

УДК 341.01

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ – ИСТОЧНИК МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА?

Ашавский Борис Матвеевич,
*канд. юрид. наук, профессор,
старший научный сотрудник,
e-mail: t89163069740@yandex.ru,
Дипломатическая академия МИД России*

В статье анализируется понятие «источники международного права», а также предпринимается попытка ответить на вопрос является ли одним из них судебный прецедент.

Ключевые слова: источники международного права, судебный прецедент, судейский активизм

PRECEDENT IS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW?

Ashavskij B.M.,
*PhD, Professor, senior researcher,
e-mail: t89163069740@yandex.ru,
Diplomatic Academy of the Russian Ministry of Foreign Affairs*

The article analyzes the notion of «the sources of international law». The author undertakes to answer the question: is a judicial precedent source of international law.

Keywords: sources of international law, a judicial precedent, judges' initiative

DOI 10.21777/2587-9472-2018-3-11-14

В последние годы наряду с адекватной оценкой той роли, которую играют в современной межгосударственной системе судебные органы, существует и гипертрофирование их роли, продвижение так называемого «судейского активизма», судебных прецедентов как источника международного права. Для того чтобы определить их реальную роль прежде всего остановимся на понятии «источники международного права».

В словаре международного права это понятие (в юридическом смысле) определяется как «формы, в которых существуют нормы международного права, созданные в результате согласования воли (точнее – волеизъявлений – Б.А.) его субъектов». ¹ Они «едины по своей юридической природе: в их основе лежит соглашение субъектов». ² Основными из них «являются международный договор и обычай международно-правовой». ³

В словаре содержится также связанный с предыдущим термин «источники международного права вспомогательные». Среди этих источников называются: «резолюции международных организаций, решения международных судов и арбитражей, внутригосударственные законы, решения национальных судов, доктрина международного права. Не являясь, как правило, собственно источниками международного права», они «либо выступают определенными стадиями в процессе образования международно-правовых норм, либо оказывают влияние на ход этого процесса и его содержание, либо помогают установить существование или содержание нормы международного права». ⁴

Профессор Г.И. Тункин говорил не об источниках международного права, а о двух формах образования и изменения норм общего международного права, о двух прямых путях установления его норм: договоре и обычае. ⁵ Говоря о других способах создания норм международного права, он пишет: «Путаница в значительной мере проистекает из того, что термин «источники» даже в том случае, когда

¹ Словарь международного права. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Статут, 2014. – С. 129.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же. – С. 130.

⁵ Тункин Г.И. Теория международного права / под общ. ред. проф. Л.Н. Шестакова. – М.: Зерцало, 2006. – С. 142.

он употребляется в так называемом формальном смысле (выражение весьма неудачное), является как указывает Кельсен, весьма неопределенным.⁶ В категорию источников обычно включают не только процесс образования норм международного права и его результаты, но также различные факторы, влияющие на этот процесс».⁷

В этом случае Г.И. Тункин говорит не о вспомогательных источниках международного права, а о вспомогательных процессах образования норм международного права.⁸

Профессор С.В. Черниченко считает, что «источниками международного права являются формы, в которых оно воплощается, существует. Они представляют собой внешнюю фиксацию результатов правотворческого процесса в международной сфере и отражают специфику этого процесса. В них выражаются результаты волеизъявлений, исходящих от двух и более участников межгосударственных отношений, а не от единственной власти, одного государства. В том или ином виде они фиксируют соглашения, достигнутые участниками межгосударственных отношений».⁹

Проанализировав зарубежную международно-правовую доктрину по вопросу о значении решений международных судов и арбитражей, профессор Г.И. Тункин выделил две противоположные точки зрения.¹⁰

Первая точка зрения, которой придерживаются авторы из стран «общего права» (Common Law), преувеличивает роль решений Международного Суда. Среди них Лаутерпахт, который в монографии «Развитие международного права Международным Судом» писал в отношении этих решений: «Они являются свидетельством существования нормы права. Это не означает, что они не являются фактически источниками международного права».¹¹

Что касается так называемых вспомогательных источников международного права, которые не могут рассматриваться в качестве источников, а фактически являются вспомогательными средствами для определения международно-правовых норм, то они необходимы для выявления существования или уточнения содержания обычных норм международного права.

