

Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Ю. В. Щокін

**Міжнародно-правовий
звичай:
проблеми теорії і практики**

Монографія

Харків
«Право»
2012

УДК 341.01
ББК 67.5
Щ92

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
(Протокол № 9 від 22 квітня 2011 р.)*

Рецензенти:

В. Н. Денисов, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України;

М. О. Баймуратов, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Маріупольського державного університету;

А. І. Дмитрієв, доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі;

М. М. Микієвич, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету ім. Івана Франка

Щокін Ю. В.

Щ92 Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія / Ю. В. Щокін. – Х. : Право, 2012. – 456 с.

ISBN 978-966-458-331-9

Монографію присвячено одному із загальноvizнаних основних джерел міжнародного права – міжнародно-правовому звичаю. Досліджено питання історії формування міжнародних звичаєвих норм, їх правової природи, структури, різновидів, взаємовідносин з іншими джерелами міжнародного права та внутрішнього права низки країн, що належать до англосаксонської та континентальної правових сімей і, безумовно, України. Обґрунтовується ключова теза, що міжнародно-правовий звичай є первісним і головним джерелом міжнародного права.

Для наукових працівників, викладачів ВНЗ, аспірантів, студентів юридичних і філософських спеціальностей, фахівців із міжнародних відносин, дипломатів.

УДК 341.01
ББК 67.5

ISBN 978-966-458-331-9

© Щокін Ю. В., 2012
© «Право», 2012

*Посвящается моим дорогим родителям –
Вадиму Михайловичу Щёкину
и Валентине Мироновне Щёкиной*

Передмова

Останні два десятиліття українська наука міжнародного права (як, власне, і загалом пострадянська) переживає глибокі якісні зміни. Насамперед вони виражаються в активних спробах переглянути світоглядні основи вітчизняної доктрини, її філософський фундамент. Знову на порядку денному питання, відповіді на які мають системотворюючий характер. Що таке «норма міжнародного права»? На чому основана її юридично обов'язкова сила? Що є джерелом міжнародного права? Хто може бути суб'єктом міжнародного права?..

Питання щодо звичаїв міжнародного права — не просто одне з цього ряду. Воно стоїть серед перших, найголовніших, оскільки концентрує в собі основні проблеми теорії міжнародного права. Шлях від фактичних соціальних відносин до норми права – це предмет дослідження правової філософії і теорії права й одночасно природний загальноновизнаний спосіб формування звичаїв. Досліджуючи перше, неминуче торкаєшся другого. І навпаки – вивчаючи звичаї, звертаєшся до теоретичних доробок. Дуже важко виділити в цій зв'язці первинне і вторинне: як уявлення про звичаї залежать від результатів науки, так і результати науки значною мірою залежні від існуючих загальноновизнаних звичаїв, оскільки через них втілюється та соціальна практика, яка і є критерієм істини.

Саме ця якість міжнародно-правового звичаю – здатність оцінювати практичність (соціальну придатність) наукових висновків – перебувала у центрі уваги сучасної (переважно західної) доктрини. Адже вивчення специфічних механізмів формування звичаїв дає можливість штучно моделювати процеси утворення норм, закріплених у даному джерелі. Рівень сучасного розвитку науки і техніки, засобів масової інформації дозволяють це зробити. Цілком очевидно, що останнє не

могло не викликати інтересу в найактивніших гравців на міжнародній арені – наймогутніших держав. Приміром, у доктрині США на міжнародно-правовий звичай як один із перспективних основних шляхів реалізації зовнішньої політики країни була звернена увага ще наприкінці 1980-х рр. (М. Різман). Як результат – за минулі роки сформувався новий *раціоналістичний* напрям у вивченні міжнародно-правових звичаїв, що широко використовує математичне моделювання. У його руслі працює досить значна група вчених. Найбільш яскравими її представниками є М. Байєрс, Дж. Голдсміт, А. Гузман, Ф. Паризи, Е. Познер, Е. Свейн, В. Фон.

На Україні їх розробки, якщо не враховувати декількох статей автора цього дослідження, практично невідомі. У цілому ж вітчизняна доктрина глибоко не досліджувала питання міжнародного звичаєвого права. Навіть у дореволюційний час йому не було присвячено жодної комплексної монографічної роботи. Якщо судити з позиції сьогодення, у спадщину нам дісталася радянське розуміння міжнародно-правових звичаїв, яке до того ж насправді виявилось досить спрощеним запозиченням позитивістських поглядів у теорії і практиці міжнародного права, що панували в Західній Європі у другій половині XIX – першій половині XX ст. і значною мірою втратили свою популярність після Другої світової війни.

