

Summary

Shpak I. V. The influence of the International Court of Justice jurisprudence on development of customary international law. — Article.

The article is dedicated to some issues regarding the influence of the law application by the International Court of Justice and its advisory practice on molding and further progressive development of customary international law. Using some Court's judgments and advisory opinion pronounced at different times as examples, actual forms of the influence and its consequences for the system of international law sources have been considered.

Keywords: sources of international law, customary international law, International Court of Justice, application of international law, progressive development of international law.

УДК 341.01:340.141

А. В. Трояновский

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОБЫЧАЙ В XXI ВЕКЕ: СТАРЫЕ И НОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Проблема источников международного права в современных условиях приобретает огромное значение, вместе с тем в международно-правовой литературе этому вопросу посвящено не так много работ. «Необходимость возрождения доктрины источниковедения международного права диктуется так же и тем, что бурное развитие многих отраслей международного права привело к ситуации, когда качество источников международного права присваивается формам, таковыми не являющимся» [1, 3].

Как известно, одним из основных общепризнанных источников международного права является международный обычай. Проблема обычных норм международного права является одной из самых сложных теоретических проблем международного права. Именно поэтому вопрос об обычных нормах международного права был предметом постоянного внимания специалистов в течение столетий. Среди них следует назвать таких авторов, как: Л. А. Алексидзе, Э. Х. де Аречага, А. Бекманн, К. А. Бекашев, Р. Бернхардта, Я. Броунли, Г. М. Даниленко, В. Н. Дурденевский, П. Е. Казанский, А. Я. Капустин, Ф. И. Кожевников, В. М. Корецкий, Д. Б. Левин, И. И. Лукашук, Ф. Ф. Мартенс, Н. М. Минасян, А. Н. Талалаев, Г. И. Тункин, М. В. Филимонова, Ч. Ч. Хайд, С. В. Черниченко, Г. Шварценбергер, В. М. Шуршалов. Этот перечень не является исчерпывающим.

В Статуте Международного Суда ООН международный обычай определен «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Как подтвердил Международный Суд в решении от 27 июня 1986 г. по делу «О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США)», международный обычай включает два элемента: 1) объективный элемент — общность практики и 2) субъективный — признание в качестве правовой норм, называемое *opinio juris*.

Для становлення міжнародного обычая требуется достаточно общая и устойчивая практика государств. В литературе отмечалась некорректность употребления в русском тексте Статута термина «всеобщая» практика. В частности, профессор И. И. Лукашук пишет, что «неточность перевода может иметь юридическое значение: «всеобщая» означает принятие всеми государствами, «общая» — большинством государств» [2, 81]. Международный Суд уже в одном из ранних своих решений дал понять, что речь идет не о всеобщем принятии, а об «общепринятой практике государств» [3]. И хотя всеобщности практики не требуется, она должна быть достаточно «представительной» и включать, по крайней мере, главные политические и социально-экономические системы. Степень общности практики может варьироваться и зависит от предмета таким образом, что обязательность обычно-правовой нормы может требовать большей общности практики. Например, для возникновения общей обычной нормы характера *ergo omnes*.

В оценке формирования международного обычая практика государств должна также включать практику государств, «чьи интересы затронуты особо» [4], что, однако, не нарушает принципа суверенного равенства государств. Так, практика великих морских держав будет более существенна для формирования обычая в морском праве, чем практика внутриконтинентальных государств, что, тем не менее, не означает, что одни государства более важны или влиятельны, чем другие: некоторые государства будут прямо затронуты новым правилом, поэтому их практика более значима.

Практика должна быть также достаточно устойчивой, стабильной. Касаясь действий, необходимых для создания обычной нормы, Международный Суд отметил, что они должны «возвышаться до уровня установившейся практики». Вместе с тем и в этом случае требование устойчивости не является абсолютным, не означает, что поведение государств должно полностью совпадать с формирующейся нормой. В решении по делу «Никарагуа против США» говорится: «Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно совпадать с нормой. Суду представляется достаточным, чтобы поведение государств в общем следовало этим нормам» [5].

Формы практики многообразны. Они имеют существенное юридическое значение и служат доказательствами обычного права. Все эти формы можно разделить на два основных вида. К первому следует отнести собственно поведение государств, не находящее отражения в каких бы то ни было актах (основная форма пассивной практики), ко второму — документы, отражающие в более или менее четкой форме позиции государств: договоры, судебная практика, национальное законодательство, дипломатическая корреспонденция, мнения национальных юристов и т.д.

