

ВЛИЯНИЕ ОБЫЧНЫХ НОРМ НА СОЗДАНИЕ И ТОЛКОВАНИЕ НЕКОТОРЫХ ПОЛОЖЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО ГУМАНИТАРНОГО ПРАВА

*Виталие ГАМУРАБЬ**, *Николае ОСМОКЕСКУ*

**Международный независимый университет Молдовы*

Кафедра международного права и внешнеэкономических отношений

Prezentul studiu este consacrat cutumei internaționale ca izvor de drept internațional public. Cutuma este analizată ca un ansamblu de reguli de comportament al subiecților de drept internațional. Acestor reguli trebuie să corespundă actele interne ale statelor, precum și cele internaționale încheiate de state.

Un rol important și reliefat aparține cutumei în domeniul dreptului internațional umanitar, care își are o origine pronunțată cutumiară. La etapa contemporană cutuma are un rol esențial în interpretarea normelor de drept internațional umanitar, în special în procesul de aplicare a acestora de către instanțele de judecată.

La formation de la coutume s'appuie sur l'ensemble des comportements des sujets du droit international. Ces comportements peuvent correspondre à des actes juridiques, internes ou internationaux, mais ce n'est pas une nécessité.

La coutume a joué un rôle important dans la codification du droit international humanitaire. La plupart des normes du droit international humanitaire ont à l'origine la règle coutumière. En plus, à l'étape contemporaine la coutume a un rôle important pour l'interprétation des normes de droit international humanitaire.

По мнению Ф.Ф. Мартенса, международными обычаями являются те правила и порядки, которые устанавливаются в международных отношениях на основании постоянного и однообразного применения их к одинаковым по сути случаям. Как нормы международных отношений, обычные начала имеют огромное практическое и юридическое значение [2, с.147]. Признаками международного обычая являются: продолжительное существование практики; единообразие, постоянность практики; всеобщий характер практики; убежденность в правомерности и необходимости соответствующего действия.

Доказательством существования обычая являются, например, дипломатическая переписка, политические заявления, сообщения для прессы, заключения официальных юридических советников, правительственные комментарии, международные и национальные судебные решения, декларативные положения договоров и других международных документов, резолюции Генеральной Ассамблеи и других главных органов ООН [4, с.23]. Такой авторитетный специалист, как Л. Оппенгейм, отмечает, что единообразие законодательства отдельных государств является существенным доказательством наличия международного обычая [3, с.51]. При этом он отмечал, что «обычай является первоначальным источником международного права, договоры являются источником, сила которого проистекает из обычая» [3, с.48].

Обычай нельзя смешивать с обыкновением. Нормы обычая являются «обязательными или правильными» [3, с.46]. Обыкновение также является результатом практики, но оно не является обязательным. Таковыми, например, являются морские церемониалы или правила по досмотру судов в морских портах.

Нормы права, регулирующие ведение боевых действий, зародились на поле боя, там, где друг против друга сражались вооруженные силы разных государств. Вплоть до XXI века эти нормы относились к обычному праву. Как отметил Президент МККК д-р Якоб Келленберг, во всех культурах были разработаны нормы, направленные на то, чтобы ограничить насилие и воздействовать в этом плане даже на такую узаконенную форму насилия, как война [1].

Анри Дюнан и другие основатели МККК, иницируя принятие в 1864 г. Женевской конвенции об участии больных и раненых воинов во время сухопутной войны, заложили фундамент договорного международного гуманитарного права.

Несмотря на это, было бы неверным считать, что значительные успехи в кодификации МГП ведут к существенному снижению роли обычного МГП. В процессе применения этого права, в особенности на современном этапе, возникает необходимость в знании норм обычного МГП. В качестве примера

можно привести работу судебных инстанций, например Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, который, в соответствии со статьей 3 своего Устава, обладает юрисдикцией в отношении нарушения законов и обычаев войны [21]. Трибуналу неоднократно приходилось устанавливать, являлись ли определенные нарушения МГП нарушениями в соответствии с обычным международным правом, в отношении которых Трибунал обладает юрисдикцией.

