законы многих государств (в том числе и

Украины) содержат хорошо выписанные процедуры применения норм международного права, содержащихся в международных договорах, и почти полностью игнорируют нормы международного обычно-правового происхождения, возникает ситуация, когда создаются условия для применения только норм, имеющих договорно-правовое воплощение. Может ли это соответствовать наиболее полному и адекватному применению норм общего международного права во внутреннем порядке?

Внесение ясности в данную проблему и составляет цель настоящей статьи.

Наибольшая заслуга советской науки в отстаивании идеи закрепления норм общего международного права в международных договорах, бесспорно, принадлежит Г.И. Тункину. Неоднократно принимая участие в деятельности Комиссии международного права ООН по разработке различных многосторонних международных соглашений, впоследствии получивших универсальный характер, он полагал, что общее международное право с успехом может быть воплощено только в общих многосторонних договорах. В частности, ученый писал: «Концепция, согласно которой общее международное право является исключительно обычным правом, была правильной во времена Ваттеля и даже в XIX в. Однако в настоящее время эта концепция устарела и не отражает современной международно-правовой действительности. ... Существование большого количества многосторонних международных договоров, в которых участвуют все или почти все государства, а также значительная деятельность в области кодификации международного права создают положение, когда международные договоры становятся способом непосредственного создания, изменения и развития норм общего международного права [11, с. 122]. В то же время он соглашался с тем, что обычаи продолжают оказывать заметное влияние на формирование норм общего международного права, но считал, что со временем оно станет ничтожным.

Жизнь показала, что большинство общих многосторонних договоров действительно обрело универсальный характер, охватив своими обязательствами огромное количество государств, однако ни один из них не смог объединить все страны. Уже через сравнительно непродолжительный период времени практика применения этих договоров актуализировала вопросы по их изменениям и дополнениям. Поэтому Г.И. Тункин в последней статье, опубликованной в год его смерти, был вынужден согласиться с особой ролью международно-правового обычая в формировании норм общего международного права. Как некий компромиссный вариант он предложил идею «смешанных» ('mixed') – «договорно-обычных норм» ('treaty-customary norms') [19]. И хотя учёный на первое место вновь поставил договорный способ формирования норм общего международного права, он всё-таки признал, что этот способ неразрывно связан с обычно-правовым.

Почему же невозможно исключить обычай из процесса формирования общепризнанных принципов и норм общего международного права?

Д. Анцилотти, указывая на географическое расширение международного права как продукта европейской культуры на неевропейские страны и континенты и на превращение его в общее международное право, пишет: «Первоначально то были общие убеждения, которые мало-помалу приобрели силу норм, обязательных для всех государств, между которыми поддерживались отношения. Это были нормы, настолько связанные с характером и потребностями такого рода отношений, что их

поддержание представлялось неотделимым от соблюдения этих норм, а вступление нового сочлена в международное общение – от признания их в качестве общих, исторически обусловленных принципов самого общения» [1, с. 97]. Исследователь убеждён в том, что «общее международное право есть исключительно обычное право» по причине отсутствия «договора, участниками которого были бы все члены международного общения» [1, с. 97]. Общее международное право составляют «все нормы обычного права, существование которых удостоверено и применение которых не ограничено лишь определёнными субъектами (партикулярные обычаи)» [1, с. 97].

П. Маланчук предлагает такое определение общего международного права: «Понятие общего международного права можно определить как совокупность применяемых к большому количеству государств норм и принципов на основе обычного международного права или международных договоров. Если последние становятся обязательными для всех государств, на них часто ссылаются как на „всемирное международное право“» [8, с. 28-29]. Обращает на себя внимание то, что на первое место в закреплении норм общего международного права учёный поставил обычаи. Прежде всего именно с этим источником он связывает само понятие «общее международное право». Что касается роли двусторонних международных договоров (особенно, когда они были заявлены через союз «или», который в смысловом значении взаимоисключает один из предлагаемых в данном контексте вариантов) и механизма распространения на все государства обязательств, содержащихся в них, к сожалению, подробнее он не высказался. Предположим, что П. Маланчук имел в виду превращение двусторонних договоров в многосторонние, охватывающие по своему субъектному составу все государства мира. (Отметим, что в истории международного права было время, когда многосторонний международный договор, как особая форма закрепления многосторонних обязательств, ещё не был «изобретён». Ярким примером этому являются формально двусторонние, а фактически многосторонние Оснабрюкский и Мюнстерский договоры 1648 г, образовавшие широко известный Вестфальский мир [подробнее см.: 5]. Однако, как представляется, вряд ли уместно здесь развивать эту идею.)

