

# УЧАСТИЕ ОРГАНОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ СОГЛАСНО КОНЦЕПЦИИ «ЖИВОГО» ПРАВА

**Алёна Захаровна МАНЫК**, ассистент кафедры Европейского права и сравнительного правоведения Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

## *THE PARTICIPATION OF INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES IN INTERNATIONAL LAW-MAKING PROCESS UNDER THE CONCEPT OF “LIVING” LAW*

*The article is devoted to the urgent problem of international law-making. The problem of law-making of international “living” law is closely linked to the actual problem of the subject’s composition of modern international relations. Today on the international scene more and more active participants become international justice authorities which are directly involved in law-making and law-enforcement during the implementation of their own international legal personality instead states as the primary subject of international law. Moving of the main function in law-making of the international law from the states to international justice authorities is caused by the needs of the subjects in specific international relationships that require from modern international law rapid adoption of laws, quality of response on urgent needs and effectiveness of their enforcement. According to the changes in the subject’s composition of law-making, there are also changes in the enforcement process, which are characterized in a “living” international law by a higher percent of efficiency compared with the classic law-enforcement on the basis of positive law.*

**Keywords:** law-making, decision, international justice authorities, interpretation, “living” law, international law.

*Статья посвящена актуальной проблеме международного правотворчества. Проблема правотворчества международного «живого» права тесно связана с актуальной проблемой субъектного состава современных международных отношений. Сегодня на международной арене все более активными участниками становятся не государства, как первичный субъект международного права, а органы международного правосудия, которые непосредственно участвуют в правотворчестве и правоприменении при реализации своей международной правосубъектности. Переход основной функции в правотворчестве норм международного права от государств к органам международного правосудия вызвано потребностями самих субъектов конкретных международных правоотношений, которые требуют от современных норм международного права скорости принятия, качества реагирования на неотложные нужды, и эффективности их правоприменения.*

**Ключевые слова:** правотворчество, решение, органы международного правосудия, толкование, «живое» право, международное право.

Одной из теоретических проблем современного международного права, которому присущи много споров и нерешенных вопросов как теоретического, так и практического характера, является неопределенность условий и составляющих процесса международного правотворчества. Международное право в соответствии концепции «живого» права создается и реализуется в реальных международно-правовых отношениях их же участниками. Проблема правотворчества международного «живого» права тесно связана с актуальной проблемой субъектного состава современных международных отношений. Как известно, сегодня на международной арене все более активными участниками становятся не государства, как первичный субъект международного права, а международные организации, транснациональные компании, органы международного правосудия и ряд других, которые непосредственно участвуют в правотворчестве и правоприменении при реализации своей международной правосубъектности. Расширение круга субъектов международных правоотношений объективно становится причиной расширения круга субъектов международного правотворчества и в соответствии приобретения качественно новых признаков – «живого» права классическими источниками международного права и появления новых форм выражения норм международно-правового регулирования. Государства больше не стоят «в центре всей регулирующей системы международных отношений»<sup>1</sup>, поскольку у них уже нет исключительного права нормотворчества. В связи с этим, необходима переоценка привычных и, казалось бы, незыблемых основ международного правотворчества.

Сегодня в международно-правовой науке и практике перечень источников международного права остается дискуссионным, что объясняется тем, что международному нормативно-правовому полю, к сожалению, не хватает документа, который четко определил бы источники международного права, а закрепленный в ст. 38 Статута МС ООН – единственный нормативный перечень источников – давно уже нуждается в перезагрузке, в том числе и переоценке, переосмыслении иерархии источников международного права. По мнению И.И. Лукашука, нет ничего удивительного в том, что ст. 38 Устава подвергается критике. Это связано с тем, что «положения данной статьи были сформулированы еще после Первой мировой войны для Постоянной палаты международного правосудия»<sup>2</sup>, когда международное право развивалось исключительно как позитивное право, ведь позитивистские взгляды в то время преобладали в доктрине международного права.

Учитывая динамику развития международного права, в международно-правовой практике нередко возникает вопрос и о других источниках: резолю-

---

1 Лукашук И.И. Суверенная власть государства в механизме международно-правового регулирования / И.И. Лукашук // Советский ежегодник международного права, 1977. – М.: Наука, 1979. – С. 135

2 Лукашук И.И. Международное право : Учебник : Общая часть / И.И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 8.

ции международных организаций и конференций; решения международных судебных учреждений; нормы «мягкого» права, односторонние акты и другие акты. Говоря о перечне источников международного права, хотелось бы отметить, что несмотря на классический научный подход, согласно которому основными источниками международного права признаются международный договор и международный обычай, современная международно-правовая научная доктрина уже давно вышла за пределы существования двух основных источников международного права и наделяет чертами источники права самые внешние формы его выражения. Выход за пределы классического международного правотворчества в рамках «международный договор – международный обычай», классическими субъектами создания которых признавались государства, свидетельствует о новом этапе в международном правотворчестве с участием большого количества негосударственных субъектов.