Для становления обычая большое значение имеет также продолжительность практики. В то же время Международный Суд ООН указывает, что «краткость прошедшего периода не является непременно препятствием для формирования новой нормы обычного международного права на основе первоначально чисто

конвенционной нормы» [6]. В связи с этим возникла категория «мгновенного обычая» [7] — концепция, заключающаяся в отрицании важности практики государств и существенности фактора времени в формировании обычного международного права и опирающаяся исключительно на *opinio juris*, выраженное в необязательных резолюциях и декларациях, как составляющий элемент обычая [8, 83].

Статья 38 (п. в ч. 1) Статута Международного Суда отсылает к международному обычаю «как доказательству всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Таким образом, вторым — субъективным — элементом международного обычая является *признание* практики государств в качестве *права*. Практика государств сама по себе недостаточна для формирования обычая. Необходимо, чтоб практика сопровождалась уверенностью, что она обязывает государства именно как право. Эта уверенность государств в обязательности содержания практики известна как *opinio juris sive necessitatis* (либо короче — *opinio juris*).

В деле по теплоходу «Лотос» Постоянная палата международного правосудия указала, что *opinio juris* является существенным для формирования международного обычая [8, 82]. Это положение было подтверждено решением Международного Суда ООН по делу о шельфе в Северном море и с тех пор является общепризнанным.

Остается проблема подтверждения намерения рассматривать ту или иную практику как правовое правило.

Профессор Я. Броунли считает, что из практики Международного Суда ООН вытекает два метода доказательства наличия *opinio juris*: «По многим делам Суд предполагает существование *opinio juris* на основе свидетельствования либо общей практики, либо единого мнения в литературе, либо в предыдущих решениях Суда или других международных трибуналов. Однако в отдельных особо значимых решениях (дело по теплоходу «Лотус», дело о континентальном шельфе Северного моря, дело Никарагуа) (Суд. — А. Т.) применил более жесткий подход и назвал более позитивные доказательства юридической силы правил, содержащихся в практике государств. Выбор подхода, похоже, зависит от характера вопроса и усмотрения суда» [9].

Представляется правильным определить *opinio juris* как признание субъектами международного права характера юридической нормы за правилом, сложившимся в практике или сформулированным иным образом. Такое признание может быть дано в ясно выраженной форме заявления или другого официального акта. Но наиболее распространенной является форма молчаливого или подразумеваемого признания. Отметим, что при формировании норм общего международного права основную роль играет отсутствие протеста.

Существует также *opinio juris*, которое может быть названо негативным, либо отрицательным. Встречается мнение, будто существует и негативное обычное право. А. Бекманн пишет: «Негативное обычное международное право возникает, когда единодушная, опирающаяся на правовое убеждение практика государств исходит из того, что определенная общая норма обычного междуна-

родного права не существует» [10]. Однако представляется, что в данном случае правильнее говорить об отрицательном *opinio juris*, поскольку речь идет не о норме, а о признании нежелательным создание соответствующей нормы или о признании ее отсутствия. Если бы речь шла о негативном праве, то оно бы не только отрицало существование нормы, но и запрещало соответствующие действия. В отличие от этого отрицательное *opinio juris* не делает неправомерными соответствующие действия и сложившееся в практике правило, ограничиваясь непризнанием за ним правового характера.

Сказанное подтверждается и мнением другого немецкого юриста, известного специалиста в области обычного права Р. Бернхардта, который пишет, что если «сообщество государств недвусмысленно и без каких-либо возражений считает определенные действия, которые ранее не встречались, неправомерными, то *opinio juris* может быть достаточно даже при полном отсутствии практики» [11]. Заметим, что это высказывание еще раз подтверждает самостоятельное юридическое значение *opinio juris* в особом аспекте.