Нгуен Куок Динь, П. Дайе и А. Пелле считают, что понятие «общая норма» необходимо толковать, «отталкиваясь от географии»: «Если рассматривать его под таким углом зрения, то общее международное право – это право, применяемое ко всемирному международному сообществу». При этом они акцентируют внимание на том, что «для многих юристов понятие международного сообщества есть понятие *юридического* сообщества, основывающееся на том обстоятельстве, что все государства подчиняются одному и тому же праву» [10, с. 14]. В качестве примера норм общего международного права ученые приводят императивные нормы по смыслу ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. [10, с. 14]

Пример французских исследователей весьма показателен, поскольку в международном праве тема императивных (*jus cogens*) норм, с одной стороны, имеет непреходящую актуальность, а с другой, – массу сложных научно-практических проблем. Так, в международных научных и политических кругах уже давно сложилось общее понимание необходимости существования неких всеобщих юридически обязательных правил международного общения, но в то же время крайне незначительно

единство в том, какие именно нормы международного права относятся к императивным. Как отмечает Я. Броунли, «существует больше правовых оснований, говорящих в пользу самой категории *jus cogens*, чем в пользу её конкретного содержания ... Однако в отношении некоторых положений *jus cogens* все государства пришли к общему согласию; это касается норм, относящихся к применению силы государствами, самоопределению и геноциду» [4, с. 192].

Кроме этого, массу вопросов вызывает установление наиболее адекватной, ведущей формы внешнего выражения императивных норм [мнение автора статьи см.: 15]. Ни один международный договор, ни одна правообразующая резолюция международной межправительственной организации чёткого толкования категории «императивная норма» или хотя бы приблизительного перечня этих норм не даёт. Упомянутая ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. скорее подчёркивает исключительную международную общественную значимость императивных норм, чем раскрывает их конкретные признаки: «Договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Поскольку это касается настоящей Конвенции, императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признаётся международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер». А ситуация, сложившаяся, в частности, в Комиссии международного права ООН при рассмотрении проекта статей об ответственности государств, повлекла за собой явное ухудшение положений об ответственности за нарушение императивных норм (прежде всего имеется в виду исключение из текста ст. 19, предусматривавшей и детализировавшей широко признанное в науке и практике деление международных правонарушений на международные преступления и международные деликты) [подробнее см.: 7, с. 240-278]. Это говорит о том, что данные проблемы будут разрешены ещё не скоро.

В связи с этим можно полностью согласиться с другим французским учёным – Ж. Тускозом, который утверждает, что «преимущества писаного права часто бывают более мнимыми, нежели реальными» [12, с. 203]. Поэтому не случайно абсолютное большинство учёных именно международно-правовой обычай считают наиболее адекватным способом внешнего выражения норм общего международного права. Я. Броунли, рассматривая императивные (*jus cogens*) нормы, прямо констатирует: «Это нормы обычного права, которые не могут быть отменены договором или в силу молчаливого согласия, а могут отпасть только после образования новых норм обычного права противоположного содержания» [4, с. 189].

Помимо императивных норм тему общего международного права в мировой доктрине и практике международного права тесно связывают с темой обязательств *erga omnes* (с лат. – касающееся всех), которые и составляют общее международное право, что непосредственно следует из их названия. Вопрос о соотношении норм *jus cogens* и обязательств *erga omnes* пока ещё недостаточно глубоко изучен в отечественной доктрине. В рамках же настоящего исследования отметим, что они также имеют главным образом обычно-правовой способ формирования. К такому выводу, в частности, можно прийти на основе анализа Резолюции Института международного права (2005 г.), посвящённой специально обязательствам *erga omnes*. В её ст. 1

указывается: «... Обязательство *erga omnes* это: а) обязательство на основе общего международного права, в соответствии с которым государство является обязанным в каждом конкретном случае перед международным сообществом, исходя из его общих ценностей и его заинтересованности в согласии, таким образом, что нарушение такого обязательства уполномочивает все государства предпринимать действия; или б) обязательство государства на основании многостороннего договора, стороной которого оно является, быть обязанным в каждом конкретном случае перед всеми другими государствами – сторонами того же договора, исходя из их общих ценностей и заинтересованности в согласии, таким образом, что нарушение этого обязательства уполномочивает все эти государства предпринимать действия» [18]. В преамбуле этой же Резолюции перечислены примеры общих фундаментальных ценностей, для защиты которых необходимы обязательства *erga omnes*: запрещение агрессии, геноцида, самоопределение, защита основных прав человека, окружающей среды [18].

