

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

**ЩОКІН ЮРІЙ ВАДИМОВИЧ**

УДК 341.01

**МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ:  
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ, ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА**

12.00.11 – міжнародне право

**АВТОРЕФЕРАТ**  
дисертації на здобуття наукового ступеня  
доктора юридичних наук

Дисертація є рукопис.

Робота виконана на кафедрі міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України.

### **Офіційні опоненти:**

доктор юридичних наук, професор **Денисов Володимир Наумович**, Інститут держави і права імені В. М. Корецького Національної академії наук України, завідуючий відділом міжнародного права, член-кореспондент НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України;

доктор юридичних наук, професор **Дмитрієв Анатолій Іванович**, Інститут законодавства Верховної Ради України, головний науковий співробітник відділу європейського права та міжнародної інтеграції, заслужений юрист України;

доктор юридичних наук, професор **Шемякін Олександр Миколайович**, Національний університет «Одеська морська академія», перший проректор.

Захист відбудеться 9 червня 2016 року о 10.00 годині на засіданні спеціалізованої вченої ради Д 64.086.03 у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого за адресою: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого за адресою: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 70.

Автореферат розіслано 4 травня 2016 року.

**Вчений секретар  
спеціалізованої вченої ради**

**Н. П. Матюхіна**

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

**Актуальність теми.** Одним із основних джерел міжнародного права є міжнародно-правовий звичай. Його значення для регулювання міжнародно-правових відносин не знижувалося протягом всього часу їх існування. Навіть зміцнення договірних відносин між державами не перетворило міжнародне право у виключно позитивне. Незаперечним фактом є те, що переважна більшість договірних міжнародно-правових норм мають звичаєво-правові аналоги, а нерідко ці договірні норми і походять від відповідного міжнародно-правового звичаю.

З набуттям Україною незалежності урахування всіх зазначених особливостей сучасних міжнародно-правових відносин є вкрай важливим для формування міжнародно-правової позиції держави та для розуміння правових наслідків тих чи інших кроків у міждержавних відносинах. Проте Україна успадкувала від радянської доктрини міжнародного права нігілістичне ставлення до міжнародно-правового звичаю. За радянських часів значення міжнародно-правового звичаю штучно принижувалося. Досліджень теорії і практики міжнародних звичаєвих правовідносин проводилось вкрай недостатньо: в СРСР за всі роки його існування з цих питань було захищено дві кандидатські дисертації (Г. Д. Найко у 1972 р. і С. Г. Пальчик у 1984 р.) та видана лише одна монографія за авторством Г. М. Даниленка (1988 р.). Вони втілювали позитивістські погляди, які повністю домінували у радянській доктрині міжнародного права.

Ця однобічність зберігається і в сучасній українській міжнародно-правовій доктрині, яка приділяє увагу переважно вивченню позитивного міжнародного права. Українськими юристами-міжнародниками за два останніх десятиліття не було проведено жодного монографічного дослідження міжнародно-правового звичаю. До недавнього часу великою рідкістю були й наукові статті з цього питання. Лише деякі фахівці торкалися звичаїв (В. Н. Денисов, М. М. Гнатовський, С. А. Войтович). У той же час низка українських авторів (А. І. Андрейків, Б. В. Бабін, О. В. Київець, М. О. Медведєва) у своїх нещодавніх (2011–2014 років) працях щодо окремих питань міжнародного права звернулася до звичаєво-правового регулювання, проте звичай як окреме джерело міжнародного права не був основним об'єктом їх досліджень.

У доктрині міжнародного права Російської Федерації, яка, так само як і українська, є правонаступницею радянської науки міжнародного

права, ситуація дещо краща. За останнє десятиліття було захищено принаймні дві кандидатських дисертації за тематикою міжнародно-правових звичаїв (Д. Г. Самхарадзе у 2005 р. і Л. Р. Шаммасова у 2006 р.). Але теоретично вони мало чим відрізняються від праць радянських вчених, бо повторюють їх позитивістські погляди.

Цілком інша ситуація у зарубіжній доктрині міжнародного права. Міжнародно-правовому звичаю приділяється не менше уваги, ніж іншим джерелам міжнародного права. Це стосується як загальнотеоретичних питань особливостей формування і розвитку норм міжнародних звичаїв, так і практики застосування їх міжнародними і національними судовими органами. Зарубіжна доктрина, на відміну від української та російської, не сконцентрована на позитивістському правовому мисленні. У ній відбувається постійний діалог між прибічниками самих різних методів пізнання міжнародного публічного права в цілому і міжнародно-правових звичаїв зокрема. Деякі з таких методів практично не відомі науці міжнародного права пострадянських країн.

Таким чином, у вітчизняній науці міжнародного права створилася серйозна прогалина, що вкрай негативно впливає на весь розвиток національної доктрини міжнародного права і дипломатичної практики захисту інтересів України на міжнародній арені. Надана дисертація покликана усунути цю прогалину та закласти підґрунтя для подальшого розвитку національної міжнародно-правової теорії міжнародно-правового звичаю, дозволяє підвищити ефективність застосування цього джерела при захисті національних інтересів України міжнародно-правовими способами.

#### **Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.**

Напрямок дисертаційного дослідження визначено згідно з науководослідними роботами кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого в межах комплексної цільової програми «Теоретичні та практичні проблеми сучасного міжнародного права та іноземного конституційного права» (номер державної реєстрації 0111U000954).

Тему дисертації затверджено рішенням вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого від 23 січня 2004 р. (протокол № 6).

**Мета і задачі дослідження.** Метою дисертації є розкриття основних напрямів у сучасній вітчизняній та зарубіжній теорії міжнародного звичаєвого права, узагальнення та виявлення основних тенденцій в практиці застосування міжнародно-правових звичаїв найбільш авторитетними міжнародними судовими органами, встановлення особливостей формування універсальних (загальних) та

локальних звичаїв, а також їх співвідношення з іншими джерелами міжнародно-правових зобов'язань.

Для досягнення поставленої мети в роботі здійснено спробу вирішити такі завдання:

- визначити теоретичні основи обґрунтування правової природи міжнародно-правових звичаїв;

- встановити системотвірні елементи загальноприйнятого поняття «міжнародно-правовий звичай»;

- охарактеризувати сучасні підходи до тлумачення основних загальноприйнятих елементів поняття «міжнародно-правовий звичай» – практики та її визнання юридично обов'язковою (*opinio juris*);

- виявити та надати оцінку сучасним тенденціям тлумачення часового фактору формування міжнародно-правових звичаїв;

- надати оцінку концепції «миттєвого звичаю»;

- визначити роль міжнародних недержавних учасників міжнародних відносин (зокрема, міжнародних неурядових організацій) у формуванні міжнародно-правових звичаїв;

- розкрити співвідношення міжнародно-правових звичаїв і міжнародних договорів у формуванні та закріпленні норм загального міжнародного права;

- дослідити й узагальнити особливості формування, встановлення і застосування локальних звичаїв міжнародного права у практиці Міжнародного суду ООН та інших міжнародних судових органів і міжнародних міжурядових організацій;

- проаналізувати основні теоретичні підходи ХХ – початку ХХІ ст. до визначення поняття «загальний принцип права»;

- розкрити роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні загальних принципів права;

- охарактеризувати особливості змін та доповнень норм міжнародних договорів за допомогою міжнародно-правових звичаїв;

- виявити сучасні тенденції формування міжнародно-правових звичаїв за допомогою резолюцій міжнародних міжурядових організацій;

- визначити роль міжнародних судів у формуванні і встановленні змісту міжнародно-правових звичаїв;

- з'ясувати роль національних судів у формуванні і встановленні змісту міжнародно-правових звичаїв;

- визначити місце міжнародно-правових звичаїв у внутрішньому праві України.

*Об'єктом дослідження* є міжнародно-правові відносини, що формують міжнародно-правові звичаї.

*Предметом дослідження* є міжнародно-правовий звичай як

джерело сучасного міжнародного публічного права.

**Методи дослідження.** Методи дослідження обрані з урахуванням визначеної мети та завдань дослідження, його об'єкта та предмета. Методологічну основу дисертації склали загальноновизнані у правовій науці методи, зокрема, було застосовано такі з них:

– історико-правовий метод – під час вивчення розвитку юридичної думки про правову природу міжнародно-правових звичаїв, їх основних елементів;

– порівняльно-правовий метод – у дослідженні співвідношення міжнародно-правових звичаїв з іншими джерелами міжнародно-правових зобов'язань: загальними принципами права, міжнародними договорами, резолюціями міжнародних міжурядових організацій, рішеннями міжнародних і національних судів, актами внутрішнього законодавства;

– формально-юридичний метод – під час аналізу положень рішень міжнародних судових органів щодо визначення основних елементів міжнародно-правового звичаю та певних норм міжнародного права, закріплених у звичаєвій формі, норм міжнародних договорів та резолюцій міжнародних міжурядових організацій;

– системно-структурний метод пізнання – для здійснення аналізу новітніх тенденцій розвитку змісту основних елементів міжнародно-правового звичаю (практики та *opinio juris*), класифікації міжнародно-правових звичаїв;

– метод комплексного аналізу – для визначення фактичного змісту і основних тенденцій розвитку міжнародних відносин, що набувають міжнародної звичаєвої форми, а також правових, філософських, ідеологічних, політичних, економічних та інших чинників, які впливають на становлення та розвиток юридичної конструкції міжнародно-правового звичаю.

Науково-теоретичною основою дослідження є праці відомих вітчизняних науковців XIX – XX ст., а також провідних дослідників сучасного періоду, таких як: А. Х. Абашидзе, Л. А. Алексідзе, М. О. Баймуратов, В. А. Бачинін, І. П. Бліщенко, В. Г. Буткевич, О. В. Буткевич, В. А. Василенко, Г. М. Вельямінов, С. А. Войтович, Г. М. Даниленко, О. Р. Дашковська, В. Н. Денисов, В. В. Денисенко, А. І. Дмитрієв, М. Л. Ентін, В. І. Євінтов, Г. П. Жуков, Г. В. Ігнатенко, І. О. Ільїн, Р. А. Каламкарян, В. М. Корецький, Е. Л. Кузьмін, М. І. Лазарев, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, І. П. Лукін, С. І. Максимов, Н. Р. Малишева, Г. В. Мальцев, О. О. Мережко, М. М. Микієвич, М. В. Миронов, Н. М. Мінасян, Г. І. Морозов, Г. Д. Найко, Д. І. Нурумов, С. Г. Пальчик, О. С. Панарін, С. П. Погребняк, А. А. Подаков,

В. М. Постишев, П. М. Рабинович, М. П. Рагозін, В. М. Репецький, В. В. Речицький, Є. Т. Рутько, П. В. Саваськов, В. С. Семенов, Г. І. Тункін, Д. А. Урсин, Н. М. Ульянова, М. О. Ушаков, Д. І. Фельдман, С. Д. Цалін, М. В. Цвік, М. Є. Черкес, С. В. Черніченко, Л. Р. Шаммасова, Л. Н. Шестаков, В. М. Шумілов, М. В. Яновський та ін.