В качестве доказательства важности обычая как источника приведем ст. 38 (1) (в) Статута Международного Суда ООН, которая описывает обычное международное право как всеобщую практику, признанную в качестве правовой системы [20]. Отметим, что для существования нормы обычного международного права необходимы два элемента: практика государств (*usus*) и уверенность в том, что такая практика необходима, запрещена или разрешена, в зависимости от природы нормы, в соответствии с правом (*opinio juris sive necessitatis*). Так, в деле о континентальном шельфе между Ливией и Мальтой Международный Суд постановил: «не требует доказательств тот факт, что нормы обычного международного права следует искать, прежде всего, в существующей практике и *opinio juris* государств» [15, с.29, § 27]. Международный Суд применил данный подход для определения того, существует ли норма общего обычного права в целом ряде дел, в частности – в делах о континентальном шельфе Северного моря в 1969 – ФРГ v. Нидерланды и ФРГ v. Дания [14, с.33].

Говоря об оценке обычной нормы МГП, укажем, что Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии в решении по делу Тадича постановил, что оценивая формирование обычных норм международного гуманитарного права, «опираться прежде всего надо на такие элементы, как официальные заявления государств, военные уставы и наставления и судебные решения» [11, с.403-429].

В деле Никарагуа против США, рассматривая обычный характер принципов неприменения силы и невмешательства, Международный Суд пришел к выводу, что «нельзя ожидать, что в практике государств применение этих норм было бы идеальным, в том смысле, что государства с абсолютной последовательностью воздерживались от применения силы или от вмешательства во внутренние дела друг друга. Суд не считает, что для того, чтобы норма сформировалась как обычная, соответствующая практика должна абсолютно точно соответствовать норме. Суд считает, что для того, чтобы сделать вывод о существовании обычных норм, достаточно, чтобы действия государств в целом соответствовали таким нормам, и что случаи, когда поведение государств не соответствует той или иной норме, должны рассматриваться как нарушение этой нормы, а не как указание на то, что признана новая норма. Если государство действует способом *prima facie*, несовместимым с признанной нормой, но оправдывает свое поведение, обращаясь к исключениям или оправдывающим обстоятельствам, упоминаемым в самой норме, тогда, независимо от того, оправдано ли поведение государства на этом основании, значение такой позиции скорее подтверждает, нежели ослабляет норму» [16, с.98].

Другое требование для формирования обычной нормы международного права заключается в том, что соответствующая практика государств должна быть обширной, что не определяет ее универсальный характер; в принципе достаточно, чтобы она была общей. В соответствии с формулировкой Международного Суда в делах о континентальном шельфе Северного моря, практика должна «включать практику тех государств, чьи интересы особенно затронуты» [14, с.33].

Говоря о государствах, чьи интересы затронуты, обратимся к Конвенции об ответственности государств, предусматривающей, что третьи страны могут принять определенные контрмеры по отношению к государствам, нарушающим свои международные обязательства, даже если их непосредственные интересы не затронуты [22]. Так, например, режим Иди Амина в Уганде возможно и не представлял непосредственной угрозы, например, для стран Европейского или Американского континентов, но грубое нарушение основных прав и свобод человека, проведение массовых репрессий в отношении большей части населения являлось явным вызовом всему «цивилизованному» миру. Однако вместо соответствующей реакции со стороны Совета Безопасности ООН, мировое сообщество просто осудило Танзанию за проведенную «гуманитарную операцию» по свержению режима Иди Амина.

Такая же реакция последовала и после «гуманитарного» вторжения Вьетнама в Камбоджу для свержения диктаторского режима Пол Пота.

Государства осудили такого рода самостоятельные «гуманитарные» операции, вероятнее всего – чтобы не создавать прецедента, который бы заложил основу новой обычной нормы. Если так, то можно предположить, что данная практика получила соответствующее одобрение со стороны государств, тем самым выполнив тот самый необходимый минимум, для того чтобы стать обычной нормой между-

народного права, запрещающей «гуманитарное» вмешательство одного или нескольких государств при отсутствии согласия Совета Безопасности ООН, наделенного правом принимать решения по проведению такого рода операций.