Главной отличительной особенностью общепризнанных норм и принципов международного права, составляющих общее международное право, является их широкая пространственная сфера действия, охватывающая все страны и территории без каких-либо исключений. Это, впрочем, со всей очевидностью следует из смыслового содержания слова «общий». Международный договор, как один из основных способов закрепления норм международного права, с этой ролью в полной мере справиться не в состоянии. Поэтому, как полагает большинство учёных, она логично остаётся на долю другого основного источника международного права – международно-правового обычая.

К сожалению, данный ход рассуждения, основанный на исключении из возможных вариантов известных науке и практике международного права источников, а не на обстоятельном анализе причин и условий формирования норм общего международного права, ведёт к противоречивым и парадоксальным результатам. Действительно, можно прийти к выводу, что, с одной стороны, нормы общего международного права должны касаться всех и каждого: ведь мало кто в настоящее время будет оспаривать необходимость существования норм *jus cogens* и обязательств *erga omnes* в качестве стержневых элементов международно-правовой нормативной системы. А с другой – ведущим признаётся источник, наделённый, по убеждению большинства, массой таких явных недостатков по сравнению с международным договором, как отсутствие чёткой писаной формы выражения, четкой процедуры формирования, определённого круга участников и т.п.

Проиллюстрировать данное недоразумение хотелось бы ссылкой на К. Экономидеса, проводившего по поручению Совета Европы специальное исследование вопросов взаимодействия международной и национальных правовых систем. Касаясь закрепления в конституциях (в основном, европейских государств) норм, посвящённых указанному вопросу, учёный отмечает, что по сравнению с международными договорами такие источники международного права, как международно-правовые обычаи и общие принципы права, упоминаются в национальных основных законах весьма редко. «Причина, – пишет он, – бесспорно, состоит в том факте, что обычаи и общие принципы рассматриваются как неписанные источники международного права, и уровень ясности, точности и – исходя из окончательного анализа – безопасности, который они могут привнести в правовые отношения, не может да-

же в самой малой степени соперничать с соответствующими качествами международных договоров» [16, р. 15]. Исследователь считает, что «договоры – неоспоримо превосходящий источник международного права, функции которого значительно и постоянно расширяются, поскольку международные обычаи и общие принципы занимают более-менее вторичное положение – отчётливо подчинённое договорам – в классификации источников» [16, р. 16]. В связи с этим учёный рекомендует государствам, «особенно тем, которые принимают новые конституции, широко признавать это превосходство» [16, р. 17]. Что касается международных обычаев и общих принципов права, он советует государствам предоставлять им предпочтительно автоматический эффект ('preferably automatic effect'), чтобы все виды судов использовали эти источники чаще, «особенно в сферах международного права, которые ещё не кодифицированы» [16, р. 17]. К. Экономидес считает, что данные источники международного права недостаточно хорошо известны национальным судам (с чем, заметим, нельзя не согласиться).

Вместе с тем правовед обращает внимание на то, что в некоторых конституциях (Венгрии, Швейцарии) императивным нормам общего международного права (*jus cogens*) недвусмысленно предоставлен статус выше, чем нормам международных договоров. Не комментируя данный факт и, видимо, разделяя такой подход, учёный рекомендует государствам, особенно тем, которые принимают «новые конституции, предоставлять абсолютный приоритет императивным нормам общего международного права (*jus cogens*) над их национальным законодательством, включая свои конституции. ...Это требование сегодня почти всемирно ('universally') принято» [16, р. 17].

Возникает риторический вопрос: каким образом императивным нормам можно придать абсолютно приоритетный статус по отношению к конституциям и национальным законодательствам государств, если в отношении международно-правовых обычаев как основной формы их внешнего выражения рекомендуется учитывать превосходство международных договоров, которые в данном случае выполняются только вспомогательную функцию для установления этих норм? С нашей точки зрения, отмеченные противоречия являются результатом позитивистского понимания природы международного обычного права, которое доминировало в отечественной и зарубежной теории международного права почти на протяжении всего XX ст. Только на рубеже веков широкую научную поддержку получила позиция, отрицающая за так называемым молчаливым соглашением – теорией, составлявшей краеугольный камень позитивистского подхода, – какую-либо значимую роль в появлении международно-правовых обычаев [14; 17]. Стал формироваться естественно-правовой взгляд на этот источник, в соответствии с которым роль государств в его создании видится гораздо глубже, чем ранее. Эта роль заключается уже не только и не столько в молчаливо упорядоченном взаимодействии исполнительных ветвей власти разных государств, сколько в разностороннем, полном и насыщенном взаимном влиянии друг на друга различных обществ, в котором самое весомое значение принадлежит широким межличностным связям участников международных отношений [13]. Только из такого исторического опыта коллективного общения оказалось возможным появление правовых норм, направленных на обеспечение мирного общения государств и народов, а потому и получивших наивысшую универсальную общечеловеческую ценность, – норм и принципов, общепризнанных в

международном праве. Процесс их формирования даже теоретически невозможно свести только лишь к заключению международных договоров.