У зарубіжній доктрині міжнародного права різним аспектам міжнародного звичаєвого права присвятили свої роботи Д. Анцилотті, Е. Х. де Аречага, М. Байєрс, Дж. Бартон, К. Беземер, С. Бенеск, Ж. Беннетт, Л. Берат, Р. Бернхардт, І. Блюнчлі, А. Болдизар, Е. Бредлі, Я. Броунлі, Д. Вагтс, Л. Вайлдхабер, К. Волфке, Дж. Вілсон, І. Ганнінг, А. Гарвуд-Говерс, Дж. Голдсміт, Г. Гроцій, А. Д'Амато, П. Дайє, Р. Джексон, М. Дженіс, М. Діксон, М. Ейкхерст, О. Еліас, С. Жаннет, Й. Каммерхофер, Б. Картер, А. Кассезе, Р. Кей, Д. Р. Келлі, Г. Кельзен, Б. Конфорті, О. Корхонен, Р. Х. Кук, Дж. Л. Кунц, Х. Лаутерпахт, Р. Лезаффер, Б. Ленгілл, В. Лоу, Г. Макгрорі, Р. С. Дж. Макдональд, А. П. Маланчук, Дж. Мертус, Л. Міллер, Р. Мюллерсон, Нгуен Куок Динь, К. Ноурот, Д. П. О'Коннелл, Л. Опенгейм, Ф. Паризи, А. Пеле, Н. Петерсен, Ж. Пікте, Е. Познер, І. Рідел, М. Різман, А. Робертс, К. Родригес, П. Сигхарт, Г. Симпсон, Р. Слоун, Б. Стерн, Х. Тирлвей, І. А. Торбурн, Ж. Тускоз, Р. М. Уолден, А. Фердросс, В. Фон, Ч. Ч. Хайд, Х. Л. А. Харт, Л. Хенкін, М. П. Шарф, О. Шахтер, Дж. Шварценбергер, Д. Шелтон, І. А. Ширер, М. Н. Шоу та ін.

Емпіричною основою дослідження є міжнародно-правові звичаї, міжнародні договори, рішення міжнародних і національних судових органів, резолюції міжнародних міждержавних організацій, внутрішні закони та інші нормативно-правові акти України та деяких інших країн.

**Наукова новизна одержаних результатів.** Дисертація є першою в українській і пострадянській юридичній науці комплексною науковою працею, яку присвячено теоретичним проблемам сучасного міжнародного звичаєвого права, в якій наведено комплексне теоретичне узагальнення визначень правової природи сучасного міжнародно-правового звичаю, що дозволяє спрогнозувати подальшу еволюцію розвитку цього джерела в системі інших джерел міжнародного права; запропоновано методологію встановлення і застосування загальних і локальних міжнародно-правових звичаїв у міждержавних міжнародно-правових відносинах, діяльності міжнародних судових органів і внутрішніх правових системах.

*Уперше* в українській науці міжнародного права:

– обґрунтовано уточнення смислового змісту практики як об'єктивного елемента міжнародно-правового звичаю, відповідно до

якого *практику* слід розглядати як сукупність фактичних діянь (дій або бездіяльності) суб'єктів міжнародного права, що являють собою повторювані в міжнародних відносинах якісно однорідні за своїм змістом локалізовані в просторі й часі фрагменти соціального життя з відносно стабільним складом учасників (соціальні ситуації);

- застосовано теорію юридичних фактів до характеристики процесу формування міжнародно-правових звичаїв у правоутворюючому розумінні, коли факти соціальної дійсності (соціальні ситуації, «факти-явища») передують і безпосередньо впливають на формування норми права (правової моделі, «факта-моделі»); такий підхід дозволив уточнити зміст об'єктивного елемента формування міжнародно-правових звичаїв (практики) і відокремити його від суб'єктивного елемента (*opinio juris*);

- обґрунтовано висновок про те, що міжнародно-правовий звичай є більш адекватною формою зовнішнього вираження (джерелом) загального міжнародного права (імперативних норм, зобов'язань *erga omnes*, основних принципів і норм міжнародного права), ніж міжнародний договір, оскільки він є первинним засобом вираження універсальних морально-правових цінностей людства, а також встановлюється на основі комплексного аналізу різних міжнародних і внутрішньодержавних джерел, аналітичних розробок, будь-яких засобів зовнішньої фіксації практики дійсних (фактичних) міжнародних правовідносин;

- узагальнено особливості встановлення локальних (партикулярних) звичаїв міжнародного права за результатами дослідження практики Міжнародного суду ООН, які полягають у тому, що у порівнянні із загальними звичаями локальні не мають морально-ціннісного підґрунтя, тобто поширеного в міжнародних відносинах усвідомлення в правомірності їх існування і застосування та, як наслідок, встановлення локальних звичаїв передбачає більш поглиблене і комплексне вивчення доказів, що стосуються фактичних відносин усіх суб'єктів, які брали участь у їх формуванні;

- зроблено висновок про наявність у сучасному міжнародному праві звичаю, який наділяє міжнародні суди *правом* за власним розсудом застосовувати свою практику вирішення міжнародних спорів і практику інших міжнародних судів і арбітражів, якщо це прямо не передбачено їх статутами, а не *зобов'язує* міжнародні суди використовувати власну практику вирішення міжнародних спорів і відповідну практику інших міжнародних судів і арбітражів;

- обґрунтовано більш вагомий вплив національних судів на процес формування міжнародно-правових звичаїв, ніж виконавчої гілки влади, що зумовлено наданням будь-яким суб'єктам національного права (у тому числі органам виконавчої влади) юридично зобов'язуючої оцінки



реальних (фактичних) ситуацій на міжнародній арені за їх участю та правомірності їх поведінки.

*Удосконалено:*

– аргументи щодо переваг міжнародно-правових звичаїв перед міжнародним договором у закріпленні норм загального міжнародного права (імперативних норм, зобов'язань *erga omnes*, загальновизнаних принципів і норм міжнародного права) та інших норм міжнародного права;

– аргументи щодо переважного закріплення (об'єктивізації) загальних принципів права, зазначених у п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, у формі міжнародно-правових звичаїв; тільки звичаєва форма вираження загальних принципів права забезпечує їм стабільний характер, їх універсальну міжнародну суспільну значущість, охороняє від політичного маніпулювання і довільного суддівського розсуду;

– тезу про особливу роль рекомендаційних резолюцій міжнародних міждержавних організацій у цілеспрямованому та деталізованому (розгорнутому за змістом) формуванні міжнародно-правових звичаїв;

– аргументи на користь застосування рекомендаційних резолюцій Генеральної Асамблеї ООН (як, власне, і рекомендаційних резолюцій будь-яких міжнародних міждержавних організацій) як одного з доказів існування міжнародно-правових звичаїв;

– аргументи щодо критики теорії обов'язкового судового прецеденту в міжнародному праві, яка відома у державах загального права як доктрина *stare decisis*.

*Набули подальшого розвитку:*

– теоретичні положення щодо смислового змісту *opinio juris* як суб'єктивного елемента міжнародно-правового звичаю, відповідно до якого *opinio juris* – це вияв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, здійснюваний ними на підставі уявлень (переконань, віри, впевненості), сформованих у результаті тривалої міжнародної і внутрішньодержавної суспільної практики, про відповідність праву поведінки в тій чи іншій фактичній ситуації на міжнародній арені, що й виражається через визнання її як норми міжнародного звичаєвого права;

– аргументи щодо критики теорії юридичного позитивізму щодо пояснення правової природи міжнародно-правових звичаїв як мовчазної угоди держав, що не має писемного вираження;

– природно-правова теорія визначення правової природи міжнародно-правових звичаїв, стрижнем якої є визнання ідентичності й загальності людської природи, яка виявляється в наявності єдиної

нормативної свідомості людства, що відбиває природні потреби людської цивілізації в цілому й кожної людини окремо у своєму збереженні і подальшому розвитку;

– аргументи щодо часових факторів формування міжнародно-правових звичаїв, зокрема, що *час* – це обов'язковий об'єктивно необхідний фактор зародження й утвердження будь-якої норми міжнародного права, який може бути нетривалим, але має бути достатнім для виникнення і закріплення практики, що формує фактичну (об'єктивну) сторону міжнародної звичаєво-правової норми, і з'ясування внутрішнього (суб'єктивного) ставлення до неї її учасників;

– аргументи щодо критики теорії «моментальних» («миттєвих») звичаїв міжнародного права як такої, що не спростовує існуючої теорії міжнародного звичаєвого права в цілому і традиційних уявлень про строки формування міжнародних звичаєво-правових норм зокрема;

– питання щодо розширення кола учасників процесів формування міжнародно-правових звичаїв за рахунок фізичних осіб (індивідів), міжнародних і національних (локальних) неурядових організацій, тобто всіх тих, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання;

– дослідження процесу формування змін та доповнень міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями, який підтверджує, що способи зміни визначаються загальними закономірностями формування міжнародно-правових звичаїв;

– аналіз історії формулювання п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН про застосування «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями», що дозволяє інакше оцінити компроміс, досягнутий між прихильниками природно-правового і позитивістського напрямів у міжнародному праві при визначенні змісту норми, а саме наділення Міжнародного суду ООН правом при вирішенні міжнародних спорів звертатися до норм, що мають величезний регулятивний вплив (через їх особливу значеннєву і ціннісну значущість) на ефективне функціонування міжнародно-правової нормативної системи, але не мають загальновизнаного способу їх *об'єктивування* – джерела їх зовнішнього вираження;

– тлумачення поняття «загальних принципів права», які закріплені у п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН як одне з джерел міжнародного права; в результаті цього запропоновано визначення загальних принципів права, зазначених в п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, як найбільш загальних імперативних вимог до розуміння права як механізму реалізації волі у відносинах

людей у будь-якому суспільстві й відносинах будь-яких суспільств між собою, що сформувалися в суспільній свідомості, пройшли випробування часом і є основною невід'ємною складовою правової культури більшості існуючих націй і народів;

– теза про *цілеспрямоване* формування міжнародно-правових звичаїв, коли спочатку виникає припущення про можливе (перспективне) правило поведінки (майбутню норму міжнародного права), а вже потім, згодом, це правило, підтверджуючись кількарізовим фактичним застосуванням, розглядається як втілене у відповідному міжнародно-правовому звичаї;

– узагальнення практики міжнародних судових органів щодо використання у своїй діяльності власних попередніх правових позицій і правових позицій інших міжнародних судових органів;

– аргументи на користь застосування внутрішньодержавних судових рішень як вираження правової позиції відповідної держави (її *opinio juris*) щодо певного міжнародно-правового звичаю;

– питання про місце міжнародно-правових звичаїв у національному праві України, виявлено недоліки і прогалини внутрішньодержавного регулювання співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права і національного права України, які полягають, головним чином, у тому, що в Конституції України і національних законах України відсутні визначення міжнародно-правового публічного звичаю, диференціація міжнародно-правових звичаїв за силою юридичного впливу на міжнародні відносини (*jus cogens, erga omnes*), територіальною сферою дії (універсальні, локальні звичаї), співвідношення з міжнародними договорами України і джерелами внутрішнього права України, що повинно бути враховано в майбутніх змінах до Конституції України і законів України.

**Практичне значення одержаних результатів.** Дисертація є першим у вітчизняній науці міжнародного права комплексним дослідженням міжнародно-правових звичаїв. Вона дає цілісну картину цього джерела, що дозволяє ефективно використовувати його у науковій, педагогічній і практичній діяльності.

