

ОСНОВНЫЕ КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ НАЛИЧИЯ ПРИНЦИПА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Светлана Михайловна ЗАДОРЖНАЯ, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

THE BASIC CRITERIA OF ESTABLISHING THE PRESENCE OF THE PRINCIPLE OF INTERNATIONAL LAW

The article is devoted to the urgent problem of determining the existence of the principle of international law on the basis of four main criteria, namely normality, as a criterion of the legal nature of a special rule-the principle of international law; ordinary, as a criterion of origin principle; universality, as a criterion of the legal force of the principle of international law; fundamentality, as a system-forming criterion.

The problem of the dependence of the availability of criteria for the determination of the principle of international law from various sources in which the principles find their reflection is investigated.

The tendency of convergence of the fundamental principles of international law and the constitutional principles of internal law within the framework of the contemporary problem of the existence of international constitutive (constitutional) law is analyzed.

Keywords: *the principle of international law, the customary norm of international law, the interpretation of the norms of international law, the procedure for determining the principle of international law, international constitutional law.*

Статья посвящена актуальной проблеме определения наличия принципа международного права на основании четырех основных критериев, а именно нормативность, как критерий правовой природы особой нормы-принципа международного права; обычность, как критерий происхождения принципу; общеобязательность, как критерий юридической силы принципа международного права; основоположность, как системообразующий критерий.

Исследуется проблема зависимости наличия критериев определения принципа международного права от различных источников, в которых принципы находят свое отображение.

Анализируется тенденция сближения основополагающих принципов международного права и конституционных принципов внутреннего права в рамках современной проблемы существования международного конститутивного (конституционного) права.

Ключевые слова: *принцип международного права, обычная норма международного права, толкование норм международного права, процедура определения принципа международного права, международное конститутивное право.*

Современное состояние проблемы доктринального определения понятия принципа международного права, а именно множественность в результате субъективной формулировки дефиниции, является причиной неотложности решения проблемы выработки критериев определения наличия принципа международного права. Именно отсутствие этих критериев приводит к тому, что разные авторы выдвигают различные дефиниции и соответственно разное количество основных, среди всей совокупности, принципов международного права. Отсутствие доктринального единства в данном вопросе заставляет обратиться к поиску нормативного определения понятия принцип международного права. Однако, ни Декларация о принципах международного права 1970 г., Ни Устав ООН, не дают нормативного определения ни основных принципов, ни принципов международного права в целом. Отсутствие единого законодательного международного органа отводит главную роль в выявлении принципов международного права органам международного правосудия (далее - ОМП), тогда как доктрине принадлежит неоспоримое право разработать лучшие методики и критерии для данного процесса. Конечно, далеко не всегда доктрина совпадает с практикой, однако категоричны различия между ними крайне негативно влияют на целостность системы международного права.

Рассмотрим три основных критерия установления наличия основного принципа международного права, предложенные украинскими учеными-международниками. В частности, для того «чтобы принципы международного права не конструировались произвольно, их необходимо проверить минимум по трем основным критериям: а) юридическое содержание принципа; б) сфера применения; в) механизм применения. Отсутствие показателей хотя бы по одному из критериев является свидетельством того, что принципа не существует или он доктринальное происхождения»¹.

Как известно, принципы могут существовать в форме идей, лозунгов, моральных правил, однако юридическое содержание они приобретают только как нормы международного права. Принцип - норма международного права имеет специфический характер, что отличает ее от других норм в международно-правовом массиве, а именно их основоположность, что становится критерием правомерности практики правотворчества и правоприменения и законности для других международно-правовых норм. Принцип норма международного права содержит конкретные права и обязанности субъектов международного права, иначе она теряет свой юридический характер и существует в виде идеи, функции или задачи. Итак, принципы международного права - это нормы, а не идеи или моральные постулаты, хотя как подтверждает история международного права достаточно часто принципы идеи трансформировались в принципы-нормы. В частности, в своих выводах МКТБЮ, моральные принципы

1 Буткевич В. Г., Мищик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

человечества и общественного сознания были уточнены и конкретизированы в контексте конкретных дел, руководствуясь лучшими суждениями суд сформулировал их в качестве юридических принципов (дело Купрескич 2000 г.).