Завершая рассмотрение *opinio juris*, коснемся позиции Международного Суда в этом вопросе. Приходится считаться с тем, что Суд обязан руководствоваться соответствующим положением ст. 38 своего Статута. Значение этого момента подчеркивается в его решениях: «Будучи обязан статьей 38 своего Статута применять помимо прочего международный обычай «как доказательство общей практики, принятой как право», Суд не может не учитывать существенную роль, принадлежащую практике». На этом основании Суд не признал достаточным наличие не подтвержденного практикой *opinio juris* ни для создания нормы, ни для определения ее содержания: «С этой целью необходимо выяснить, существует ли та или иная норма обычного права в *opinio juris* государств и убедиться в том, что это подтверждено практикой» [12].

Интересным с теоретической и практической точек зрения является вопрос о возможности параллельного существования и применения договорных и обычных норм. В деле «Никарагуа против США» перед Международным Судом был поставлен вопрос, продолжают ли и далее связывать стороны нормы обычая о применении силы и интервенции параллельно с существованием обязательств по Уставу ООН. Суд отметил, что «даже если договорная норма и норма обычного права, касающаяся данного спора, имели абсолютно одинаковое содержание, то для Суда это не могло бы служить основанием считать, что юридическое действие данной договорной нормы должно в обязательном порядке лишиться данную норму обычного права ее самостоятельной применимости» [12].

Является тавтологией, что международный обычай и международный договор обладают одинаковой юридической силой, являясь равнообязательными источниками международного права. Хотя встречаются и такие юристы-международники, которые полагают, что международный обычай — наиболее важный способ правотворчества, и квалифицируют международный обычай как иерархически более высокую форму создания норм международного права, чем международный договор. Например, по мнению Г. Кельзена, «то, что международный договор является правообразующим фактором, то, что международ-

ним договором создаются права и обязанности или, иными словами, что международный договор обладает юридически обязательной силой, всем этим он обязан норме обычного международного права, которую обычно выражают формой *pacta sunt servanda*. «Эта норма, — писал далее Г. Кельзен, — является основанием действительности международных договоров. С учетом основания его действительности договорное право является рангом ниже, чем обычное право. Международный обычай представляет собой высший уровень в иерархической структуре международного правопорядка по сравнению с договором» [13, 314].

Правда, еще в начале XX века П. Е. Казанский говорил, что «будущее принадлежит, конечно, не обычаю, а договору народов» [14, 114]. Есть также мнения, в соответствии с которыми международное обычное право находится в состоянии кризиса [15]. Некоторые авторы пошли еще дальше, говоря о возможности отмирания международного обычая [16]. Однако современная практика международного права показывает, что международный обычай по-прежнему служит важным элементом международного права и, как пишет Г. М. Даниленко, «является необходимым элементом эффективности современного международного права» [17, 129].

Тем не менее, в ст. 38 Статута Международного Суда отсутствуют какие-либо указания на приоритетность либо иерархию источников международного права. Кроме единственного упоминания «вспомогательных средств» в п. d ч. 1 ст. 38 Статута, мы не находим, в каком порядке должны применяться источники международного права. Хотя в проекте ст. 38 Статута содержались слова о приоритетности: «перечисленные источники должны применяться Судом в приведенном ниже порядке (a — d)» [7, 97], — однако они были убраны и не вошли в окончательную редакцию статьи.

Отсутствие в ст. 38 Статута каких-либо указаний на иерархию источников отражает правовую природу международного права, и, в принципе, не возникает каких-либо проблем с тем, что правила, возникающие на основе разных норм, могут применяться комплементарно. Однако в случае возможных коллизий, положения какого источника будут применяться?

В теории международного права прочно устоялась концепция норм *jus cogens* — норм общего международного права, которые принимаются и признаются международным сообществом государств в целом как нормы, отклонение от которых недопустимо и которые могут быть изменены только последующими нормами общего международного права, носящими такой же характер [18]. Государства не могут отойти от норм *jus cogens* в положениях договора либо правилах обычая (не обладающих такой же юридической силой), а договоры и обычаи, противоречащие им, являются недействительными и ничтожными. Таким образом, нормы характера *jus cogens* занимают высшую ступень в иерархии источников международного права.

Сложнее обстоит дело с соотношением договора и обычая: оба они являются основными источниками и одинаково важными компонентами международного правопорядка.

Как правило, договор и обычай довольно гармонично взаимодействуют, дополняя действие друг друга. Договор может кодифицировать обычай или привести к возникновению нового обычая. Государства могут пересмотреть содержание обычая путем заключения договора, положения которого в свою очередь могут быть изменены последующим новым обычаем. Иными словами, договор и обычай являются источниками одинаковой юридической силы.