Для науки міжнародного права ця наукова праця має універсальне значення, оскільки вона може бути використана для встановлення міжнародно-правових звичаєвих норм, що регулюють відносини в будь-якій галузі міжнародного права. Її положення можуть стати підґрунтям для визначення шляхів подальшого розвитку наукової думки щодо цього джерела, а також деяких тематичних розділів теорії міжнародного публічного права, зокрема: джерела міжнародного права,

норми міжнародного права і їх правова природа, суб'єкти міжнародного права, співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права.

Положення і висновки дисертації можуть бути використані у навчальному процесі при викладанні курсів «Міжнародне право», «Право міжнародних організацій», «Право міжнародних договорів», «Міжнародне гуманітарне право», «Право міжнародної відповідальності» та ін.

З точки зору юридичної практики положення і висновки, сформульовані автором, спрямовані на удосконалення роботи тих державних органів, які залучені до визначення напрямів та практичного здійснення зовнішньої політики України, перш за все, МЗС України, відповідних структурних підрозділів Верховної Ради України і Адміністрації Президента України.

**Апробація результатів дисертації.** Основні положення дисертації та практичні рекомендації оприлюднено на засіданнях кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, а також на науково-практичних конференціях і семінарах, серед яких: Всеукраїнська науково-практична конференція молодих учених та здобувачів «Сучасні проблеми юридичної науки та практики» (Харків, 23–24 квітня 2007 р.), Всеукраїнська науково-теоретична конференція «XX Харківські політологічні читання: Політична культура суспільства: джерела, впливи, стереотипи» (Харків, 8–9 лютого 2008 р.); Міжнародна науково-теоретична конференція «XXI Харківські політологічні читання: Суспільство і політичні інститути в умовах трансформації та реформ» (Харків, 18 грудня 2008 р.); IV Міжнародна науково-практична конференція «Від громадянського суспільства – до правової держави» (Харків, ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 24 квітня 2009 р.); V Міжнародна науково-практична конференція «Переяславська Рада: її історичне значення та перспективи розвитку східнослов'янської цивілізації» (Харків, НТУ «ХП», 16–17 грудня 2010 р.).

Результати дослідження використовувались автором при викладанні лекційних курсів «Міжнародне право», «Право міжнародних організацій», «Право міжнародної відповідальності» і «Право Європейського союзу» в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого.

**Публікації.** Основні положення і результати дисертації викладені в індивідуальній монографії, 30 наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, включених до переліків, затверджених ВАК України, а також тезах науково-практичних конференцій.

**Структура роботи** зумовлена метою і предметом дослідження. Дисертація складається зі вступу, чотирьох розділів, поділених на 12 підрозділів (три з яких складаються з двох частин), висновків і списку

використаних джерел. Загальний обсяг роботи 422 сторінок, з них основного тексту 370 сторінок. Список використаних джерел включає 553 найменування (52 сторінки).

## ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **Вступі** обґрунтовується актуальність обраної теми, визначається ступінь її розробленості, встановлюється мета і завдання дослідження, його об'єкт і предмет, окреслюється методологічна і теоретична основа, формулюється наукова новизна роботи, характеризується теоретичне і практичне значення отриманих результатів, містяться дані про апробацію основних положень дослідження, його структуру.

**Розділ 1 «Правова природа міжнародно-правових звичаїв»** складається з двох підрозділів, присвячених характеристиці теоретичного обґрунтування походження міжнародно-правових звичаїв. Досліджуються підходи, що ґрунтуються на двох теоріях – юридичного позитивізму і природного права, які є домінуючими у вітчизняній доктрині і втілюють у собі два протилежні один одному типи праворозуміння – легістський і юридичний.

У підрозділі 1.1 *«Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції юридичного позитивізму»* досліджуються погляди вітчизняних і зарубіжних вчених – прихильників юридичного позитивізму щодо джерел юридичної обов'язковості міжнародно-правових звичаїв.

Юридичний позитивізм, який сформувався на основі позитивістського напрямку у філософії, виходить із реальності факту, даних досвіду. Він обмежується вивченням ознак зовнішніх явищ, не прагнучи глибше проникнути в перебіг подій, розібратися в морально-етичних переживаннях залучених суб'єктів. «Дійсним» джерелом права, за позитивістами, може бути тільки влада, здатна силою фізичного примусу або її погрозою нав'язати свою волю.

Джерелом походження норм звичаєвого міжнародного права, його правовою природою є згода (угода) суверенних держав, сформована в результаті узгодження їх воель (волевиявлення). Якщо держава не висловлювала своєї згоди на обов'язковість міжнародно-правової звичаєвої норми, що формується або вже існує, то юридично вона не зв'язана нею.

Вважається, що міжнародно-правовий звичай набуває свого значного поширення завдяки особливому способу прийняття норми з боку широкого загалу держав – їх *мовчазному визнанню*. На думку переважної більшості фахівців, воно становить стрижень

позитивістських поглядів на природу міжнародно-правових звичаїв. «Мовчазну» згоду держав слід виводити з її фактичної поведінки, але стосовно того, що саме становить її зміст, думки вчених дуже різняться. Уточнення ознак фактичної основи міжнародно-правових звичаїв до сьогодні являє собою одну з нагальних проблем світової теорії міжнародного звичаєвого права, вирішення якої дозволить розмежувати зміст об'єктивного і суб'єктивного елементів міжнародно-правових звичаїв – практики і *opinio juris*.

У підрозділі 1.2 «Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції природного права» досліджуються погляди вчених – прибічників теорії природного права щодо джерел виникнення юридичної обов'язковості норм міжнародно-правових звичаїв.

Загальною для всіх напрямів природного права є ідея про те, що всі правові норми ґрунтуються на якомусь об'єктивному фундаменті, який не залежить безпосередньо від волі людини (закони природи, воля Бога, універсальні морально-правові цінності). Природне право має наддержавну антропоцентричну і тому універсальну основу. Антропоцентричність права втілюється в однакових нормативних джерелах людської поведінки – нормах моралі. Численні фундаментальні дослідження ХХ – ХХІ ст. вказують на існування універсальних первинних моральних правил, властивих усім світовим культурам незалежно від часу їх існування і рівня розвитку. Ці моральні правила втілюють у собі норми, що забезпечують виживання і розвиток будь-яких людських суспільств (охорона материнства і дитинства, поважне ставлення до людей похилого віку, гостинність, заборона необґрунтованих і несправедливих убивств тощо) і формують загальнолюдські уявлення про добро і зло, правду й кривду, справедливість і несправедливість, свободу і рабство.

Формування морально-правових норм здійснюється головним чином не факторами зовнішнього примусу, а на основі безпосередньої взаємодії окремих осіб і соціальних груп. Учасники відносин самостійно, без впливу третіх осіб, вирішують для себе яким відносинам надавати правового характеру, а яким ні. Отже, відносини набувають нормативного змісту внаслідок саморегулювання, що відбувається шляхом постійної повторюваності і визнання за правилами поведінки, що складаються в результаті, юридично обов'язкової сили. І оскільки закріплюються ці правила, перш за все, в уявленнях людей, в їх індивідуальній і колективній свідомості, тому й природно, що першим юридичним джерелом їх фіксації виступає правовий звичай.

Правові звичаї становлять основу для формування звичаїв

міжнародного права. Їх поєднує спільна, єдина нормативна свідомість учасників правовідносин (як внутрішніх, так і міжнародних) і шлях, яким відбувається формування правомірних взірців поведінки відповідних суб'єктів. Міжнародно-правові звичаї фіксують у собі збіжні політико-правові погляди суб'єктів міжнародного права щодо правил їх взаємного існування. І оскільки саме звичаї втілюють у собі правові погляди цих суб'єктів щодо правил поведінки на міжнародній арені, їх міжнародну правосвідомість, тож саме вони і є основним засобом фіксації – джерелом міжнародного права, що закріплює універсальні моральні цінності за допомогою норм *jus cogens* та *erga omnes*.

**Розділ 2 «Формування міжнародно-правових звичаїв»** складається з трьох підрозділів, присвячених висвітленню теоретичних і практичних проблем процесу утворення міжнародно-правових звичаїв.

*Підрозділ 2.1 «Практика та opinio juris – основні елементи міжнародно-правових звичаїв»* складається з двох пунктів, присвячених питанням визначення змісту і особливостям формування практики та *opinio juris* як основних загально визначених складових частин міжнародно-правових звичаїв.

У пункті 2.1.1 *«Проблеми розмежування смислового змісту практики та opinio juris. Практика як фактична підстава міжнародно-правових звичаїв»* йдеться про проблеми і протиріччя, пов'язані з відмінностями у тлумаченні об'єктивного (практики) і суб'єктивного (*opinio juris*) елементів міжнародно-правових звичаїв. Багато вчених настільки широко тлумачать поняття «практика», що схильні недооцінювати значення другого елемента. Вони вважають, що *opinio juris* – це тільки один з аспектів практики держав, отже, самостійного значення не має. Причина такого підходу полягає в розумінні практики як будь-якої діяльності держави на міжнародній арені, до якої належать як її фактичні дії, так і акти політичного і правового характеру, що містять оцінку цих дій (державні заяви, протести, договори, прес-релізи, рішення внутрішніх судів тощо).

Широке тлумачення об'єктивного елемента значно дискредитує саму ідею формування міжнародно-правових звичаїв на основі реального життя і спонтанності їх утворення. Широке тлумачення практики призводить до зникнення смислової різниці між міжнародно-правовим звичаєм і міжнародним узвичаєнням. Але останні, як відомо, не є юридично обов'язковими. У практичному сенсі широке тлумачення практики веде до того, що зусилля юристів з пошуку доказів наявності або відсутності практики зосереджуються, головним чином, на всіляких офіційних заявах держав (або інших суб'єктів), а не на їх реальних

фактичних діях.

Вчені, які підтримують вузьке тлумачення поняття «практика», посилаються на відповідні рішення Міжнародного суду ООН, який неодноразово підкреслював важливість саме реальної практики (наприклад, див.: п. 27 рішення у справі *про континентальний шельф* (Лівія проти Мальти, 1985 р.), п. 184 рішення у справі *про військову та напіввійськову діяльність* (Нікарагуа проти США, 1986 р.) та ін.), і мають на увазі конкретні життєві обставини, що впливають на правовідносини сторін. Вони називають їх по-різному: «прецеденти», «дії», «вчинки», «фактичні акти» тощо, але не надають точного визначення їх змісту. На думку дисертанта, ці життєві обставини – практику – слід розглядати як *юридичні факти*, як конкретні події матеріального світу, окремо визначені в часі і просторі соціальні факти, з якими пов'язані виникнення, припинення або зміна міжнародних правовідносин. На відміну від традиційного розуміння юридичного факту, коли норма права передує соціальному факту і, таким чином, він має правозастосовний характер, пропонується розглядати його в зворотньому – правоутворюючому сенсі, що відповідає логіці формування міжнародно-правових звичаїв.

У пункті 2.1.2 «*Особливості формування opinio juris*» розглянуто питання про смисловий зміст суб'єктивного (внутрішнього, психологічного) елемента міжнародно-правового звичаю. За термінологією п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, цим елементом є *визнання* загальної практики правовою нормою. У рішеннях Міжнародного суду йдеться про *opinio juris sive necessitates*, скороченою формою якого і є саме *opinio juris*. У доктрині міжнародного права надаються різні смислові відтінки цього поняття: «переконаність», «необхідність», «упевненість», «віра», «заява», «консенсус», «угода», «згода», «воля» тощо. Звичайно, вони відображають різні теоретичні погляди щодо цього елемента.