Принцип норма международного права находит свое выражение в различных источниках международного права. В соответствии со ст. 38 МС ООН следующими основными источниками являются международный договор, международный обычай и общие принципы права. «Принципы, - пишет Ф. И. Кожевников - которые не получили отражения ни в договорах, ни в обычаях, не могут считаться общими принципами»². Нормы-принципы находят свое закрепление в международной судебной практике. В частности, Д. Самхарадзе подтверждает, что «суд может использовать свои решения как вспомогательное средство для определения правовых норм. Решение Суда является доказательством, для определения наличия или отсутствия тех или иных принципов и норм международного права»³. Вспомогательным средством исследования может быть доктрина. Хотя сама по себе она не является источником международного права, однако она служит «теперь одним из средств установления наличия или отсутствия тех или иных норм международного права, а также их толкованием»⁴.

Закрепление принципа международного права в международных договорах разных уровней устраняет проблему установления наличия принципа. Распространенной является практика закрепления общепризнанных принципов международного права и в региональных международных договорах. Однако, если речь идет о основополагающем принципе международного права, тогда требуется анализ на международно-обычное подтверждение согласно консультативного заключения Международного Суда ООН: «Основополагающие нормы должны соблюдаться всеми государствами независимо от того, ратифицировали они Конвенции, их определяют, потому что это неоспоримые принципы международного обычного права (ICJ Reports, 1996, § 79). Это положение Международный Суд ООН еще раз подчеркнул, когда установил, что принципы международного права остаются обязательными как обычные, несмотря на то что они были также включены в договорно-правовые постановления» (ICJ Reports, 1990, § 43)»⁵. Или наоборот универсальные международные договоры могут закреплять основные принципы международного права, но в силу проблемы ратификации не получают юридической

2 Международное право: Учебник/ Под ред. Ф.И. Кожевникова. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957 –С.8.

3 Самхарадзе Д.Г. Взаимодействие источников современного международного права. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 - М., 2005. – С.23.

4 Тункин Г.И. Теория международного права. – М.: «Международные отношения». – 1970. – С.145.

5 Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

силы. Такая ситуация тоже не влияет на наличие и действенность основного принципа международного права, который может действовать как обычная норма международного права. В частности, МКТБЮ наделил юридической силой до вступления в силу (2002 г.) Римским уставом на основании того, что он был одобрен подавляющим большинством государств, было признано *opinion juris*, основываясь на соответствии принципа законности. Стоит заметить, что нередко ОМП не проводят разграничение между обычными и общими нормами и принципами международного права. Нормативная фиксация принципа международного права в международных договорах, или иначе их опозитивирование не влияет на наличие и действенность принципа международного права в других источниках международного права. В частности, современной является тенденция к снижению роли международного договора как основного источника международного права, поскольку последний не обеспечивает надлежащее правовое регулирование быстротечных реалий международной жизни, то есть не всегда соответствует требованиям международного права как «живого».

Такого же мнения придерживается и А.В. Дарда, который доказывает, что при выявлении принципов «объектами выступают договоры, вступившие либо не вступили в силу. Так, в преамбуле Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978. речь идет о нормах обычного международного права, воплощенные в Венской конвенции о праве международных договоров 1969г. В таких случаях следует использовать специально юридическое толкование для выяснения круга субъектов, для которых соответствующие нормы действуют как договорные, а для каких - как обычные. Если обычная норма зафиксирована в договоре, то применяются правила толкования договора, но нередко возникает необходимость подтверждения обычной природы нормы путем толкования, характерного для обычного права»⁶.

Следовательно, именно обычный характер придает принципам международного права действенности, которая отвечает современным потребностям международного сообщества. Здесь стоит заметить о тесной связи рассматриваемой нами проблемы с дискуссией в международной доктрине относительно критериев наличия международного обычая. Классическое международное право выдвигает два универсальных критерия для выявления обычной нормы международного права, а именно *opinion juris* (как субъективный критерий) и международная практика (как объективный критерий). Согласно классическому определению, международная обычная норма существует там, «где прослеживается фактическая практика (*consuetude, repetitio facti*), основанная на осознании юридической обязанности (*opinion juris sive necessitatis*)⁷.

6 Дарда А.В. Проблемы толкования национальными судами общепризнанных принципов международного права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. - Москва, 2003. - С. 20.

7 Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник/ Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саянина. - О: Феникс, М.: Транслит, 2011. - С.69.