В подпункте «d» пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда к вспомогательным средствам для определения правовых норм отнесены, с оговоркой, указанной в статье 59 Статута, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. Согласно статье 59 «Решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу».

Дж. Фитцморис, отметив отсутствие в международных отношениях законодательного органа, писал: «Международное сообщество находится поэтому в особой зависимости от международных судов в деле развития и уточнения права и придания ему более основательной силы»¹²...

У. Дженкс заявил, что «в отношении все более широкого круга вопросов Суд все чаще использует судебный прецедент вместо бесформенного и спорного обычая».¹³

Изложенная точка зрения противоречит нормам, содержащимся в Статуте Международного Суда. Уже упоминавшаяся статья 38 Статута гласит, что Суд обязан решать переданные ему споры на основании международного права. Решения международных судов и арбитражей являются актами применения международно-правовых норм к конкретным ситуациям и не обладают правотворческим характером (см. ст. 59 Статута).

Другая точка зрения, высказанная в зарубежной международно-правовой литературе в отношении судебных решений, заключается в том, что они не являются источниками международного права. Так, профессор А. Фердросс, объединяя судебные решения и доктрину, заявил, что «судебная практика

⁶ *Kelsen H. Principles of International Law.* – N.Y., 1952. – P. 304. (Ссылка дается по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 143).

⁷ Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 143.

⁸ Там же. – С. 142.

⁹ Международное право: учебник / отв. ред. д.ю.н., проф. С.А. Егоров. – М.: Статут, 2016. – С. 32. В связи с тем, что к источникам международного права относятся определенные международно-правовые акты, основными из которых являются нормативные международно-правовые акты, С.В. Черниченко дает их определение, а также определение международно-правового документа. См.: Там же. – С. 70–73.

¹⁰ Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 159.

¹¹ *Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court.* L., 1958. P. 21. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 159.

¹² *Fitzmaurice D. Hersch Lauterpacht «The Scholar as Judge»* // *BYBIL.* – 1961. – Vol. 37. – P. 14. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 159.

¹³ *Jenks W. The Common Law of Mankind.* – L., 1958. – P. 180. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 160.

и доктрина не являются самостоятельными источниками международного права, они являются лишь вспомогательными источниками права, служащими для уяснения сомнительных положений права».¹⁴

По мнению Г. Кельсена «решения Суда не могут иметь характера прецедента».¹⁵

Л. Оппенгейм считал, что «решения международных судов не являются прямыми источниками права в международном судопроизводстве».¹⁶

Г. Шварценбергер полагал, что «решения международных судов и трибуналов не имеют силы прецедентов в техническом смысле английского права».¹⁷

Воззрения Я. Броунли в целом находятся в русле английской доктрины международного права, для которой характерен подход к международному праву с позиций англо-американского прецедентного права (*common law*). Однако при анализе судебных решений и, в частности, роли судебного прецедента в практике суда, он подчеркнул, что «строго говоря, суд не руководствуется доктриной прецедента, но тем не менее он стремится обеспечить последовательность судебной практики».¹⁸

Большинство представителей отечественной доктрины международного права придерживаются мнения, что решения Международного Суда и международных арбитражей не являются средством создания или изменения его норм, а относятся к числу вспомогательных источников (средств).

Решения Международного Суда входят в процесс нормообразования как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования. «Правда, – как отмечал Г.И. Тункин, – эту практику нельзя ставить на одну доску с практикой государств, так как Международный Суд не состоит из представителей государств».¹⁹

В конце прошлого – начале нынешнего века стал особенно отчетливо проявляться международный судебный (судейский) активизм. Вначале это было связано с созданием и деятельностью Международного трибунала по бывшей Югославии, а затем «приняло обвальный характер в связи с массовым созданием все новых и новых международных уголовных судов и трибуналов».²⁰

Активное участие в попытках изменения действующего международного права принимал и Международный уголовный Суд, вынесший в декабре 2011 года примечательное решение в плане судебного активизма. А.Б. Мезяев оценил это решение как граничащее с откровенной махинацией, а судебный активизм как откровенную махинацию.²¹

Суть заключается в том, что «международные» судьи сами себе разрешили продавливать англо-американскую концепцию судебного прецедента как одного из основных источников права в международных судах. Последовательность действий здесь такова: вначале принять важное решение в малозначительном деле, а затем, применив концепцию судебного прецедента, использовать его в более важном. Так было в деле Милошевича, а также в деле против двух африканских государств.²²

В заключение необходимо сказать, что вывод о том, что судьи осуществляют правотворческие функции, представляется безосновательным. Как минимум преждевременным является утверждение о том, что судебный прецедент является источником международного права. Использование в этом качестве судебного прецедента отдельными судебными органами (МТБЮ, МТР, МУС, ЕСПЧ, ОРС, ВТО) не дают достаточных оснований для общего вывода.