Одне з найбільш поширених і давно відомих у доктрині обґрунтувань *opinio juris* надано *теорією угоди*, яка розглядає цей елемент у вольовому (волюнтаристському) сенсі. *Opinio juris* розглядається як прояв політичної доцільності держави при юридичній оцінці з її боку відповідної міжнародної практики. Якщо юридичні позиції держав з приводу будь-якого факту співпадають, можна стверджувати про виникнення певного міждержавного консенсусу (угоди) щодо утворення міжнародно-правового звичаю.

Сучасного розвитку ця теорія набула із застосуванням методів математичного моделювання. За їх допомогою вчені намагаються



вирахувати оптимальну кількість співпадінь раціональних дій держав на міжнародній арені з певного приводу, необхідних для встановлення існування міжнародно-правового звичаю. Зокрема, у дисертації наводяться розрахунки Дж. Голдсмита і Е. Познера, які застосували до пояснення механізму формування міжнародно-правових звичаїв широко відомий у науці приклад з теорії ігор – так звану «дилему ув'язненого» (prisoners's dilemma). Також наводяться розрахунки В. Фона і Ф. Парізі, які, досліджуючи питання про значення протестів держав у прийнятті на себе зобов'язань за міжнародно-правовими звичаями, вивели «формулу вигоди», яка, на їх думку, і являє собою «формулу *opinio juris*» у його найраціональнішому розумінні.

Головним недоліком цих підходів є початкове заперечення існування у людей будь-якого стартового культурного капіталу, який об'єднував би їх в усталені соціальні групи. Люди вимальовуються споконвічно ізольованими один від одного індивідами, взагалі не здатними до скільки-небудь тривалої інтеграції. Отже, і міжнародно-правовий звичай моделюється як би «з нуля». Відносини держав вибудовуються таким чином, начебто вони з самого початку були відділені одна від одної і ніколи раніше не існувало ніяких історичних, культурних, економічних та інших відносин між ними й народами, що їх утворюють. Це цілком протирічить дійсній історії людства.

Насправді людська поведінка (індивідуальна чи колективна) «перевантажена» стартовими нормативними (моральними, культурними, правовими, політичними та ін.) установленнями. Переважно більшість з них людина сприймає *na віру* і розглядає як незаперечні цінності. Їх значення для встановлення норм загального звичаєвого права вже неодноразово доведено практикою Міжнародного суду ООН та інших міжнародних судів і трибуналів, коли без докладного обґрунтування, встановлювалися звичаї на заборону міжнародних злочинів, норм права збройних конфліктів тощо.

Отже, *opinio juris* визначає вираження правосвідомості суб'єктів міжнародного права, яка спирається переважно на значеннєве начало, на загальноновизнані цінності людства, на накопичений практичний досвід і лише в останню чергу на ситуативний політичний вибір.

У підрозділі 2.2 «Нові тенденції в розумінні строків формування міжнародно-правових звичаїв крізь призму «моментального» нормоутворення» обґрунтовується теза про те, що час залишається необхідним чинником зародження й утвердження будь-якої звичаєвої норми міжнародного права. Він може бути нетривалим, але достатнім для виникнення й закріплення практики. Применшення фактору часу, і

навіть майже повне його виключення з процесу формування міжнародно-правових звичаїв, що пропонується теорією «моментальних» («миттєвих») звичаїв, веде до корінного перегляду існуючих уявлень про міжнародне звичаєве право в цілому.

Головна відмінність «моментального» нормоутворення полягає в тому, що роль практики значно знижена через скорочення проміжку часу, що відводиться на неї, і зменшення важливості повторів конкретних відносин (прецедентів), які формують практику. Роль *opinio juris*, навпаки, дуже зростає. Частіше йдеться про випадок, коли широке міжнародне визнання отримує поведінка одного чи декількох суб'єктів міжнародного права в одиничній фактичній ситуації на міжнародній арені. (Найбільш поширений приклад виникнення таких норм пов'язаний з польотом першого штучного супутника Землі у 1957 р.)

На думку автора, практика як основа формування звичаєвої норми не може тривати одномоментно. Переконавання в правоті дій (або утримання від них) формується поступово. Процес формування переконання є багатоплановим і складається з низки взаємозалежних етапів. Він містить у собі не тільки елементи інтелектуального порядку (вибір мети; визначення конкретних дій, необхідних для її досягнення; передбачення наслідків; співвіднесення їх із моральними засадами суспільства), а й елементи, пов'язані з втіленням передбачуваних результатів на практиці, у реальному житті, тому що останні врешті виступають, як добре відомо, критерієм істинності передбачуваної поведінки, оскільки дають можливість неупереджено оцінити його результати. Це, у свою чергу, або веде до закріплення цієї поведінки як норматичного зразка (формування норми права), або відбраковує її.

У підрозділі 2.3 «Розширення кола суб'єктів процесу формування міжнародно-правових звичаїв» висвітлюється вплив міжнародних і національних неурядових організацій (далі – НУО) на утворення міжнародно-правових звичаїв.

Незважаючи на світове визнання міжнародних стандартів у галузі прав людини і роль НУО в їх створенні і додержанні, доктрина і практика міжнародного права й досі зорієнтована головним чином на правовідносини суверенних держав. Не заперечуючи проти вагомості ролі держав, зазначимо, що відбуваються очевидні зміни в міжнародно-правовому регулюванні міжнародних відносин, які вже давно вийшли за рамки суто міждержавних. Адже є очевидним, що інтереси народу, який мешкає в рамках тієї чи іншої держави, можуть поширюватися далеко за її межі.

НУО традиційно виконують роль виразників інтересів широких

верств населення. Їх головна «зброя» – це формування суспільної думки на основі вираження інтересів певних груп населення. У цьому сенсі вони активно впливають на процеси визнання норм, що складаються в міжнародних відносинах, як міжнародно-правових звичаїв. У доктрині виділяють такі важелі впливу НУО на процеси формування звичаїв: розвиток доктрини міжнародного права у певних галузях; ініціювання ухвалення судових рішень з певних питань; лобіювання прийняття певних законів та інших нормативно-правових актів; організація міжнародних і національних конференцій з певних проблем; моніторинг діяльності держав; консультування міжнародних міжурядових організацій та ін.

**Розділ 3 «Проблеми звичаєвого закріплення загальних та локальних норм міжнародного права»** складається з двох підрозділів, у яких розкриваються особливості формування міжнародно-правових звичаїв на універсальному (загальному) і регіональному (локальному) рівнях.

У підрозділі 3.1 «*Міжнародно-правовий звичай – основна форма зовнішнього вираження норм загального міжнародного права*» автор робить свій внесок у давню дискусію в доктрині міжнародного права щодо основного джерела закріплення норм загального міжнародного права – міжнародно-правового звичаю чи міжнародного договору. Те, що ці норми втілюються взагалі у всіх відомих джерелах міжнародного права, будь-яких сумнівів не викликає.

Перед висловленням авторської позиції з цього приводу, вирішується питання, які саме норми формують загальне міжнародне право. Досліджуються погляди вчених щодо юридичного змісту норм *jus cogens, erga omnes* і основних принципів міжнародного права. Робиться висновок, що, звичайно, кожна із цих нормативних груп має свої особливості, але всі вони разом, безперечно, входять до кола норм загального міжнародного права.

Міркування про найбільш адекватний спосіб зовнішнього вираження (джерело) норм загального міжнародного права ведеться на підставі, по-перше, тлумачення тих рідкісних положень універсальних міжнародних договорів, у яких є пряма вказівка на ці норми, і, по-друге, звернення до пошуку соціальних коренів цих норм, їх правової природи.

У рамках першого підходу надано тлумачення статтям 53 і 64 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., які досить чітко вказують на звичаєво-правове походження імперативних норм.

У рамках другого – порівняно позитивістські і природно-правові погляди щодо соціально-правових джерел виникнення і закріплення

норм загального міжнародного права. Якщо прибічники юридичного позитивізму схильні надавати більше переваги міжнародним договорам, то прибічники природного права – звичаям. У будь-якому разі не заперечуючи важливої ролі універсальних міжнародних договорів, тим не менш схиляємось до переваги міжнародно-правових звичаїв у цьому питанні. Їх особливість полягає у встановленні норми на підставі дослідження значно більшого кола юридичних, політичних, фактичних відносин між суб'єктами міжнародного права. Під таким кутом зору міжнародний договір виступає тільки одним із засобів, одним із джерел доказів існування норми загального звичаєвого міжнародного права.

У підрозділі 3.2 «Локальні звичаї міжнародного права» досліджуються особливості формування у міжнародному праві локальних звичаїв. До них традиційно зараховуються як звичаї, що склалися в межах певного географічного простору, так і звичаї, що виникли у правовідносинах держав, не пов'язаних географічною близькістю.

Аналіз основних рішень Міжнародного суду ООН, в яких порушувалися питання встановлення локальних звичаїв (рішення у справах *про право притулку* (Колумбія проти Перу, 1950 р.), *про право проходу через індійську територію* (Португалія проти Індії, 1960 р.), *про храм Пра Вайхеа* (Камбоджа проти Таїланду, 1962 р.), *про делімітацію морського кордону в районі затоки Мен* (Канада проти США, 1984 р.)), свідчить, що загальний правовий підхід щодо кваліфікації наявності таких норм ґрунтується на відповідному формулюванні п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. На думку Суду, слова, що є у цій нормі, про звичай як «доказ загальної практики» не є перешкодою для застосування її і до локальних звичаїв. У ній йдеться не тільки про звичаї загального міжнародного права. Із цього випливає, що загальновизнана структура міжнародно-правових звичаїв (практика + *opinio juris*) також властива і локальним звичаям.

Проте дослідження конкретних випадків, розглянутих Міжнародним судом, виявило його вельми прискіпливе ставлення до встановлення саме локальних звичаїв. На відміну від практики щодо встановлення звичаїв загального міжнародного права, він жодного разу нічого не сприймав «на віру» або як самоочевидні речі. У кожній справі дослідження доказів існування локальних звичаїв було вельми поглибленим і комплексним.

**Розділ 4 «Міжнародно-правовий звичай та інші джерела міжнародно-правових зобов'язань»** складається з п'яти підрозділів, присвячених вивченню співвідношення міжнародно-правових звичаїв із

загальними принципами права, міжнародними договорами, резолюціями міжнародних міждержавних організацій, рішеннями міжнародних і національних судів, а також місцю міжнародно-правових звичаїв у правовій системі України.

У підрозділі 4.1 «Міжнародно-правовий звичай і загальні принципи права» досліджено погляди вчених на визначення поняття «загальні принципи права» і обґрунтовується теза про те, що саме міжнародно-правові звичаї виступають найбільш адекватним і природним засобом їх об'єктивізації.

Вивчення історії появи формулювання п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН вказує на те, що його розробники під «загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями» мали на увазі загальні правові принципи, властиві національним правовим системам держав – членів ООН (у першу чергу європейських країн). Утім теорія і практика міжнародного права продемонструвала неоднозначність сприйняття цієї норми. Власне, сам Міжнародний суд у низці своїх рішень не підтримав ідеї прямого запозичення принципів національних правових систем для врегулювання міжнародних спорів.