На самом деле, по определенным областям МГП есть государства, чьи интересы «особенно затронуты», и совершенно справедливо что все государства на законных основаниях заинтересованы в том, чтобы потребовать уважения к МГП со стороны других государств, даже если они не являются стороной в конфликте. В результате, должна быть рассмотрена практика всех государств, независимо от того, являются ли они странами, чьи интересы «особенно затронуты» в строгом смысле этого слова.

Может возникнуть вопрос – а возможно ли быть постоянно возражающей стороной по поводу обычных норм МГП? Многие специалисты считают, что это невозможно в случае норм *jus cogens*, но есть авторы, которые выражают сомнение относительно справедливости этой доктрины [5, с.227-244]. Однако в данном случае необходимо отметить, что соответствующее государство может возражать против появления новой нормы в ходе ее формирования и продолжать возражать после её принятия: невозможно быть возражающей стороной впоследствии.

Второе требование, необходимое для того, чтобы существовала норма обычного права, связано с тем, что практика должна осуществляться по праву. Конкретная форма осуществления практики или выражения этого правового убеждения может быть различной в зависимости от содержания соответствующей нормы – запрет, обязанность или просто право вести себя определенным образом.

В реальности довольно сложно разделить элементы практики и правовой убежденности – это разделение во многом остается теоретическим. Как отмечают авторы работы «Обычное международное гуманитарное право», чаще всего одно и то же действие отражает и практику, и правовую убежденность. Французские авторы А. Пелле и П. Дайе указывают на то, что Международный Суд фактически не заявил определенно, что только потому, что существуют два четко отличающихся друг от друга элемента в обычном праве, одно и то же поведение не может быть выражением их обоих. На самом деле часто трудно или даже невозможно разделить эти два элемента [6, с.324].

В некоторых ситуациях, когда практика не является однозначной и следует решить, можно ли рассматривать её как способствующую формированию обычая, важную роль играет *opinio juris*. Так зачастую происходит, когда государства не предпринимают действий или не реагируют на что-либо, но, как правило, непонятно, по каким причинам. В качестве примера часто приводится пример аннала, проведенного Постоянной палатой международного правосудия по делу Лотоса, когда Франция оспаривало право Турции вести судебное расследование столкновения в открытом море [6, с.1199].

Можно предположить, что в случае если норма обычного международного права необходима для поддержания международного мира и безопасности и если нет серьезного противоположного *opinio juris*, Международный Суд может согласиться с существованием такой нормы. Примером может служить решение Международного Суда 1986 г. по делу Никарагуа против США о том, что норма о невмешательстве во внутренние и внешние дела другого государства является частью обычного международного права [16, с.99].

В том же решении суд постановил, что общая статья 3 Женевских конвенций отражает элементарные соображения гуманности, составляя минимальный стандарт, применимый ко всем вооруженным конфликтам [16, с.99].

Такая же позиция была выбрана Международным Судом в деле о ядерном вооружении, свидетельствующим, что значительное большинство положений Женевских конвенций 1949 г. представляют собой обычное международное право [17, с.270].

Некоторые авторитетные юристы-международники допускают иные основания для применения вооруженной силы в обход положений Устава ООН, опираясь при этом на существующую международную практику. Чаще всего в таких ситуациях упоминается применение силы в порядке осуществления права на гуманитарную интервенцию [7, с.686-689; 8, с.422-424].

Некоторые ученые утверждают, что наряду с п. 4 ст. 2 и ряда других положений Устава ООН продолжает действовать право гуманитарной интервенции в обычно-правовой форме [13, с.213].

Учитывая возросшую роль Совета Безопасности ООН при урегулировании новых вызовов человечеству, можно предположить, что он станет инициатором создания новых обычных норм, предусматривающих возможность интервенции в гуманитарных целях на территорию отдельно взятого государства или группы государств.