Список литературы

1. Броунли Я. Международное право (в двух книгах). Кн. 1. – М.: Прогресс, 1977.
2. Международное право: учебник / отв. ред., д.ю.н., проф. С.А. Егоров. – М.: Статут, 2016.

¹⁴ Фердросс А. Международное право. – М., 1959. – С. 164–165.

¹⁵ Kelsen H. Op. cit. P. 394. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. С. 161.

¹⁶ Oppenheim L. International Law (ed by H. Lauterpacht). Vol. I. – L., 1955. – P. 31. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 161.

¹⁷ Schwarzenberger G.A. Manual of International Law. – L., 1967. – P. 255. Цит. по: Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 161–162.

¹⁸ Броунли Я. Международное право (в двух книгах). Кн. 1. – М.: Прогресс, 1977. – С. 50.

¹⁹ Тункин Г.И. Указ. соч. – С. 163.

²⁰ Мезяев А.Б. Международный судебный активизм как способ коренного изменения современного международного права // Материалы международной научно-практической конференции «Международный правопорядок в современном мире и роль России в его укреплении», посвященной 90-летию профессора Фельдмана Давида Исааковича (11–12 октября 2012 г., г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет). – М.: Статут, 2014. – С. 203.

²¹ Там же. – С. 206.

²² См. подробнее об этом: Мезяев А.Б. Указ. соч. – С. 206–208.

3. Международные суды: позиция России // Материалы круглого стола в Дипломатической академии МИД России / под ред.: Б.М. Ашавского, Е.В. Ананьевой // *Международная жизнь*. – 2010. – № 9. – С. 157–180.
4. *Мезяев А.Б.* Международный судебный активизм как способ коренного изменения современного международного права // Материалы международной научно-практической конференции «Международный правопорядок в современном мире и роль России в его укреплении», посвященной 90-летию профессора Фельдмана Давида Исааковича (11–12 октября 2012 г., г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет). – М.: Статут, 2014.
5. *Словарь международного права*. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Статут, 2014.
6. *Тункин Г.И.* Теория международного права / под общ. ред. проф. Л.Н. Шестакова. – М.: Зерцало, 2006.
7. *Фердросс А.* Международное право. – М., 1959.

References

1. *Brounli YA.* Mezhdunarodnoe pravo (v dvuh knigah). Kn. 1. – М.: Progress, 1977.
2. *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnyk / otv. red., d.yu.n., prof. S.A. Egorov*. – М.: Statut, 2016.
3. *Mezhdunarodnye sudy: pozitsiya Rossii // Materialy kruglogo stola v Diplomaticheskoy akademii MID Rossii / pod red.: B.M. Ashavskogo, E.V. Anan'evoy // Mezhdunarodnaya zhizn'*. – 2010. – № 9. – С. 157–180.
4. *Mezyaev A.B.* Mezhdunarodnyj sudebnyj aktivizm kak sposob korenного izmeneniya sovremennogo mezhdunarodного prava // Materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii «Mezhdunarodnyj pravoporyadok v sovremennom mire i rol' Rossii v ego ukreplenii», posvyashchennoj 90-letiyu professora Fel'dmana Davida Isaakovicha (11–12 oktyabrya 2012 g., g. Kazan', Kazanskij (Privolzhskij) federal'nyj universitet). – М.: Statut, 2014.
5. *Slovar' mezhdunarodного prava*. – 3-e izd. pererab. i dop. – М.: Statut, 2014.
6. *Tunkin G.I.* Teoriya mezhdunarodного prava / pod obshchej red. prof. L.N. Shestakova. – М.: Zercalo, 2006.
7. *Ferdross A.* Mezhdunarodnoe pravo. – М., 1959.