Підсумовуючи розмаїття думок за даним питанням, автор доходить висновку, що загальні принципи права – це, перш за все, не стільки так звані технічні норми, що забезпечують справедливий розгляд спорів, скільки норми, які визначають сутнісні характеристики тієї чи іншої правової системи, дають ціннісну й значеннєву основу для наступних раціональних міркувань (справедливість, рівність, гуманізм, свобода). Загальні принципи права пов'язують міжнародну і національні правові системи єдиними уявленнями про феномен права, про способи належної поведінки в тих чи інших ситуаціях.

Дослідження питання виникнення загальних принципів права виявило певну однаковість думок вчених, що в основі їх формування лежить сформована суспільна практика – повторювані суспільні відносини, у подальшому визнані як такі, що мають нормативно-правовий характер. По суті, це є не що інше, як повторення відомої формули міжнародно-правового звичаю – практика та визнання її юридично обов'язковою (*opinio juris*).

Підрозділ 4.2 «Міжнародно-правовий звичай і міжнародний договір» складається з двох пунктів, присвячених окремим питанням взаємодії цих основних джерел міжнародного права.

У пункті 4.2.1 «Проблема ієрархії у співвідношенні міжнародно-правового звичаю і міжнародного договору як джерел міжнародного права» співставляються переваги і недоліки закріплення міжнародно-

правових зобов'язань за допомогою звичаїв і договорів, які уособлюють собою відповідно неписане право (*lex non scripta*) і писане право (*lex scripta*).

Багатьма вченими вважається, що договір має такі безсумнівні переваги над звичаями, що зростання кодифікації призведе майже до повного витиснення останніх з процесів міжнародного нормоутворення. Серед головних переваг договорів вказуються: чітко виражений у часі, більш короткий і разом з тим прозорий і зрозумілий процес укладення; точність і деталізованість формулювань зобов'язань, що забезпечує їх зручне тлумачення; зручність імплементації у національне законодавство; визначеність процедури відмови від договору або зміни договірних зобов'язань.

У той же час інші дослідники вважають, що зазначені переваги є досить оптимістичними. Зокрема, практика укладання міжнародних договорів свідчить, що одиничне, разове узгодження воль та інтересів держав, утілене в окремому міжнародному договорі, рідко означає повне вирішення тієї чи іншої проблеми міжнародних відносин. Після підписання договору (особливо багатостороннього) розбіжності сторін не зникають. Крім того процеси укладення договорів можуть тривати десятиліттями, так і не досягнувши своєї кінцевої мети. Точність і зрозумілість формулювань договорів часто видається уявною, оскільки політичний компроміс, що є обов'язковою складовою будь-якого процесу укладення договору, навпаки, вимагає зробити їх або більш-менш загальними, або плутаними, або перше і друге разом.

У пункті 4.2.2 «Зміна і доповнення норм міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями» досліджується відповідна теорія і практика міжнародного співробітництва.

У Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. питанням зміни і доповнень договорів присвячені статі 39–41. Загальне правило, що стосується виправлень до договорів, сформульовано у ст. 39: «Договір може бути змінено за угодою між учасниками». Статті 40 і 41 деталізують цю норму. Жодна зі статей частини IV можливість зміни положень міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями прямо не передбачає. Однак певна можливість такої зміни впливає із тлумачення статей 44, 53 і 64 Віденської конвенції. Вони стосуються випадків появи нової імперативної норми міжнародного права, яка, як уже зазначалося, має бути звичаєвою. Норми договору, що протирічать новій нормі *jus cogens*, втрачають чинність.

Інша справа, коли звичаї, що формуються, не є імперативними. Міжнародна практика вже виробила певні шляхи впливу звичаїв на

положення міжнародних договорів. Перший варіант стосується випадків, коли звичаєві норми уточнюють і доповнюють формулювання договору. Визнання таких змін було встановлено, зокрема, Постійною палатою міжнародного правосуддя (справи *про юрисдикцію Європейської Дунайської комісії на ділянці між Галацом і Браїлою* (1927 р.), *про вільне місто Данциг і Міжнародну організацію праці* (1930 р.)) і Міжнародним судом ООН (справи *про храм Пра Вайхеа* (Камбоджа проти Таїланду, 1962 р.), *про відшкодування збитку, понесеного на службі в ООН* (1949 р.), *про силу рішень про компенсації, присуджувані Адміністративним трибуналом ООН* (1954 р.)).

Другий варіант передбачає скасування деяких положень міжнародних договорів за допомогою міжнародно-правових звичаїв. Найбільш відомий приклад – це скасування за допомогою відповідного звичаю норми ст. 5 Чиказької конвенції щодо цивільної авіації 1944 р., яка передбачала можливість нерегулярних польотів іноземних повітряних суден для некомерційних цілей у повітряному просторі учасників конвенції без одержання дозволу. Але практика, навпаки, пішла шляхом обов'язкового одержання дозволу.

У цілому слід зазначити, що будь-які способи змін і доповнень положень міжнародних договорів визначаються загальними закономірностями формування міжнародно-правових звичаїв.

У підрозділі 4.3 «Міжнародно-правовий звичай і резолюції міжнародних міжурядових організацій» обґрунтовуються деякі нові можливості впливу рекомендаційних резолюцій міжнародних міжурядових організацій на розвиток міжнародно-правових звичаїв, а саме їх вплив у напрямі прогресивного розвитку міжнародного права. У зв'язку з цим *opinio juris* починає відігравати нову роль у формуванні звичаїв, раніше не властиву йому – виступати не тільки як констатація правомірності сформованих суспільних відносин, але і як прогнозування появи нових звичаїв. Така функція абсолютно природна для *opinio juris* як суб'єктивного (психологічного) елемента.

Однак варто зазначити, що успішність прогнозування визначається згодом, залежно від прийняття фактичною суспільною практикою запропонованих варіантів поведінки. При цьому самі резолюції повинні розглядатися як один із доказів наявності суб'єктивного елемента стосовно нових звичаєвих норм і аналізуватися в сукупності з іншими даними, тобто власне так, як неодноразово зазначав Міжнародний суд ООН у своїй відповідній практиці (справи *про військову та напіввійськову діяльність в і проти Нікарагуа* (Нікарагуа проти США, 1986 р.), *про правові наслідки для держав у зв'язку з*

триваючою присутністю Південної Африки в Намібії (Південно-Західній Африці) всупереч резолюції Ради Безпеки 276 (1970) (1971 р.) та ін.).

Зазначено, що друга тенденція полягає в новому якісному впливі рекомендаційних резолюцій на виникнення нових звичаєвих норм міжнародного права. Завдяки резолюціям звичай стають складнішими, більш комплексними, оскільки не обмежуються простими формулюваннями, що з'являються в результаті традиційного процесу формування звичаїв – від фактичної практики до визнання (*opinio juris*). Наприклад, правильне та ефективне застосування такої загальноновизнаної норми міжнародного права, як заборона агресії та/або погрози нею, навряд чи можливо без урахування нюансів, зазначених у резолюції ГА ООН 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р. «Визначення агресії».

Підрозділ 4.4 «Міжнародно-правовий звичай і судові рішення» складається з двох пунктів, у яких розкриваються особливості взаємодії і співвідношення міжнародно-правових звичаїв і рішень міжнародних і національних судових органів.

У пункті 4.4.1 «Міжнародно-правовий звичай і рішення міжнародних судів» робиться наголос на підтримці традиційного сприйняття співвідношення міжнародно-правових звичаїв і рішень міжнародних судових органів, яке відповідає змісту норми п. 1 (d) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Тобто такі рішення є «допоміжним засобом для визначення правових норм». Це означає, що міжнародні судові рішення, по-перше, не є самостійним джерелом міжнародного права; по-друге, при встановленні міжнародно-правової звичаєвої норм вони розглядаються в сукупності з іншими доказами.

Необхідність підтвердження цієї традиційної позиції викликана новими роботами авторитетних українських і зарубіжних вчених, які на підставі досліджень впливу практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) на діяльність інших міжнародних судових органів і національних судів держав – членів Ради Європи, намагаються довести факт загального визнання в сучасному міжнародному праві англосаксонської доктрини *stare decisis*, тобто доктрини обов'язкового судового прецеденту.

Визнаючи міжнародний авторитет ЄСПЛ автор, тим не менш не може погодитися з поширенням його практики на все міжнародне право і вважає визнання усіх міжнародних судових рішень самостійним джерелом міжнародного права поки що передчасним. Для цього залишаються вельми ґрунтовні юридичні перепони, зокрема: принцип свободи обрання засобів вирішення міжнародних спорів, що є загальноновизнаним звичаєм загального міжнародного права; норма п. 1 (d)



ст. 38 Статуту Міжнародного суду, яка й досі не переглянута у встановленому порядку і не змінена ООН в рамках застосування діючої концепції повноважень, що припускаються; практика інших міжнародних судових органів, що відкрито не визнають доктрину *stare decisis*, і навіть практика самого ЄСПЛ, якою він сам заперечує її.

У пункті 4.4.2 «Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв» обґрунтовується позиція, що національні судові органи мають більш авторитетний вплив на процес формування міжнародно-правових звичаїв, ніж органи виконавчої влади, як це вважається традиційно.

Звичайно, органи виконавчої гілки влади грають провідну роль у формуванні зовнішньої політики будь-якої держави. Саме вони практично здійснюють зовнішню політику: їх службовці беруть участь у переговорах, підписують юридично зобов'язуючі документи, беруть участь у різних зовнішньополітичних акціях і т. ін. Подібними можливостями ні законодавча, ні судова влада не володіють. Фактично вони можуть мати лише власну позицію щодо якогось зовнішньополітичного питання. Тому багато фахівців вважає, що вони просто обслуговують виконавчу владу в цьому напрямку. Щодо судів також зазначається, що вони взагалі не є органами зовнішніх зносин держави і не виконують будь-яких зовнішньополітичних функцій.

Певною мірою погоджуючись із цим, слід враховувати, що суди в системі поділених владних повноважень посідають особливе, стратегічно важливе місце для розвитку всієї внутрішньодержавної правової системи. На відміну від законодавчої і виконавчої влади на них прямо покладений обов'язок надавати правову оцінку фактичному життю в державі.

Стверджується, що в розрізі міжнародного звичаєвого права діяльність національних судів є не що інше, як перманентна реалізація психологічного елемента (*opinio juris*). Інше питання, до яких саме соціальних відносин судді застосовують це *opinio juris*. Навіть якщо суддя застосовує національне право для врегулювання національних фактичних відносин, для міжнародного звичаєвого права це може мати значення. Заборона і кримінальна відповідальність за вбивства, зґвалтування, заподіяння тілесних ушкоджень, рабство, ксенофобію, найманство і т. п., підтвержені судовими рішеннями в різних державах, є прямими доказами існування міжнародно-правових звичаїв і розглядаються як сукупна міжнародна судова практика.

Якщо ж суддя національного суду при розгляді справи торкається міжнародних відносин, він змушений шукати норми міжнародного права, які їх регулюють. У системі поділу влади роль судів

полягає у стримуванні різного роду спроб інших державних органів домінувати як у внутрішній, так і в зовнішній політиці. Юридично рішення суду може поставити за обов'язок виконавчій владі діяти певним чином або утримуватися від дій, отже, позиція суду є авторитетнішою за позицію виконавчої влади.