Трудности возникают в случае, если договор и обычай предусматривают разные или противоречащие обязательства. В случае такого конфликта, правила какого источника подлежат применению?

Одно из решений возможно путем применения принципа *lex posterior derogat legi priori*: если два правила по одному и тому же вопросу содержат разные положения, применяются правила, принятые позднее во времени. Однако сложности возникают с моментом определения возникновения обычая. Поэтому в решении возможных конфликтов применимы могут быть два других принципа — *lex specialis derogat legi generalis u lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*.

Эта логика прослеживается и в положениях Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Так, в случае последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, в соответствии со статьей 30 Конвенции, при условии, что все участники предыдущего договора являются также участниками последующего договора, применяться будут положения последующего договора в соответствии с принципом *lex posterior derogat legi priori*. Определенные уточнения вносит в это правило ст. 103 Устава ООН: «В том случае, когда обязательства членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу», — устанавливая безоговорочное преимущество положений Устава ООН по сравнению с положений других норм международного права договорного и обычного характера.

Но огромное значение обычая состоит в первую очередь в том, что главной формой существования основных принципов современного международного права служит *обычай* (выделено нами. — А. Т.). Это отмечают даже те юристы-международники, которые отдают предпочтение не обычаю, а международному договору. Например, такого мнения придерживался Д. Анцилотти. Он писал, что «молчаливые соглашения и дальше имеют важное значение в международных отношениях потому, что наиболее общие принципы правопорядка... вытекают именно из обычаев, тогда как международные договоры касаются определенных предметов и, по общему правилу, имеют более ограниченную область применения» [19, 84–85].

Несмотря на то, что высказываются мнения о том, что «обычное право в современном международном праве является неприемлемой фикцией» [20, 115–116], хотелось бы все-таки констатировать, что в международном праве обычай продолжает играть существенную роль, и закончить этот небольшой очерк словами французского писателя Жозефа Жюбера: «Лучшие законы рождаются из обычаев».

Література і примечания

1. Луткова О. В. К вопросу о необходимости возрождения доктрины источниковедения международного права // *Международное публичное и частное право*. — 2004. — № 5. — С. 3–7.
2. Лукашук И. И. *Международное право. Общая часть: учебник* / И. И. Лукашук. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2001. — С. 81.
3. Решение по делу о рыболовстве от 18 декабря 1951 года [Электронный ресурс] // Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда ООН (1948–1991) / ООН. — Нью-Йорк, 1993. — С. 27. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf.
4. Например, в решении от 20 февраля 1969 года по делу о континентальном шельфе Северного моря Международный Суд ООН указал, что «широкое признание и представительное участие в конвенции может служить показателем того, что конвенционная норма становится общепризнанной нормой международного права... (для чего) необходима ... правоприменительная практика ... государств, чьи интересы затронуты особо» (Дела о континентальном шельфе Северного моря: решение от 20 февр. 1969 г. [Электронный ресурс] // Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда ООН (1948–1991) / ООН. — Нью-Йорк, 1993. — С. 94. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf).
5. Дело о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США): решение от 27 июня 1986 г. [Электронный ресурс] // Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда ООН (1948–1991) / ООН. — Нью-Йорк, 1993. — С. 204. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf.
6. Дела о континентальном шельфе Северного моря: решение от 20 февр. 1969 г. [Электронный ресурс] // Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда ООН (1948–1991) / ООН. — Нью-Йорк, 1993. — С. 94. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf.
7. Cheng B. *United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law?* // *Indian JIL* (1965), 23.
8. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: пер. с англ. / П. Маланчук. — Х.: Консум, 2000. — 592 с.
9. Brownlie I. *Principles of Public International Law* / I. Brownlie. — 6th ed. — Oxford University Press, 2003.
10. Beckmann A. *Zur Feststellung und Auslegung von Volkergewohnheitsrecht* // *ZaoRV*. — 1977. — Bd. 37, N 3–4. — S. 511. Цит. по: Лукашук И. И. *Нормы международного права* / И. И. Лукашук. — М.: Спарк, 1997. — С. 233.
11. Bernhardt R. *Customary International Law* // *Encyclopedia of Public International Law*. — Amsterdam, 1984. — Vol. 7. — P. 65. Цит. по: Лукашук И. И. *Нормы международного права* / И. И. Лукашук. — М.: Спарк, 1997. — С. 234.
12. Дело о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США): решение от 27 июня 1986 г. [Электронный ресурс] // Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда ООН (1948–1991) / ООН. — Нью-Йорк, 1993. — С. 204. — Режим доступа: http://www.icj-cij.org/homepage/ru/files/sum_1948-1991.pdf.
13. Kelsen H. *Principles of International Law* / H. Kelsen. — N.Y., 1952. — 461 p.
14. Казанский П. Е. *Введение в курс международного права* / П. Е. Казанский. — О., 1901.
15. Condorelli A. *Custom // International Law: Achievements and Prospects* / UNESCO. — Paris, 1991. — P. 183.
16. *Международное право*. В 6 т. Т. 1. — М., 1967. — С. 186.
17. Даниленко Г. М. *Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая* // *Советский ежегодник международного права*, 1984. — М., 1986.
18. См. ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. // *Международное право: сб. док.* / [А. В. Трояновский, Ю. В. Чайковский]; под ред. М. Е. Черкеса. — О.: Фенікс, 2010. — 768 с.
19. Анцилотти Д. *Курс международного права. Т. 1. Введение. Общая теория* / Д. Анцилотти; пер. с ит. А. Л. Саккети, Э. М. Фабрикова; под ред. Д. Б. Левина. — М.: ИЛ, 1961. — 457 с.
20. Lupis I., de. *The Concept of International Law* / I. de Lupis. — Uppsala, 1987.