Классическое видение международного обычая как источника, требует длительного формирования и подтверждения на практике, сегодня подвергается критике. В частности, подтверждение обычной нормы общепризнанной международной практикой в современной международной доктрине рассматривается как методологически неоднозначный фактор, и недостаточно убедительный по своему результату в силу осложнения всей системы международного права, ускорения развития международного права и обострение противоречий между государствами, их конкуренции и ряда других факторов. В результате отсутствия международного правотворческого органа особое место в системе источников международного права занимает обычная норма. Иногда трудно разграничить международное обычное право и общие принципы права, поскольку государства находится в постоянном развитии. Достаточно интересно видение данной проблемы А.С. Смбалян. Автор считает, что все обычные нормы можно условно разделить на три группы. «В первую входят нормы, касающиеся таких системообразующих для международного права понятий как «суверенитет», «юрисдикция», «иммунитет» и ряд других. ... Ко второй можно включить также фундаментальные для международного права нормы, касающиеся нарушений международного права. ... К третьей можно включить нормы относительно недавно сформированных отраслей и институтов международного права»⁸. В зависимости от того, к какой из упомянутых групп принадлежит обычная норма, автор определяет соответствующую процедуру установления её наличия. Соответственно, классическая методология без каких-либо упрощений; возможность ОМП отходить от строгой практики государств; более гибкий подход, который в большей степени основывается или на практике государств или на фактическом наличии *opinion juris*, в зависимости от конкретных обстоятельств дела. В частности, уголовные суды достаточно часто, даже при отсутствии соответствующей практики, могут формулировать стандарты в области защиты прав человека в статусе принципов. Например, МКТБЮ по делу Тадич⁹ сформулировал ряд обычных норм и принципов не обосновывая их ни практикой государств, ни подкреплением *opinion juris*. Итак, как подтверждает практика международного правосудия, провозглашение обычно-правовой нормы-принципа как достаточно аргументированной и убедительной, даже без широкого индивидуальной практики государств или ее признание имеет место. Несмотря на обычное характер принципов международного права и поддерживая точку зрения автора, можно в каждой из названных групп обычаев выделить особые нормы-принципы, соответственно: основные принципы международного права (принципы *jus cogens*), принципы права международного права (*erga omnes*), отраслевые принципы международного

8 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 217.

9 Смбалян А.С. Обычные нормы международного права и общие принципы как источник судебного правотворчества // Право и политика. – 2012 – № 4 (148) . - С. 747.

права. По аналогии можно использовать авторскую методику по установлению наличия соответствующих принципов. Итак, принципы как нормы-обычаи могут проявляться по разным методикам в зависимости от места, которое конкретный принцип занимает в системе принципов международного права, чем выше ступень занимает принцип, тем сложнее процедура его определения устанавливается для ОМП.

Такая особенность или характерность методик, является следствием общего и особенного в выявлении принципов международного права и общих принципов права (согласно п. С ст. 38 Устава МС ООН). Во-первых, при установлении принципа международного права первоочередной задачей является выявление нормы международного права особого характера, основополагающей, тогда как при установлении общего принципа права, ОМП должны проявить способность к трансформации принципа в международном праве уже существующей нормы-принципа. Во-вторых, процесс установления первых двух групп принципов предусматривает установление наличия практики государств и *opinion juris*, что является общим для принципов международного права и общих принципов права. Поскольку Устав МС ООН не содержит никаких объяснений относительно методики выявления общего принципа права, они должны проявляться из конкретных правовых норм международного и национального права. Главная роль в решении этого вопроса несомненно принадлежит ОМП. Итак, по аналогии именно ОМП выводят на основании лучшего суждения при рассмотрении конкретных дел и принципы международного права, отыскивая их в различных источниках международного права. Основное значение прецедентов ОМП заключается не в решениях суда, а в аргументации, которая непосредственно влияет на развитие принципов международного права. В классической доктрине решение ОМП не считаются источниками международного права, однако последовательность решения споров на основании сформулированных ОМП принципов международного права обеспечивают стабильность международно-правового регулирования и повышают авторитет принципов как основополагающих норм международного права. Как утверждает судья Зоричич «если прецедент твердо основан на принципе, Суд не может решить аналогичный спор иным образом до тех пор, пока принцип сохраняет свое значение»¹⁰. По мнению Смбалян А.С., при выявлении принципов международного права «судьи привлекают не только общепризнанные источники права. Такое представление далеко от реальности, поскольку не учитывает сложности и многогранности правовой аргументации как многоуровневого процесса, который невозможно ограничить пределами формальных источников права. ... Более того, нормы и принципы, закрепленные в формальных источниках, не являются раз и навсегда определенными - они могут объектом толкования независимо от степени их определенности

10 ICJ Reports 1950. – P. 104.

и четкости формулировок»¹¹. Автор считает правосудие непрерывным процессом «кристаллизации» принципов в качестве постоянного переосмысления того, что есть право.