Переход основной функции в правотворчестве норм международного права от государств к другим субъектам вызван потребностями самих субъектов конкретных международных правоотношений, которые требуют от современных норм международного права скорости принятия, качества реагирования на неотложные нужды, и эффективности их правоприменения. Именно такими признаками, как будет доказано ниже, наделены нормы «живого» международного права.

Бесспорно, что именно органам международного правосудия принадлежит главная роль в наделении чертами «живого» права классических источников международного права. Решение органов международного правосудия, постепенно становятся неизменным инструментом регулирования международных отношений и развития права. Такое видение есть почти абсолютным в доктрине международного права, в частности, И. Тункин указывает, что «решение Международного Суда входят в процесс нормотворчества как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования»<sup>3</sup>. Исследователь Д. Претап относительно международного права приходит к выводу, что международный суд занимается правотворчеством даже в случае детализации и конкретизации правовых норм и принципов международного права. С этим также связана специфика принятия международных договоров и внесения изменений в них, поскольку «специфическая законодательная деятельность с обязывающим эффектом вряд ли возможна в международном праве, судебное провозглашение наличия одной или другой ситуации составляет важный метод, благодаря которому право получает свою конкретизацию и развитие».

При оценке роли органов международного правосудия в процессе международного правотворчества следует учитывать, что обоснование правотворческой функции органов международного правосудия достаточно сложное, тем не

---

3 Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М. : Зерцало, 2000. – С. 163.

менее, последствия принятия судьями новаторских решений с их последующим широким признанием со стороны субъектов международного права, указывают на то, что правотворческая функция является неотъемлемым признаком и обязательным условием осуществления международного правосудия. Решения органов международного правосудия не только отражают практику государств в рассматриваемых сферах, не просто являются «актом подтверждения существования правовой нормы»<sup>4</sup>, но и принимают непосредственное участие в процессе ее формирования.

Судья Международного суда Х. Лаутерпахт, вклад которого в развитие доктрины международного судебного правотворчества<sup>5</sup> трудно переоценить, четко обосновывает, что «при толковании и применении конкретных норм права Суд не действует в качестве механической машины, которая полностью оторвана от социальных и политических реалий международного сообщества. В любом случае он применяет творческий подход, опираясь на всю полноту международного права и потребностей международного сообщества ... поскольку судебная деятельность является ничем иным, как законотворчество *in concreto*...»<sup>6</sup>.

Судебное правотворчество всегда осуществлялось в рамках международного правосудия и возможно только в связи с рассмотрением конкретных споров. Последнее является принципиальным отличием от правотворчества законодательных органов, для которых правотворчество является основным видом деятельности. Соответственно, органы международного правосудия не занимаются правотворчеством при рассмотрении каждого дела. Необходимость в правотворчестве возникает только после оценки объективной необходимости в правовом регулировании. Органы международного правосудия прибегают к правотворчеству в ситуациях, когда, например, действующие правовые нормы устарели и существует необходимость их адаптации к изменившимся условиям международной жизни, или когда с целью урегулирования спора необходимо заполнить пробел в праве, или же когда правовая норма или принцип носят слишком абстрактный характер и в целях урегулирования спора необходима их конкретизация для применения в соответствующих фактических обстоятельствах, которые рассматриваются.

Правотворчество органов международного правосудия может проявляться в изменении существующих и создании новых правовых норм, принципов, доктрин, презумпции. Оно вносит в действующее международное право но-

---

4 Каламкарян Р.А. Роль доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в формировании современного международного права / Р.А. Каламкарян // Государство и право. 2006. – № 6. – С. 75

5 Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice (Longmans, Green and Co. London, 1934); Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court (Stevens and sons Limited, 1958)

6 Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community / Lauterpacht H. // Oxford: Clarendon Press, 1933. – P. 319-320

визну, которая соответствует реалиям международных отношений и отвечает интересам его субъектов. Органы международного правосудия своими решениями или дают импульс для формирования, или вообще завершают процесс формирования обычно-правовых норм и общих принципов права.

Судебное правотворчество является ярким примером тесной взаимосвязи создания и применения международного права, ведь учитывая то, что «большинство многосторонних договоров – и почти все те, которые признаны как «правопорождающие», - вместо ясных поведенческих указаний устанавливают широкие стандарты и процедуры, обеспечивая возможность продолжения переговоров даже в период после вступления договора в силу. Такие стандарты передают полномочия принятия решения от законодателей («Государств») к органам и лицам, которые играют главную роль в соответствующем правоприменительном институте»<sup>7</sup>. Итак, в процессе применения уже существующих норм международных договоров органы международного правосудия в процессе эволюционного их толкования надают своим решением им признаков «живого» международного права.