У підрозділі 4.5 «Міжнародно-правові звичаї у праві України» досліджуються проблемні питання співвідношення міжнародно-правових звичаїв і національного права України.

Констатується, що для правової системи України пряма вказівка на міжнародно-правовий звичай є досить нетиповою. Конституція України прямих посилань на нього не містить. У поточному законодавстві згадується міжнародний звичай в контексті регулювання приватноправових відносин (Цивільний кодекс України, Закон України «Про міжнародне приватне право» та деякі інші). В українській доктрині з цього приводу зважається на те, що йдеться не про *публічні* а про *приватні* міжнародно-правові звичаї (правові звичаї міжнародної торгівлі).

Про значення міжнародно-правових публічних звичаїв для права України можна судити лише з офіційних посилань на «загальновизнані норми міжнародного права» (розділ X Декларації про державний суверенітет України від 16.07.1990 р.) і «загальновизнані принципи і норми міжнародного права» (ст. 18 Конституції України). За їх загальнопоширеним тлумаченням під такими принципами і нормами розуміються саме звичаї загального міжнародного права.

Ще однією підставою для застосування в рамках права України міжнародно-правових звичаїв вважається норма ст. 8 Конституції, яка проголошує принцип верховенства права. У контексті досліджуваного питання в даному разі йдеться насамперед про ті норми загального міжнародного права, які стосуються розуміння і застосування категорії «право» як такої. Інакше кажучи, мова йде про застосування загальних принципів права.

У цілому питання про співвідношення міжнародного звичаєвого права і права України належним чином не врегульоване, є очевидним вельми несистемне і недиференційоване визначення підстав застосування міжнародно-правових звичаїв, у зв'язку з чим пропонується внесення відповідних змін.

## ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення і вирішення фундаментальної наукової проблеми сучасного міжнародно-правового

звичаю, що проявляється у теоретичному узагальненні визначень правової природи сучасного міжнародно-правового звичаю, що дозволяє спрогнозувати подальшу еволюцію розвитку цього джерела в системі інших джерел міжнародного права, і розробці методології встановлення і застосування загальних і локальних міжнародно-правових звичаїв у міждержавних міжнародно-правових відносинах, діяльності міжнародних судових органів і внутрішніх правових системах. Головні теоретичні, методологічні та практичні результати дослідження викладені у таких висновках:

1. Проведене дослідження дозволяє розглядати міжнародно-правовий звичай не просто як одне з основних джерел сучасного міжнародного права, а як первинне й головне з них.

*Первинність* звичаю доводиться всією історією розвитку людства, протягом якої звичай успішно виконував функції найбільш стабільного й надійного закріплення основних норм соціальної поведінки – морально-правових приписів. У звичаях виявлявся менталітет прадавніх народів – їх переконання й вірування про належну поведінку в певних ситуаціях, правила моралі. Звичай закріплював найбільш прийнятні норми поведінки прадавніх первісних народів між собою.

*Верховенство* міжнародно-правового звичаю визначається особливостями зовнішнього вираження – численністю засобів доведення, що дозволяють на основі всебічних і комплексних досліджень фактичних міжнародних відносин переконатися в наявності найважливіших норм міжнародного права (*jus cogens, erga omnes*, загальних принципів права), їх непорушності, фундаментальності.

2. Теорія юридичного позитивізму не може дати вичерпного пояснення правової природи міжнародно-правових звичаїв. Припущення про узгоджувальну природу звичаїв, висунуте позитивізмом, будується на визнанні воль держав єдиним і виключним джерелом походження міжнародних прав і обов'язків. Звичай розглядається як мовчазна угода держав, що не має писемного вираження. У зв'язку з тим, що методологічно позитивізм будує дослідження на визнанні очевидних фактів, відводить провідну роль методам спостереження й опису та відмовляється від вивчення складних взаємозв'язків міжнародно-правових норм з іншими соціальними явищами (нормами моралі й моральності, загальнолюдськими цінностями, психологічними закономірностями соціальної поведінки), він з самого початку виявляється нездатним виявити внутрішні причини, що спонукають держави й інших суб'єктів міжнародного права додержуватися таких неписаних «угод».

3. Стверджується, що правова природа міжнародно-правових звичаїв має глибоку природно-правову основу. Її стрижнем є визнання ідентичності й загальності людської природи, яка виявляється в наявності єдиної нормативної свідомості людства, що відбиває природні потреби людської цивілізації в цілому й кожної людини окремо у своєму збереженні й подальшому розвитку. Джерелом формування міжнародно-правових звичаїв є уявлення про загальнолюдські норми моралі й моральності як про правила поведінки, що відбивають об'єктивні історично сформовані закономірності, які забезпечують потреби суспільства в мирному розвитку і розкриваються в змісті філософсько-правових категорій свободи, рівності, гуманності й справедливості.

4. Незважаючи на те, що в сучасній вітчизняній і зарубіжній доктрині міжнародного права з'являються пропозиції про зміну (уточнення) структурної основи міжнародно-правових звичаїв, домінуючим є уявлення про формування звичаїв на підставі двох елементів – практики (об'єктивний елемент) і *opinio juris* (суб'єктивний, психологічний елемент). Кожний з них має власний (вузький) значеннєвий зміст:

*практика* – це сукупність фактичних діянь (дій або бездій) суб'єктів міжнародного права, що являють собою повторювані в міжнародних відносинах якісно однорідні за своїм змістом локалізовані в просторі й часі фрагменти соціального життя з відносно стабільним складом учасників (соціальні ситуації);

*opinio juris* – це вияв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, здійснюваний ними на підставі уявлень (переконань, віри, впевненості), сформованих у результаті тривалої міжнародної і внутрішньодержавної суспільної практики, про відповідність праву поведінки в тій чи іншій фактичній ситуації на міжнародній арені, що й виражається через визнання його як норми міжнародного звичаєвого права. За вираженням внутрішнього (психологічного) ставлення, що мотивує вольову поведінку будь-яких суб'єктів міжнародного права, у тому числі й суверенних держав, до певних подій міжнародного життя, стоїть багатовіковий досвід розвитку людської цивілізації, що сформував універсальні морально-правові принципи – ті абсолютні імперативи, що визначають основи правового регулювання міжнародних і внутрішньодержавних відносин.

5. Зроблено висновки стосовно часових факторів формування міжнародно-правових звичаїв:

1) *час* – це обов'язковий об'єктивно необхідний фактор зародження й утвердження будь-якої звичаєвої норми міжнародного

права. Він може бути нетривалим, але має бути достатнім для виникнення й закріплення практики, що формує фактичну сторону міжнародної звичаєво-правової норми, і з'ясування внутрішнього ставлення до неї її учасників. При цьому точних строків, необхідних для формування того чи іншого міжнародно-правового звичаю, не існує;

2) концепція «моментальних» звичаїв міжнародного права не спростовує існуючої теорії міжнародного звичаєвого права в цілому й традиційних уявлень про строки формування міжнародних звичаєво-правових норм зокрема. Разом з тим вона вказує на необхідність розмежування смислового змісту практики й *opinio juris* як елементів міжнародно-правових звичаїв та на новий – цілеспрямований – шлях формування міжнародно-правових звичаєвих норм.

6. Суверенні держави є не єдиними суб'єктами – учасниками процесів формування міжнародно-правових звичаїв. Поряд з ними в міжнародному звичаєвому нормоутворенні беруть участь фізичні особи, міжнародні й національні неурядові організації. Науковою підставою для розширення кола учасників процесів формування міжнародно-правових звичаїв є застосування природно-правової теорії до розуміння природи міжнародного права в цілому й до тлумачення поняття «публічний» у міжнародному праві зокрема.

7. Найадекватнішою формою зовнішнього вираження (джерелом) норм загального міжнародного права (імперативних норм, зобов'язань *erga omnes*,) є міжнародно-правовий звичай. Його головні переваги перед міжнародним договором визначаються наступним:

а) звичай є первинним засобом вираження тих універсальних морально-правових цінностей, які сформувалися на підставі багатомісячного історичного досвіду суспільних відносин і тим самим надали йому властивостей, що не залежать від політичної кон'юнктури;

б) установлення звичаїв має таку особливість: висновок про наявність норми робиться виходячи з комплексного аналізу різних джерел, що мають не тільки позитивно-правове походження (міжнародні договори, національне законодавство різних держав), але й актів застосування позитивних норм (рішення міжнародних і національних судів, рішення міжнародних організацій, постанови урядів різних держав і т. п.), а також будь-яких інших засобів зовнішньої фіксації практики дійсних (фактичних) міжнародних правовідносин.

8. Локальні (партикулярні) міжнародно-правові звичаї мають ті ж основні кваліфікуючі ознаки (елементи), закріплені в п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, що й звичаї загального міжнародного права – практику і *opinio juris*. При цьому у порівнянні із загальними

звичаями вони не мають морально-ціннісного підґрунтя, тобто поширеного в міжнародних відносинах усвідомлення в правомірності їх існування і застосування. Як наслідок, встановлення локальних звичаїв передбачає більш поглиблене і комплексне вивчення доказів, що стосуються фактичних відносин усіх суб'єктів, які брали участь у їх формуванні.

9. Більш глибоке вивчення історії формування п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН норми про застосування «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» дозволяє інакше оцінити компроміс, досягнутий між прихильниками природно-правового й позитивістського напрямів у міжнародному праві, результатом якого вона стала. Так, апелювання до «цивілізованих націй», що означає, на думку багатьох учених, пряме запозичення для регулювання міжнародних відносин загальних принципів права національних правових систем, з самого початку мало на меті подолання виключного, монополістського застосування норм, закріплених у міжнародних договорах і міжнародно-правових звичаях, які, за думкою, що панувала у першій половині ХХ ст., були єдиними джерелами міжнародного права й закріплювали тільки його позитивні норми. За допомогою норми п. 1 (с) ст. 38 свого Статуту Міжнародний суд офіційно наділявся правом при вирішенні міжнародних спорів звертатися до норм, що мають величезний регулятивний вплив (у силу їх особливої значеннєвої й ціннісної значущості) на ефективне функціонування міжнародно-правової нормативної системи, але не мають загальновизнаного способу їх *об'єктивування* – джерел їх зовнішнього вираження.

10. На сучасному етапі розвитку уявлень про сутність і призначення загальних принципів права в контексті міжнародного права можна запропонувати таке їх визначення:

Загальні принципи права, зазначені в п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, – це найбільш загальні імперативні вимоги до розуміння права як механізму реалізації волі у відносинах людей у будь-якому суспільстві й відносинах будь-яких суспільств між собою, що сформувалися в суспільній свідомості, пройшли випробування часом і є основною невід'ємною складовою правової культури більшості існуючих націй і народів.

11. Найбільш адекватним засобом об'єктивування загальних принципів права є міжнародно-правовий звичай. По-перше, *неписане* закріплення в міжнародній суспільній правосвідомості загальних принципів права як особливої категорії правових норм здійснюється тільки через визнання нормативно-правових якостей за постійно

повторюваними суспільними відносинами, тобто – через додержання широко відомої формули міжнародно-правового звичаю (практика і *opinio juris*). По-друге, на відміну від інших джерел міжнародного права тільки звичаєва форма вираження загальних принципів права забезпечує їм стабільний характер, їх універсальну міжнародну суспільну значущість, охороняє від політичного маніпулювання й довільного суддівського розсуду.