В доктрине и практике как правило, не различают понятия основных принципов и принципов международного права и чаще всего имеется в виду понятие именно основных принципов международного права и рассматриваются их основные характерные черты. Единого мнения относительно этих признаков в доктрине международного права также нет. Наиболее дискуссионными являются императивность и универсальность основных принципов. Дискуссионность именно общих принципов международного права получила широкое доктринальное исследование, поскольку именно они имеют основополагающее значение для правового регулирования отношений между субъектами международного права, т.е. отношений совсем другого уровня правового регулирования, которое выходит за пределы национальных правовых систем. Если рассмотреть систему международного права, то основные доктринальные исследования посвящаются именно основным принципам международного права, то есть принципам общего международного права. По нашему мнению, общим международным правом является система норм, регулирующих отношения по взаимодействию, взаимовлиянию национальных правовых систем на основе общих принципов международного права. В национальной правовой системе доктринально выделяют общие принципы права, а нормативное закрепление основных принципов национально-правовой системы происходит на уровне конституционного права, где закрепляются основные принципы права, основные принципы национальных отраслей права и в большинстве случаев основные принципы международного права. Анализируя системы принципов на национальном и международном уровнях, можно проследить преимущественное совпадение по основным их составляющим. Обе системы принципов базируются на общечеловеческих принципах права и их ядром является основополагающие принципы международного права, как координаторы взаимодействия национальных правовых систем в целом. Особыми для каждой из систем принципов является наличие специальных (отраслевых) принципов. В отличие от национальной системы права, где основополагающие принципы как правило кодифицируются в конституционных актах государства, международное право не имеет такой отрасли или кодификации в силу отсутствия единого законодательного международного органа.

По мнению Сафроновой А.В.¹², основные принципы международного права образуют отдельную отрасль науки - конститутивное международное право, или привычное для нас общее международное право. Автор обосновывает

11 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 258.

12 Сафронова Е.В. Международное публичное право: теоретические проблемы: Монография. – М.: РИОР: ИНФРА-М, 2013. – С. 117-118

данный тезис наличием особых предмета и метода, функций данной отрасли. Такое мнение не является одиночной в современной доктрине международного права, и даже больше, существуют сторонники существования отдельной учебной дисциплины международного конституционного права. Так, по мнению Обердорфера Л. «факт насыщения международного права национального конституционного законодательства (права человека, демократия, верховенство права и федерализм)»¹³ подтверждает, что конституционные принципы как бы взламывают исключительную сферу государства. По мнению автора международного конституционного права - это вертикальный срез (сравнительное конституционное право - горизонтальный), который соединяет конституционное право региональное, интеграционное и международное.

По нашему мнению, выделение общих принципов международного права в отдельную отрасль сужает их влияние по отраслевым отношениям и лишает их основной черты - обращение к системности международного права. В частности, сомнительным выглядит императивный метод данной отрасли, поскольку императивность всех основных принципов является также дискуссионным моментом (в частности, принцип нерушимости государственных границ), императивность как признак основных принципов приводит к сужению количества основных принципов международного права. Кроме того, императивный метод присущ и другим отраслям международно-правового регулирования. Сомнительным выглядит и предмет предложенной отрасли - «основополагающие межгосударственные отношения, направленные на обеспечение международного мира, безопасности и стабильности». Такие отношения являются предметом права международной безопасности, международного гуманитарного права, а стабильности отношений требуется во всех отраслях международного права. Каждая норма международного права (а принцип здесь не является исключением) имеет свою конкретную сферу применения, свой конкретный объект правового регулирования - конкретные международные, точнее, межгосударственные отношения. Принцип не может регулировать отношения в общем или систему отношений. Для урегулирования системы международных отношений мало возможностей системы принципов международного права.