Изучив практику и реакцию Совета Безопасности при урегулировании кризисных ситуаций, созданных после распада СССР и развала Югославии, можно предположить, что поводом для такого рода реакции могут стать: массовое нарушение основных прав и свобод человека, грубые нарушения норм международного гуманитарного права, а также необходимость восстановления демократии в регионе или отдельно взятом государстве.

Приведём несколько примеров в подтверждение вышесказанного.

Область основных прав и свобод человека все больше обретает международный аспект. Совет Безопасности ООН признал, что вопрос о массовом нарушении прав человека входит в его компетенцию, включая применение средств, предусмотренных главой VII Устава ООН. Резолюция 688 Совета Безопасности установила, что «репрессии в отношении гражданского населения в различных регионах Ирака вызвали большой поток беженцев по направлению к государственной границе, что является серьезной угрозой миру и безопасности в регионе» [23].

Массовое нарушение прав человека становится преступлением против человечности, обретая тем самым международный характер. Отношение государства к определенной части своего населения больше не является внутренним делом государства, тем самым вышеназванная резолюция Совета Безопасности подпадает под положения ст. 2 (7) Устава ООН [19].

В других резолюциях Совет Безопасности ООН осудил многочисленные нарушения прав человека и народов на территории бывшей Югославии. Резолюция 770, принятая в 1992 г., содержит обращение к государствам – членам ООН и предусматривает необходимость вмешательства в целях защиты жертв вооруженного конфликта на территории Боснии и Герцеговины, а также для обеспечения доступа гуманитарных организаций в данный регион [24].

В результате косовской драмы Совет Безопасности в 1998 г. принял резолюцию 1199, в которой высказал мнение, что имело место множество нарушений прав человека и международного гуманитарного права, одновременно обращая внимание на необходимость соблюдения прав всех жителей Косово [25].

Совет Безопасности создал правило доступа к жертвам, соблюдая принцип нейтралитета, тем самым ООН допускает возможность вмешательства государств для оказания помощи жертвам, применив в случае необходимости свои вооруженные силы в целях обеспечения безопасности доставки грузов и защиты гражданского населения.

Так, например, совместная гуманитарная акция Франции, Великобритании и США *Provide comfort* основывалась на резолюции Совета Безопасности 688 [26]. В целях получить согласие Ирака на проведение данной операции, ООН заключила с ним 18.04.1991 г. меморандум. В случае с Косово НАТО применило силу, игнорируя мнение ООН, хотя необходимо отметить, что ООН указывала на особую значимость права доступа к жертвам подобных кризисов, характерными чертами чего являются грубые нарушения международного гуманитарного права.

В 1992 г. Совет Безопасности принял резолюцию 794, в рамках которой была применена операция *Rendre l'espoir* [27]. Данная резолюция предусматривала применение принудительной операции на территории государства в отсутствие его согласия, целью которой является исключительно гуманитарная миссия. Чрезвычайная ситуация сложившаяся в Сомали (голод, гражданская война и фактическое отсутствие государства), предопределила тот факт, что Совет Безопасности пришёл к мнению, что глубина человеческой трагедии, вызванная вооруженным конфликтом в Сомали и усугубленная препятствованием распределения гуманитарной помощи нуждающимся, представляет собой реальную угрозу международной безопасности в регионе. Военное сопровождение гуманитарной помощи не было проведено непосредственно ООН – оно было предоставлено некоторым государствам-членам, обладающим мандатом ООН.

Несмотря на приведенные аргументы, интервенция в Сомали выявила определенное несоответствие между международным гуманитарным правом и проведением операции по поддержанию мира в традиционном смысле. Данную операцию нельзя в полном смысле слова назвать операцией ООН, поскольку Совет Безопасности лишь дал согласие на проведение операции группой государств, выразивших согласие и имеющих возможность направить соответствующие силы и средства.