12. Переваги договірної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань дуже перебільшені. Зовнішня офіційна одноразова фіксація норм далеко не завжди може бути надійним засобом чіткого, зрозумілого й оперативного встановлення міжнародних прав і обов'язків. Договір – це завжди результат політичного компромісу й тому, на відміну від звичаю, може мати мало спільного з реальними (фактичними) правовідносинами сторін, їх первісними інтересами й намірами. Звичай набагато повніше відображає ці правовідносини. Він ураховує не тільки слова (офіційні заяви, декларації й т. п.), але й діяння суб'єктів (їх дії і бездіяльність).

13. Незважаючи на відсутність у Віденській конвенції з права міжнародних договорів 1969 р. норм, що прямо передбачають можливість зміни міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями, така можливість не виключається. Її реальність підтверджується практикою міжнародних судових органів, міжнародних організацій і в цілому практикою міжнародного співробітництва. Способи зміни визначаються загальними закономірностями формування міжнародно-правових звичаїв.

14. Рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї ООН (як, власне, і рекомендаційні резолюції будь-яких міжнародних міждержавних організацій), як і раніше, повинні розглядатися в загальноприйнятому розумінні – як один з доказів існування міжнародно-правових звичаїв. Самі по собі вони не можуть створювати ці норми.

Разом з тим завдяки резолюціям міжнародних організацій процес формування звичаїв набув деяких принципово нових рис. Вони виявляються насамперед у новому *цілеспрямованому* формуванні міжнародно-правових звичаїв, коли спочатку виникає припущення про можливе (перспективне) правило поведінки (майбутню норму міжнародного права), а вже потім це правило, підтверджуючись кількаразовим фактичним застосуванням, розглядається як втілене у відповідному міжнародно-правовому звичаї.

15. Основні твердження сучасних прибічників теорії обов'язкового міжнародного судового прецеденту (доктрини *stare*

*decisis*) про «застарілість» і недосконалість норми ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, безперечну авторитетність рішень міжнародних судів і їх значний вплив на розвиток доктрини і практики міжнародного права, необхідність забезпечення наступності та передбачуваності самої практики міжнародних судів і арбітражів не є достатніми підставами на використання цих рішень як самостійного окремого джерела міжнародного права. Офіційні повноваження провідних міжнародних судових органів досі не містять відповідних норм, які би, по-перше, чітко наділяли їх правом на повторне неодноразове застосування правових позицій, висловлених у їх попередніх рішеннях; по-друге, зобов'язували держави застосовувати ці рішення поряд з іншими загальновизнаними джерелами міжнародного права, і тим більше не містять відповідних вказівок щодо такого можливого застосування. Крім цього, аналіз діяльності міжнародних судів свідчить про суперечність їх практика у застосуванні цієї доктрини. Міжнародні суди на свій розсуд залежно від обставин тієї чи іншої справи ухвалюють рішення про використання або невикористання як своїх рішень, так і рішень один одного. Це змушує з обережністю підходити до узагальнення існуючої відповідної практики міжнародних судових органів і проголошення на її підставі міжнародно-правових звичаїв, які б змінювали і доповнювали писані статутні норми, що забезпечують їх діяльність.

Можна стверджувати, що зараз у загальному міжнародному праві не є усталеним звичай, який би зобов'язував міжнародні суди використовувати власну практику вирішення міжнародних спорів і відповідну практику інших міжнародних судів і арбітражів. У той же час є очевидними ознаки загального визнання *права* міжнародних судів на застосування за власним розсудом своєї практики і практики інших судів і арбітражів, якщо це прямо не передбачено їх статутами.

16. Уявлення про роль національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, що склалися на сьогоднішній день у доктрині, потребують кардинальної переоцінки. У суспільстві, в якому суд справді незалежний, його позиція, що стосується регулювання відносин, які впливають на встановлення й виконання міжнародно-правових зобов'язань держави, є більш авторитетною в порівнянні з позицією виконавчої гілки влади: суд може юридично поставити за обов'язок виконавчій владі діяти певним чином або утримуватися від здійснення дій на міжнародній арені. Для процесу утворення норм міжнародного звичаєвого права це має вирішальне значення, оскільки в судовому рішенні правова позиція держави (її *opinio juris*) виражається найбільш повно й комплексно, оскільки враховує особливості побудови



й функціонування внутрішньої правової системи держави в цілому.

17. У Конституції і внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права та національного права України належним чином не врегульоване.

Чинна Конституція України:

а) не містить чітких вказівок на міжнародно-правовий звичай як на одне з джерел закріплення міжнародно-правових зобов'язань України; загальноприйнята в українській доктрині точка зору про можливе застосування в праві України міжнародно-правових звичаїв виникла на основі апелювання чинної Конституції України до «загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права» (ст. 18) і принципу верховенства права (ст. 8);

б) закріпленням у ст. 8 принципу верховенства права дає підставу для пріоритетного застосування у внутрішньому правопорядку України тих звичаїв загального міжнародного права, які закріплюють загальні принципи права, причому й у тих випадках, коли дані звичаєві норми суперечать самій Конституції;

в) статтю 18 установлює пріоритетне застосування звичаїв загального міжнародного права («загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права») національними судовими та адміністративними органами України при наданні юридичних оцінок зовнішньополітичної діяльності України.

Національна правова система України потребує визначення міжнародно-правового звичаю як одного із джерел міжнародно-правових зобов'язань України. У праві України повинні бути визначені:

а) поділ міжнародно-правових звичаїв за ступенем їх юридичного впливу на систему регулювання міжнародно-правових відносин (зокрема, звичаї, що закріплюють імперативні норми міжнародного права та норми *erga omnes*);

б) поділ міжнародно-правових звичаїв за територіальною сферою формування і застосування (універсальні і локальні звичаї);

в) співвідношення з іншими джерелами міжнародно-правових зобов'язань України і, перш за все, з міжнародними договорами України, а також з джерелами внутрішнього права України;

г) порядок встановлення існування міжнародно-правових звичаїв державними органами України.

18. На підставі проведеного дослідження міжнародно-правовий звичай можна визначити як джерело (форму зовнішнього вираження) міжнародного права, що містить правило зовнішньої поведінки учасників міжнародних правовідносин, яке склалося в практиці одноманітних фактичних міжнародних правовідносин (соціальних

ситуацій), що являють собою неодноразово повторювані в міжнародних відносинах якісно однорідні за своїм змістом локалізовані в просторі й часі фрагменти соціального життя з відносно стабільним складом учасників, і яке закріплено у правосвідомості суб'єктів міжнародного права як нормативний зразок на підставі їх уявлень (переконань, віри, упевненості) про те, що воно відповідає чинному міжнародному праву і тягне міжнародно-правову відповідальність за його недотримання.

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

### *Монографія*

1. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія / Ю. В. Щокін. – Х. : Право, 2012. – 456 с.

### *Статті у наукових фахових виданнях України*

1. Щокін Ю. Юридична природа привілеїв та імунитетів міжнародних міжурядових організацій та їх персоналу / Ю. Щокін, Д. Свояк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 4. – С. 132–142.

2. Щокін Ю. В. Компетенція Європолу в галузі боротьби з нелегальною імміграцією / Ю. В. Щокін // Митна справа. – 2003. – № 5. – С. 91–98.

3. Щокін Ю. В. Міжнародна правосуб'єктність Європолу / Ю. В. Щокін // Український часоп. міжнародного права. – 2003. – № 3. – С. 100–106.

4. Щёкин Ю. В. Политический взгляд на правовую природу международно-правовых обычаев / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 71. – С. 173–181.

5. Щёкин Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 114–122.

6. Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144.

7. Щёкин Ю. В. Критика позитивной теории международно-правовых обычаев / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 78. – С. 141–149.

8. Щёкин Ю. В. Феномен «моментальных» международно-правовых обычаев (анализ на примерах формирования обычаев международного космического права) / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 79. – С. 135–144.

9. Щёкин Ю. В. Качественный и количественный элементы международно-правового обычая у А. Д'Амато / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80. – С. 188–196.

10. Щокін Ю. В. Недержавні учасники процесу утворення міжнародно-правових звичаїв / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 129–140.

11. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії «мовчазної» угоди / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 162–171.

12. Щокін Ю. В. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 188–197.

13. Щокін Ю. В. Роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні імперативних норм міжнародного права / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48). – С. 242–251.

14. Щёкин Ю. В. Формирование международно-правовых обычаев с позиции методологии либерально-экономического анализа международных правоотношений (на примере концепции В. Фона и Ф. Паризи) / Ю. В. Щёкин, С. В. Поляков // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 86. – С. 176–185.

15. Щёкин Ю. В. Особенности формирования двусторонних международно-правовых обычаев / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 87. – С. 147–156.

16. Щёкин Ю. В. Изменение норм международных договоров международно-правовыми обычаями / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 89. – С. 186–194.

17. Щёкин Ю. В. Влияние рекомендательных резолюций Генеральной Ассамблеи ООН на формирование норм международного обычного права / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України,

2007. – Вип. 90. – С. 191–199.

18. Щокін Ю. В. Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 3 (50). – С. 158–167.

19. Щокін Ю. В. Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 4 (51). – С. 199–208.

20. Щёкин Ю. В. Международно-правовой обычай или международный договор: конкуренция источников в приоритете закрепления норм общего международного права / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2008. – Вип. 93. – С. 186–195.

21. Щокін Ю. В. Міжнародні звичаї в російській доктрині міжнародного права другої половини ХІХ – початку ХХ століття / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1 (52). – С. 209–218.

22. Щокін Ю. В. Проблема співвідношення міжнародно-правового звичаю та міжнародного договору як джерел міжнародного права / Ю. В. Щокін // Вісн. Харків. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна № 841. – Серія: Право. – 2009. – Вип. № 1 (5). – С. 244–248.

23. Щокін Ю. В. Загальні принципи права: проблеми тлумачення п. 1 (с) статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН / Ю. В. Щокін // Вісн. Харків. нац. ун-ту імені В. Н. Каразіна № 872. – 2009. – № 6. – С. 175–179. – Серія: Право.

24. Щёкин Ю. В. Объективные признаки международной межправительственной организации / Ю. В. Щёкин // Проблемы законности : сб. науч. тр. / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков. : Нац. ун-т «ЮАУ имени Я. Мудрого», 2013. – Вып. 122. – С. 81–92.

25. Щёкин Ю. В. Применение доктрины подразумеваемой компетенции в практике Постоянной палаты международного правосудия / Ю. В. Щёкин // Альманах міжнародного права. – Одеса, 2015. – Вип. 9. – С. 102–110.

***Статті у наукових періодичних виданнях інших держав***

1. Щёкин Ю. В. Международно-правовые обычаи в правовой системе Соединённых Штатов Америки XVIII–XIX веков / Ю. В. Щёкин // Журн. науч. публикаций аспирантов и докторантов. – Октябрь 2013. – № 10 (88). – С. 128–131.

2. Щёкин Ю. В. Международно-правовые обычаи в правовой системе Соединённых Штатов Америки XX – начала XXI веков / Ю. В. Щёкин // Журн. науч. публикаций аспирантов и докторантов. –

Октябрь 2013. – № 11 (89). – С. 116–121.