Что касается кодификации основных принципов международного права, то как видно, положительная фиксация принципов никоим образом не умаляет роли тех принципов, которые не имеют нормативной фиксации в международных договорах. Принципы, как явление «живого» международного права нуждаются в «мягкой» фиксации, которая предоставляла бы международно-правовому регулированию гибкости и соответствия современным реалиям

13 Обердорф Л. Транснационализация права, переходный конституционализм и международное право. Реферат // Международное публичное право: Современные исследования: Сб. обзоров и реф. / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед.; Отд. правоведения; Отв. ред. Алферова Е.В. - М., 2012. - С. 109

международного сосуществования. Именно поэтому обычная форма более соответствует природе принципов международного права.

Важно, наоборот выделять отдельную систему принципов, которая бы включала и основные принципы международного права и отраслевые, институциональные и общепризнанные принципы права, которые в целостном единстве кристаллизовали базис и надстройку, скелет международного права, как системного явления.

Если национальное конституционное право - это основополагающие нормы и принципы конкретной национально-правовой системы, то по аналогии конститутивное международное право должно закреплять и основные принципы отраслей международного права. Однако, стоит обратить внимание на прогрессивное развитие и фрагментацию международного права, которые вряд ли положительно повлияют на так называемое конститутивное международное право. По нашему мнению, особым заданием основных принципов международного права является обеспечение международной правомерности всех норм международного права и взаимодействия национально-правовых систем на международном уровне. В любом случае безоговорочным остается факт сближения на современном этапе основополагающих принципов международного права и конституционных принципов внутреннего права на основе общечеловеческих принципов. Основоположность принципов международного права предусматривает также особую их роль и в формировании отраслей и всей системы международного права. Исторически именно принципы международного права стали центром и первоосновой для формирования целой системы современного международного права, начиная от основополагающего принципа, как первоосновы для формирования института (принцип территориальной целостности в институте государственной территории), далее области международного права (принципы иммунитетов в дипломатическом праве), и в конечном счете именно принципы стали основополагающими для формирования целостной системы, базисом которой стали основополагающие ее принципы.

Поскольку определение принципа, как особой нормы, изобретенное человечеством, в целом не требует каких доктринальных новшеств, то международникам отводится роль формулировки понятия основных принципов международного права, как регуляторов межсистемных (национально-правовых систем) отношений, которое будет повторяться и при определении специальных принципов международного права с замечанием на сферу их действия (отрасль, институт, региональный или наднациональный характер).

Итак, на основании проведенного исследования можно предложить четыре основных критерия определения наличия принципа международного права, а именно нормативность, как критерий правовой природы особой нормы-принципа международного права; обычность, как критерий происхождения принципу; общеобязательность, как критерий юридической силы принципа

международного права; основоположность, как системообразующий критерий. Только при наличии всех четырех критериев норма может быть признана как принцип международного публичного права.

Такие критерии, хотя и являются авторским видением, однако могут быть обоснованы и доказаны учитывая эволюцию самого международного права, если разместить их в определенной исторической последовательности. У самых истоков международного права стоит именно обычай, поэтому основополагающие принципы имеют обычно-правовую природу, поскольку также берут свои истоки еще в догосударственном периоде становления международного права в виде основополагающих идей регулирования первобытных международных отношений, а вся история международного права является непрерывным процессом кристаллизации его принципов, как постоянное переосмысление того, что есть международное право. Итак, на первом этапе принципам становится присущим критерий происхождения. Общественная необходимость таких идей требует их нормативного оформления в виде прав и обязанностей субъектов и их фиксации в виде нормы права, соответственно на втором этапе эволюции принципы подпадают под критерий нормативности, который служит основой для разграничения нормы-принципа от идей, морали, лозунгов. Целесообразность и эффективность норм-принципов становится причиной распространения и признания таких норм широким кругом субъектов международного права, а соответственно получения ими обязательного характера, являющиеся основой критерия юридической силы. В период становления общего международного права такие критерии стали основой для получения нормами-принципами признаков основоположности и формулирование системообразующего критерия. Четыре этапа - критерии определения существования принципа можно проследить на примере эволюции принципа *pacta sunt servanda* как древнейшего основополагающего принципа международного права. На первом этапе *pacta sunt servanda* существует в виде идеи мирного сосуществования тогдашних сообществ, который трансформируется в норму, которая фиксируется в двусторонних международных отношениях. На третьем этапе принцип *pacta sunt servanda* получает повсеместное признание в различных регионах мира, а признак основоположности предаёт ему системообразующий критерий, вследствие признания его основополагающим принципом современного международного права.