Другим примером служит ситуация, сложившаяся в Руанде. Совет Безопасности ООН в 1994 г. принял резолюцию 929, определив, что создавшаяся гуманитарная катастрофа представляет собой угрозу

миру и безопасности в регионе [28]. Несмотря на многочисленные попытки решить проблему в рамках Организации Африканского Единства, Совет Безопасности был вынужден санкционировать многонациональную операцию на территории Руанды для выполнения гуманитарной миссии сроком на два месяца. Операция *Turquoise* была проведена под руководством Франции при символическом участии некоторых африканских контингентов. Пытаясь остановить развязавшуюся этническую гражданскую войну между Тутси и Хуту, ООН была вынуждена переложить оказание гуманитарной помощи и выполнение операции на плечи государств-участников. Резолюция настаивает на строго гуманитарном характере операции, не считая ее операцией по размежеванию двух противоборствующих сторон.

И последний пример, вызывающий наибольшие противоречия. В 1990 группа наблюдателей ООН была направлена на Гаити для обеспечения демократических выборов в этой стране. Избранный 16 декабря 1990 г. президент Ж.Б. Аристид в результате государственного переворота 30 сентября 1991 г. был отстранен от власти. Установленное эмбарго Организацией Американских Государств, примененное впоследствии Советом Безопасности на основании главы VII Устава ООН, позволило заключить соглашение *Governos Island* между законными властями и военными, захватившими власть в свои руки. В результате достигнутого соглашения была организована миссия MINUHA, однако сторонники военных всячески мешали выгрузке первых контингентов, поскольку военные не собирались сдаваться.

Реакция Совета Безопасности последовала в 1994 г. в виде резолюции 940, предусматривающей применение силы для восстановления демократии [29]. Резолюция предусматривала создание государствами-членами многонациональных сил, находящихся под единым контролем и командованием, а также использование всех необходимых средств для обеспечения ухода с Гаити военных лидеров, возвращения законного президента и создания надлежащих условий для применения Соглашения *Governos Island*.

Резолюция 940 представляет особый интерес, поскольку основывается на некоторых прецедентах, а также содержит целый ряд новшеств. Она является своеобразным продолжением резолюций, определивших гуманитарные интервенции в Сомали и Руанду. Совет Безопасности принял решение о применении принудительной операции по отношению к внутреннему конфликту, учитывая обращение законно избранного президента Ж.Б.Аристида. Основываясь на своей роли в деле обеспечения мира и международной безопасности, Совет Безопасности определил, что усложнение гуманитарной ситуации, а также учащение систематических нарушений гражданских прав со стороны военного режима, представляет собой угрозу миру. Ранее, резолюция 841, принятая Советом Безопасности в 1993 г., определила, что массовое перемещение населения, имевшее место в Гаити, представляет собой угрозу миру и международной безопасности, а также является серьезным ухудшением создавшейся обстановки [30].

В последние годы концепция гуманитарной интервенции получила особо широкое распространение в западной международно-правовой доктрине [9; 10]. Необходимо отметить, что данная концепция находит свое отражение в практике отдельных государств и международных организаций. Так, например, эта идея была продемонстрирована в новой стратегической концепции НАТО и акции по принуждению к миру Югославии в связи с событиями в Косово, которая была проведена незадолго до официального утверждения концепции внутри НАТО и ее государств-членов.

В случае с Косово европейские страны не только поддержали, но сами стремились к применению военной силы против Сербии и Черногории (новой Югославии) без резолюции Совета Безопасности ООН и противореча обязательствам, предусмотренным основополагающим актом 1997 г. о том, что НАТО не будет применять силу за пределами зоны без соответствующей резолюции Совета Безопасности ООН.

Некоторые авторы проводят аналогию между акцией в Косово и агрессией против Ирака. Как известно, действующее международное право может быть изменено возникающим новым международным обычным правом. Последнее складывается путем широкой распространенной практики государств, сопровождаемой общей убежденностью в том, что данная практика является правомерной.