Сегодня наблюдается рост авторитета решений и консультативных заключений МС ООН как средств толкования не только устава ООН, но и общих норм международного права, включая и основные принципы международного права. В качестве подтверждения можно назвать существенное уточнение положения Устава об индивидуальной и коллективной самообороне и как результат – уточнение содержания принципа неприменения силы<sup>8</sup>.

Кроме того, решения международных судебных учреждений приобретают характер правотворческих в процессе заполнения пробелов в праве, это объясняется тем, что при осуществлении такой деятельности суды очень часто прибегают к применению динамической интерпретации международного права, главной задачей которой признается «общее развитие права и общества»<sup>9</sup>. Именно при применении такого вида интерпретации право понимается как «живой» инструмент, толкуется в динамике развития, иначе говоря, при таком виде толкования допускается более широкое, отличное от начальных предписаний, разъяснение международных норм для установления фактического содержания нормы, которое бы соответствовало потребностям конкретного момента развития международных отношений. Как подтверждение, можно привести мнение одного из западных ученых, который говорит о том, что «судьи и судебные решения ... образуют право ... Они образуют право в пол-

---

7 Koskeniemi M. International Legislation Today: Limits and Possibilities. [Электронный ресурс] Wisconsin International Law Journal. – Vol. 23. – № 1 (61-92). – P. 79. – Режим доступа: <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allot.pdf>.)

8 Решение 1986 г. по делу «Никарагуа против США» [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/en/case/70>

9 Лукашук И. И. Современное право международных договоров. Т. 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М. : Wolters Kluwer Russia, 2004. – С. 468.

ном смысле этого слова ... изменяя и формируя право. Суды образуют право по очень простой причине: правовая система должна отвечать двум, иногда конкурирующим, параметрам: правовой определенности и возможности реагировать на социальные изменения. Как таковые, суды должны одновременно гарантировать правовую определенность, предоставляя постоянную систему результатов за их решение, то есть приходиться к тем же выводам благодаря тому же набору фактов, но и в то же время быть открытыми к социальным обстоятельствам, которые могут делать их судебную практику устаревшей. Как следствие, суды должны формировать и изменять право, поскольку среда, в которой они действуют, также претерпевает изменения»<sup>10</sup>.

Потребность в судебном правотворчестве особенно велика в случаях, когда органы международного правосудия образуются в сферах, где раньше не было механизма урегулирования споров, или такой орган создается одновременно с согласованием государствами нового договорно-правового режима. Именно эту роль выполняли третейские группы, которые рассматривали споры в рамках ГАТТ. Судебное правотворчество в рамках ГАТТ/ВТО выражается в выработке и применении процессуальных принципов, а также создании предпосылок для развития нового направления в правовом регулировании международной торговли, подтверждает все многообразие методов судебного правотворчества. Члены третейских групп и арбитры Апелляционного органа при осуществлении международного правосудия вносят большой вклад в развитие права ВТО, а нередко и международного публичного права. С помощью правотворчества они уточняют и раскрывают содержание норм и принципов международной торговли, предлагают новые концепции и доктрины, с помощью эволюционного толкования адаптируют нормы ВТО к изменившимся условиям международной жизни. Изложенная в решениях аргументация со временем становится неотъемлемой частью права ВТО. И именно в мотивировочной части принимаемых решений, формируются концепции и доктрины, предоставляют ранее принятым договоренностям нюансов нового значения. По своей роли и масштабе судебное правотворчество в рамках ГАТТ/ВТО приравнивается к правотворчеству международных уголовных трибуналов, значение правотворчества которых трудно переоценить (особенно это касается Международного трибунала по бывшей Югославии (далее – МТБЮ)). Основное значение решений уголовных трибуналов состоит в том, что они способствуют беспрецедентному развитию международного уголовного права. Благодаря деятельности трибуналов много ключевых понятий Женевских конвенций были адаптированы к изменившимся условиям международной жизни и потребностям международного сообщества.

---

10 Ajevski M. Judicial Law-making in International Criminal law – The Legitimacy Conundrum [Text] / Marjan Ajevski // Select Proceedings of the European Society of International Law. – 2010. – Vol. 3. – P. 127-141. – Oxford: Hart Publishing, 2012. –418 p.

Правотворчество стало одной из основных или, по меньшей мере, неотъемлемой характеристикой деятельности МТБЮ. Фактически суд своей деятельностью дал столь необходимый импульс для развития международного уголовного права. В эту сферу МТБЮ сделал уникальный вклад, несмотря на то, насколько противоречивыми ни были политические оценки его деятельности.