3. Щёкин Ю. В. Международно-правовой обычай как источник права Англии / Ю. В. Щёкин // «Legea și viața». – Decembrie 2013.– Nr. 12/4 (264). – С. 204–208.

4. Щёкин Ю. В. Теория обязательного судебного прецедента в современной украинской доктрине международного права / Ю. В. Щёкин // «Legea și viața». – Ianuarie 2014. – Nr. 1/3 (265). – С. 233–236.

5. Щёкин Ю. В. Выход из Европейского Союза: гарантированное право или декларативная норма? / Ю. В. Щёкин, А. А. Заика // Евразийский Союз Учёных. – 2015. – № 4 (13). – С. 141–143.

***Публікації, які додатково відображають результати дисертаційного дослідження***

1. Щокін Ю. В. Взаємозв'язок основних елементів звичаєвих норм міжнародного права / Ю. В. Щокін // Сучасні проблеми юридичної науки та практики: тези доп. та наук. повідом. Всеукраїнської наук.-практ. конф. молодих учених та здобувачів / за заг. ред. проф. М. І. Панова. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2007. – С. 90–93.

2. Щёкин Ю. В. ВТО – игра по правилам. Правовой взгляд на ожидания от долгожданного членства / Ю. В. Щёкин, А. С. Шумилов // Мир денег. – 2007. – август-сентябрь 8 (86). – С. 26–29.

3. Щёкин Ю. В. Международно-правовой обычай как средство реализации внешней политики государства / Ю. В. Щёкин // Політична культура суспільства: джерела, впливи, стереотипи : зб. статей і тез за матеріалами Всеукраїнської наук.-теорет. конф. – ХХ Харківські політологічні читання. – Харків : НЮАУ ім. Ярослава Мудрого, НДІ держ. буд. та місц. самоврядування АПрН України, 2008. – С. 356–358.

4. Щёкин Ю. В. Роль национальных судов в регулировании внешней политики государства / Ю. В. Щёкин // Суспільство і політичні інститути в умовах трансформації та реформ: ХХІ Харківські політологічні читання: Матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. – Х. : ХАП, НЮАУ імені Ярослава Мудрого, НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України, 2008. – С. 265–267.

5. Защита права собственности и права на справедливое правосудие: практическое руководство для украинского юриста по применению Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. / под общ. ред. доц. Ю. В. Щёкина. – Харьков: МП «Крок», 2008. – 108 с.

6. Щокін Ю. В. Особливості практики Міжнародного суду ООН по встановленню локальних звичаїв міжнародного права / Ю. В. Щокін // Від громадянського суспільства – до правової держави: тези доп. IV міжнар.

наук.-практ. конф. – Харків : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2009. – С. 161–163.

7. Щёкин Ю. В. Украина и СНГ: есть ли смысл сжигать мосты? (анализ международно-правовых аспектов выхода Украины из учредительных документов СНГ) // Переяславская Рада: её историческое значение и перспективы развития восточнославянской цивилизации: [сб. науч. трудов: по материалам IV Междунар. науч.-практ. конф. 9–11 декабря 2009 г.] / под ред. А. Г. Романовского, Ю. И. Панфилова. – Харьков : НТУ «ХПИ», 2010. – С. 266–269.

8. Щёкин Ю. В. Аналитическое заключение по проблеме острова Змеиний в решении Международного суда ООН по спору между Украиной и Румынией [Электронный ресурс] / Ю. В. Щёкин – Режим доступа: [http://www.ulga.com.ua/ru/cms/for\\_foreign\\_investor/zmeinyi?\\_openstat=YWRmb3g7MTQ2ODc7NjI4MDE7MTM4ODk](http://www.ulga.com.ua/ru/cms/for_foreign_investor/zmeinyi?_openstat=YWRmb3g7MTQ2ODc7NjI4MDE7MTM4ODk) (2009 г.)

9. Щёкин Ю. В. Украина vs. Китай: международно-правовой аспект борьбы за китайский металлургический рынок [Электронный ресурс] / Ю. В. Щёкин – Режим доступа: [http://minprom.ua/articles/first\\_news18374.html](http://minprom.ua/articles/first_news18374.html) (2009 г.).

## АНОТАЦІЯ

**Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: сучасні проблеми, теорія і практика.** – На правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України. – Харків, 2016.

У дисертації здійснено аналіз основних напрямів у сучасній вітчизняній та зарубіжній теорії міжнародного звичаєвого права, узагальнені та виявлені основні тенденції в практиці застосування міжнародно-правових звичаїв найбільш авторитетними міжнародними судовими органами, встановлено особливості формування універсальних (загальних) та локальних звичаїв, а також їх співвідношення з іншими джерелами міжнародно-правових зобов'язань.

Досліджено теоретичні основи обґрунтування правової природи міжнародно-правових звичаїв. Визначено системотвірні елементи загальноприйнятого поняття «міжнародно-правовий звичай». Виявлено сучасні особливості тлумачення основних загальноприйнятих елементів поняття «міжнародно-правовий звичай» – практики та її визнання юридично обов'язковою (*opinio juris*). Надано оцінку сучасним тенденціям у тлумаченні часового фактору формування міжнародно-правових звичаїв і концепції «миттєвого звичаю». З'ясовано роль

міжнародних недержавних учасників міжнародних відносин (зокрема, міжнародних неурядових організацій) у формуванні міжнародно-правових звичаїв. Визначено співвідношення міжнародно-правових звичаїв і міжнародних договорів у формуванні та закріпленні норм загального міжнародного права. Охарактеризовано особливості формування, встановлення і застосування локальних звичаїв міжнародного права у практиці Міжнародного суду ООН та інших міжнародних судових органів і міжнародних міжурядових організацій. Окреслено основні теоретичні підходи ХХ – початку ХХІ ст. до визначення поняття «загальний принцип права» і роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні загальних принципів права. Розкрито особливості змін та доповнень норм міжнародних договорів за допомогою міжнародно-правових звичаїв. Визначено сучасні тенденції формування міжнародно-правових звичаїв за допомогою резолюцій міжнародних міжурядових організацій. З'ясовано роль міжнародних і національних судів у формуванні і встановленні змісту міжнародно-правових звичаїв. Визначено місце міжнародно-правових звичаїв у внутрішньому праві України.

**Ключові слова:** міжнародно-правовий звичай, міжнародне звичаєве право, практика як елемент міжнародно-правового звичаю, *opinio juris*, юридичний позитивізм, природне право, міжнародний договір.

## АННОТАЦІЯ

**Щёкин Ю. В. Международно-правовой обычай: современные проблемы, теория и практика.** – На правах рукописи.

Диссертация на соискание учёной степени доктора юридических наук по специальности 12.00.11 – международное право. – Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Министерство образования и науки Украины, Харьков, 2016.

В диссертации проведен анализ основных направлений в современной отечественной и зарубежной теории международного обычного права, обобщены и выявлены основные тенденции в практике применения международно-правовых обычаев наиболее авторитетными международными судебными органами, установлены особенности формирования универсальных (общих) и локальных обычаев, а также их соотношение с другими источниками международно-правовых обязательств.

Изучены теоретические основы обоснования правовой природы

международно-правовых обычаев. Основной акцент сделан на теориях юридического позитивизма и естественного права. Обосновываются преимущества естественно-правовой концепции, имеющей надпозитивные морально-правовые основания обычно-правового поведения субъектов международного права.

Выявлены современные особенности толкования основных общепринятых элементов понятия «международно-правовой обычай» – практика и признание этой практики юридически обязательной (*opinio juris*). Предложено решение известной проблемы разграничения смыслового содержания этих элементов за счёт применения теории юридических фактов, разработанной общей теорией права.

Дана оценка современным тенденциям в толковании временного фактора формирования международно-правовых обычаев и концепции «моментального» («мгновенного») обычая. Представлены аргументы, опровергающие эту концепцию, как противоречащую природе международного обычного нормотворчества.

Установлена роль международных негосударственных участников международных отношений (прежде всего, международных неправительственных организаций) в формировании международно-правовых обычаев. Показаны направления, по которым международные неправительственные организации оказывают влияние на создание обычаев.

Определено соотношение международно-правовых обычаев и международных договоров в формировании и закреплении норм общего международного права. Представлены аргументы в пользу обычаев как источника, обеспечивающего первичное и наиболее стабильное закрепление таких норм. Выявлены особенности формирования, установления и применения локальных обычаев международного права в практике Международного суда ООН и других международных судебных органов и международных межправительственных организаций.

Осуществлён анализ соотношения международно-правовых обычаев с другими источниками международного права. Установлены основные теоретические подходы XX – начала XXI в. к определению понятия «общий принцип права» и роль международно-правовых обычаев в их формировании. Обобщены и охарактеризованы особенности изменений и дополнений норм международных договоров с помощью международно-правовых обычаев. Указаны современные тенденции формирования международно-правовых обычаев с помощью резолюций международных межправительственных организаций.



Определена роль международных и национальных судов в формировании и толковании содержания международно-правовых обычаев. Определено место международно-правовых обычаев в системе внутреннего права Украины.

**Ключевые слова:** международно-правовой обычай, международное обычное право, практика как элемент международно-правового обычая, *opinio juris*, юридический позитивизм, естественное право. международный договор.

## SUMMARY

**Shchokin Yu. V. International Law Custom: Actual Problems, Theory and Practice.** – Manuscript.

Thesis for a scientific degree of Doctor of Science (Law) on speciality 12.00.11 – International Law. – Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine. – Kharkiv, 2016.

The thesis is devoted to the analysis of the main trends in modern domestic and foreign theories of customary international law. The main trends in the practice of international law customs implementation by the most authoritative international judicial bodies are summarized and identified. The peculiarities of formation of universal (general) and local customs and their relationship with other sources of international legal obligations are defined.

The theoretical foundations justify the legal nature of international legal customs. The system-forming elements of commonly accepted meaning of "international law custom" are defined. Modern features of interpretations of the term "international law custom" – the practice and recognizing it as a legal binding (*opinio juris*) are revealed. The estimation of current trends in the interpretation of the time factor in the formation of international law customs and the concept of "instant custom" is provided. The role of international non-state members of international relations (including international non-governmental organizations) in the formation of international law customs is defined. The correlation of international law customs and international agreements in the formation and consolidation of general international law norms is identified. The features of the formation, establishment and application of international law local customs in the practice of the International Court of Justice and other international judicial bodies and international intergovernmental organizations are revealed. The main theoretical approaches of the XX – XXI centuries to the definition of "general principle of law" and the role of international law customs in the formation of the general principles of law are clarified. The peculiarities of

changes and additions to international agreements norms by means of international law customs are clarified. The current trends in the formation of international law customs by the resolutions of international intergovernmental organizations are identified. The role of international and domestic courts in the formation and determination of international law customs content is clarified. The place of international law customs in the internal law of Ukraine is determined.

**Key words:** international law custom, customary international law, practice as an element of international law custom, *opinio juris*, legal positivism, natural law, international treaty.

Відповідальний за випуск  
доктор юридичних наук, професор  
І. В. Яковюк

Підписано до друку 28.03.2016 р. Формат 60x90/16 Папір офсетний  
Віддруковано на різнографі. Умовн. друк. акр. 1,3. Облік. вид. акр. 1,9.  
Тираж 100 прим. Зам. № 1450.

Друкарня  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77