Мы не будем рассматривать отличия между этими двумя ситуациями, отметим лишь, что проведение между ними некой параллели вызывает множество вопросов. Агрессия против Ирака, например, подпадает под концепцию США «об упреждающих действиях», которая, по мнению некоторых специалистов, представляет собой в настоящее время не более чем правовое утверждение [12, с.67]. Но формирование международно-правового обычая начинается, как правило, именно с правового

утверждения какого-либо государства. Если в данном случае США удастся убедить другие государства в правомерности их превентивного удара, то возникнет новое право, в любом случае, однако, лишь тогда, когда подобная практика может развиваться дальше с одобрения большинства государств. Может уже оказаться достаточным, что другие страны не станут протестовать против американского нападения, поскольку такое поведение может толковаться или пониматься как молчаливое согласие с американским правовым утверждением.

Таким образом, операции ООН, проводимые с начала 90-х годов XX столетия, которые были бы невозможными в период холодной войны, могут создать прецедент, позволяющий интервенцию в «гуманитарных» целях со стороны мирового сообщества по отношению к отдельно взятому государству. Отсутствие официального протеста со стороны государств можно привести в качестве аргумента образования обычной нормы права в этой области, несмотря на то, что, например, по «югославскому» вопросу до сих пор не существует единого мнения. Возвращаясь к вопросу о соотношении доктрины международного права и действующего международного права, осмелимся предположить, что это естественный путь становления обычной нормы международного права.

Литература:

1. Вступительное слово д-ра Я. Келленберга к работе «Обычные нормы МТП».
2. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. - Москва, 1996, т.1.
3. Оппенгейм Л. Международное право / Перевод с английского. - Москва, 1948, т.1 (полумтом 1).
4. Международное публичное право. МГЮА / Ответственный редактор К.А. Бекяшев, 3-е издание. - Москва: Проспект, 2004.
5. Mendelson Maurice H. The Formation of Customary International Law: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol.272, 1998.
6. Daillier P., Pellet A. Droit international public, 7-e éd., L.G.D.Y. - Paris. 2002.
7. O'Brien J. International Law. - London. 2001.
8. Dugard J. International Law. A South African perspective. - Cape Town. 2003.
9. Betatti M. Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international. - Paris. 1996.
10. Pellet A. Droit d'ingérence ou droit d'assistance Humanitaire? Problèmes politiques et sociaux // La Documentation française. 1995. Decembre. № 758-759.
11. Favre J.M. Le mecanisme de *subpoena duces tecum* dans la jurisprudence du TPI pour l'ex-Yougoslavie. A.F.D.I. 1997.
12. Schweisfurth Th. L'agression en Irak le 20 mai 2003: Estimation légale et conséquences à venir pour le système de maintien de la paix de l'Ogranisation de Nations Unies. La Conférence internationale scientifique et pratique „Paix, sécurité et droit international: le regard dans le futur.” V.S. Ivanenko (dir.). – SPp. Edition de l'Université de Saint-Pétersbourg, Faculté de droit, 2004.
13. Encyclopedia of public international law. Vol.3. - Amsterdam. 1982.
14. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêts, C.I.J. *Recueil*, 1969.
15. *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte)*, arrêt, C.I.J. *Recueil*, 1985.
16. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. *Recueil*, 1986.
17. *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, C.I.J. *Recueil*, 1996.
18. *Tadic case*, Case № IT-94-AR 72, Решение по ходатайству защиты о промежуточной апелляции по юрисдикции, 02.10.1995 г.
19. www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/unchart.pdf Устав ООН, принятый 26.06.1945.
20. www.icj-cij.org/cijwww/cpublications/cdocumentbase/cbasicstext/cbasicstatute.html Статут Международного Суда ООН, принятый 26.06.1945.
21. www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm Статут МУТЮ, принятый 25.05.1993 резолюцией Совета Безопасности ООН № 827.
22. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf
23. www.un.org/french/docs/sc/1991/res688f.pdf
24. www.un.org/french/docs/sc/1992/res770f.pdf
25. www.un.org/french/docs/sc/1998/res1199f.pdf
26. www.un.org/french/docs/sc/1991/res688f.pdf
27. www.un.org/french/docs/sc/1992/res794f.pdf
28. www.un.org/french/docs/sc/1994/res929f.pdf
29. www.un.org/french/docs/sc/1994/res940f.pdf
30. www.un.org/french/docs/sc/1993/res841f.pdf

Prezentat la 27.03.2007