Так, МТБЮ предоставил высокое юридическое значение Римскому уставу еще до вступления его в силу на том основании, что он был одобрен «большим количеством государств и может рассматриваться как выражение правовой позиции, то есть *opinion juris*»<sup>11</sup>, подтвердив тем самым аналогичный вывод, сделанный по делу Прокурор против Анто Фурундзия, который, как и решение по делу Тадича, содержит ряд важных выводов в контексте развития международного гуманитарного права.

Хочется указать и на тот момент, что решения, которые наделены правотворческим характером, присущи и другим органам международного правосудия, среди которых можно назвать Суд ЕС, Экономический Суд СНГ, решение которых могут включать правовые позиции, носящие общий характер и даже могут стать толчком для формирования целых отраслей.

Попытки ограничения правотворческих функций органов международного правосудия, если не обречены с самого начала, то во всяком случае весьма условны по своей эффективности. Это прежде всего связано с тем, что правотворчество неотделимо от правоприменения в процессе осуществления международного правосудия. Какими бы жесткими ни были формулировки определяющие, какие нормы необходимо применять международным судам, буквальное следование таким правилам свело бы правосудие на нет, превратив судей в «автоматические машины правосудия». Р. Паунд придерживался точки зрения, согласно которой «задача суда – обеспечить жизнеспособность любого принципа не с помощью выводов на основе его норм, не прикидываясь неким «бессмертным» героем, а путем тщательного выполнения менее амбициозной, но более полезной задачи, которая отвечает требованиям реального времени, осмысленного применения данного принципа в конкретном деле, достигая реального и справедливого результата»<sup>12</sup>. И, как показывает практика, большинство органов международного правосудия разделяют такой подход.

Фактически органы международного правосудия являются платформами прогрессивного развития международного публичного права. Органы международного правосудия получили и постепенно увеличивают авторитет интеллектуальных центров, которые генерируют новаторские идеи и подходы. Через призму решений органов международного правосудия подходы, которые

11 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. / А.С. Смбалян – М.: Статут, 2012. – С. 249 : див. першоджерело : Prosecutor v. Dusko Tadic. IT-94-1 (Judgment of July 1999). Para 223.

12 Pound R. Mechanical jurisprudence / R. Pound // Columbia Law Review (1908) 8 (605-623). – P. 622.

считаются классическими, представленные в совершенно новом свете. Объединенные органами международного правосудия в плодотворных дискуссиях, усилия ученых, практиков, представителей судейского сообщества и международных организаций способствуют отказе от стереотипов и, в конечном итоге, развитию международного права. Нормотворческая деятельность сформировала важную функцию органов международного правосудия по сверке действующих норм международного права с реалиями международных отношений.

Обобщая все вышеизложенное, можно сделать вывод и о том, что на сегодняшний день в процессе международного нормотворчества с позиции понимания международного права как «живого» права, рядом с государствами активными участниками нормотворческого процесса в международном праве выступают также международные судебные учреждения, осуществляющие непосредственное влияние на развитие и формирование норм международного права. Причем такое воздействие осуществляется не в силу самого факта существования таких учреждений, а благодаря их деятельности, то есть речь идет о создании новых норм международного права в процессе принятия решений, запретов, постановлений и т.п., то есть через их правоприменительную деятельность. Практика международных судов иногда может иметь даже решающее влияние на понимание, возникновение и толкование международно-правовых норм, именно это влечет за собой признание за такой практикой характера действенного источника международного права. Как справедливо отмечал Л. Оппенгейм<sup>13</sup>, решения международных судей хотя и не являются прямым источником права, однако именно международные суды эффективно выполняют большую часть задачи развития международного права. Именно поэтому, мы солидарны с мнением П. Маланчука, который указывает, что «верным будет утверждение, что международные суды способны творить новое право»<sup>14</sup>.

Особенности международного правотворчества международными судебными учреждениями дают основания утверждать о необходимости перезагрузки нормативного содержания ст. 38 Статута МС ООН относительно качественного наполнения современных источников международного права, в том числе и их иерархии в процессе правоприменения. Современные тенденции в правотворчестве все больше подтверждают, что международное право глобального сообщества является «живым», а естественно-правовое видение международно-правового регулирования, которое является доминирующим в современном международном праве, должно соответствовать или хотя бы не отрицаться положительным международным правом.

---

13 Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Полут. 1: Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом / Л. Оппенгейм / Под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. – М.: Издательство иностранной литературы, 1948. – С. 38.

14 P. Malanczuk. Akehurst's modern introduction to international law / P. Malanczuk, M.B. Akehurst – New York : Routledge, 1997. – P. 51.