Аннотация

Трояновский А. В. Международный обычай в XXI веке: старые и новые проблемы. — Статья.

Проблема обычных норм международного права является одной из самых сложных теоретических проблем международного права. Являясь одним из основных общепризнанных источников международного права, роль обычая в современном международном праве не остается неизменной. Основные дебаты при этом ведутся вокруг двух элементов обычая — практики и *opinio juris*. Безусловно, ревизия этих позиций приведет к пересмотру и способов возникновения обычая, а также сферы применения и обязательности обычая.

Ключевые слова: международный обычай, всеобщая практика, *opinio juris*, мгновенный обычай, источники международного права, *jus cogens*.

Анотація

Трояновський О. В. Міжнародний звичай у XXI столітті: старі та нові проблеми. — Стаття.

Проблема звичайних норм міжнародного права є однією з найбільш складних теоретичних проблем міжнародного права. Будучи одним з основних загальноновизнаних джерел міжнародного права, роль звичаю у сучасному міжнародному праві не залишається незмінною. Основні дебати при цьому ведуться навколо двох елементів звичаю — практики і *opinio juris*. Безумовно, ревізія цих позицій призведе до перегляду і способів виникнення звичаю, а також сфери застосування та обов'язковості звичаю.

Ключові слова: міжнародний звичай, загальна практика, *opinio juris*, миттєвий звичай, джерела міжнародного права, *jus cogens*.

Summary

Troyanovsky A. International Custom in 21st Century: Old and New Problems. — Article.

The problem of customary international law is one of the most difficult theoretical problems of international law. Being one of the commonly recognized sources of international law, the role of custom in modern international law does not remain unchangeable. The main debates in this case revolve around the two elements of custom — practice and *opinio juris*. Certainly, revision of these positions will lead to a revision of ways of formation of custom and its binding force.

Keywords: international custom, general practice, *opinio juris*, instant custom, sources of international law, *jus cogens*.

УДК 341.232.2:339.74

Н. А. Якубовская

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В РЕГУЛИРОВАНИИ ГЛОБАЛЬНЫХ ДИСБАЛАНСОВ: НЕУДАЧНЫЙ ОПЫТ БРЕТТОН-ВУДСКИХ УЧРЕЖДЕНИЙ

С середины 1990-х годов, когда наблюдалось масштабное перекачивание финансовых ресурсов из развивающихся стран в развитие, в мировой экономике начали формироваться глобальные дисбалансы, оказывающие существенное влияние на состояние международных финансов и торговли. Причиной глобальных дисбалансов является наличие масштабных дефицитов счета текущих операций платёжных балансов развитых стран и значительных положительных сальдо данного счета в развивающихся странах. Мировой финансово-экономический кризис 2008–2009 годов обострил ситуацию. В связи с этим

© Н. А. Якубовская, 2011