С этой позиции роль национальных правовых систем в формировании обычаев международного права является не второстепенной, а преобладающей. Особенно в этом смысле хотелось бы подчеркнуть значение национальных судов. Именно они своей деятельностью (осуждая использование какой-либо физической силы для урегулирования спорных ситуаций, запрещая посягательство на жизнь человека в какой-либо форме, подтверждая необходимость следовать договорным (контрактным) обязательствам, устанавливая ответственность за их несоблюдение и т.д. и т.п.) подготовили и укоренили в самом широком массовом сознании нормы, получившие в международном праве всеобщее признание. А в некоторых случаях они прямо указывали на существование в международном праве общепризнанных обычных норм. Наиболее известным примером здесь является признание национальным судом г. Луанда (Ангола) до закрепления в международных договорах (ст. 47 Дополнительного первого протокола 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г., Конвенции по борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наёмников 1989 г.), универсальной обычной нормы международного права, запрещающей наёмничество [подробнее см.: 2, с. 280-285; 3; 9, с. 127-129]. Характерно, что Е.В. Наден прямо называет этот национальный судебный процесс «первым известным прецедентом в международном праве» [9, с. 127].

Обращение к внутренним правовым отношениям не означает возврат к примату национального права над международным. В данном случае это своевременное указание на глубокие и напряженные связи международной и национальных правовых систем, их единые ценностные и морально-правовые начала. Иными словами, это путь к единому пониманию права, формируемому в своей основе из повторяемых общественных отношений [6, с. 179-183], прежде всего, из самых общих, наиболее широко признанных в международных масштабах правовых обычаев.

Таким образом, наиболее адекватной формой внешнего выражения (источником) норм общего международного права (его общепризнанных принципов и норм) является международно-правовой обычай. Его главное преимущество перед международным договором состоит в том, что он является первичным средством выражения тех универсальных морально-правовых ценностей, которое сформировались на основании многовекового исторического опыта общественных отношений, чем придали ему свойства, не зависящие от политической конъюнктуры.

Список литературы: 1. *Анцилотти Д.* Курс международного права: Т. 1: Введение: Общ. теория / Пер. с итал. – М.: Изд-во иностр. лит., 1961. – 448 с. 2. *Блищенко И.П., Дориа Ж.* Прецеденты в международном публичном и частном праве. – 2-е изд., доп. – М.: Изд-во МНИМП, 1999. – 472 с. 3. *Блищенко И.П., Жданов Н.В.* Наёмничество – международное преступление // Сов. ежегод. междунар. права, 1979. – М.: Наука, 1980. – С. 146-161. 4. *Брунли Я.* Международное право: В 2-х кн. – Кн. 2. – М.: Прогресс, 1977. – 511 с. 5. *Дмитрієв А.І.* Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право: Монографія. – К.: Інститут держ. і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 426 с. 6. *Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина.* – Х.: Право, 2002. – 432 с. 7. *Лукашук І.І.* Право міжнародної відповідальності. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 432 с. 8. *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. – Х.: Консум, 2000. – 592 с. 9. *Наден О.В.* Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблеми протидії: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – 264 с. 10. *Нгуєн Куок Динь, Дайє П., Пеле А.* Международное публичное право: В 2-х т. – Т. 1: Кн. 1.: Формирование международного права. Кн. 2.: Международное сообщество / Пер. с фр. – К.: Сфера, 2000. – 440 с. 11. *Тункин Г.И.* Теория международного права. – М.: Зерцало, 2000. – 416 с. 12. *Тускоз Ж.* Міжнародне право: Підручник. Пер. з

фр. – К.: „АртЕк”, 1998. – 416 с. **13.** *Щокін Ю.В.* Недержавні учасники процесу утворення міжнародно-правових звичаїв // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 129-140. **14.** *Щокін Ю.В.* Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії „мовчазної” угоди // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 162-171. **15.** *Щокін Ю.В.* Роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні імперативних норм міжнародного права // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48). – С. 242-251. **16.** *Economides C.* The Relationship between International and Domestic Law. – Council of Europe Press, 1994. – 24 p. **17.** *International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law.* Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). – 66 p. // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>. **18.** Obligations *Erga Omnes* in International Law. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 (текст резолюції см. на сайті Ін-та междунар. права: www.icj-cij.org). **19.** *Tunkin G.* Is General International Law Customary Law Only? // European Journal of International Law. – 1993. – No. 4. – P. 534-541.

Надійшла до редакції 10.09.2007 р.