У радянський період на тему міжнародного звичаєвого права видано тільки одну монографію (Г. М. Даниленко¹) і захищено дві кандидатські дисертації (Г. Д. Найко², С. Г. Пальчик³), які концептуально були побудовані на позитивістських поглядах Г. І. Тункіна. У сучасній російській доктрині стосовно даної теми вони продовжують домінувати, про що свідчать, зокрема, і низка праць І. І. Лукашука, і кандидатські дисертації Д. Г. Самхарадзе⁴ та Л. Р. Шаммасової⁵. Аналогічна

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – 192 с.

² Найко, Г. Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии) : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / Г. Д. Найко. – М., 1972. – 18 с.

³ Пальчик, С. Г. Юридическая природа международного обычая : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Дону : Б. и., 1984. – 25 с.

⁴ Самхарадзе, Д. Г. Взаимодействие источников современного международного права : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Д. Г. Самхарадзе. – М., 2005. – 30 с.

⁵ Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – 28 с.

ситуація склалася і в українській науці (юридичний позитивізм у розумінні міжнародного права відкрито підтримують такі провідні спеціалісти, як М. О. Баймуратов, В. Г. Буткевич, С. А. Войтович), з тією відмінністю, що ведеться пошук альтернативного напрямку, результатом якого є дане дослідження. Його автор глибоко переконаний, що міжнародне звичаєве право має надпозитивну – природно-правову – основу. Вона дозволяє по-новому подивитись на правову природу міжнародно-правового звичаю, усвідомити широкий спектр механізмів його формування, прихованих, як правило, від позитивного мислення.

Добре відомо, що природно-правова теорія неоднорідна. Її джерела одні вчені бачать у Божественному провидінні, другі – у силах природи (як навколишнього середовища), треті – у розумі, четверті – у моралі. У межах кожного з них склалася струнка система аргументів і доказів. Вибір автора цієї монографії зроблений на користь морально-правових підстав. Не применшуючи значення й ролі інших напрямів у теорії природного права, саме морально-правовий, принаймні на сьогоднішній день, вбачається мені найбільш переконливим у наданні доводів, свідчень на користь наявності загальних нормативних зразків соціальної поведінки людини, що прямо впливають на зміст нормативного регулювання відносин більш загального характеру, включаючи відносини між народами і державами. У вітчизняній науці такий підхід відомий, хоча й не користувався підтримкою через цілком домінуючий позитивістський світогляд. Однак до такого поглибленого комплексного вивчення міжнародно-правових звичаїв, як це зроблено в даній роботі, він дотепер не застосовувався.

Монографія складається з шести розділів, у кожному з яких я намагався порушити найактуальніші, на мій погляд, теоретичні й прикладні питання в сучасному міжнародному звичаєвому праві та висловити щодо них свою думку.

У першому, історичному, розділі, я спочатку планував у формі нарису зупинитися на історії розвитку поглядів на міжнародно-правові звичаї. Приступаючи до нього, я думав, що мені буде потрібно просто узагальнити наукові думки дослідників міжнародного права про це джерело до створення версальської системи 1919 р. Я міркував так: міжнародний звичай – це найдавніше джерело міжнародного права, тому він має бути вивчений найретельнішим чином. Який же був мій подив, коли це припущення не підтвердилося. Мені так і не вдалося відшукати жодного фундаментального монографічного дослідження, присвяченого міжнародним звичаям стародавності, Середньовіччя,

Нового часу. Тільки окремі, розрізнені висловлення дослідників. Припинити пошуки такого роду роботи й зосередитися на аналізі окремих думок про звичаї в міжнародному праві мене спонукала заява професора В. П. Даневського, зроблена ним у 1892 р., про повну відсутність на той момент будь-яких збірників з міжнародного звичаєвого права (докладніше див. підрозд. 1.2 монографії). Ця обставина почасти послужила для мене поясненням того, чому у відомих кожному юристові-міжнародникові на пострадянському просторі оглядах літератури з міжнародного права Росії 1647–1917 рр. В. Е. Грабаря¹ міжнародно-правовим звичаям не приділено жодного параграфа. До речі, відсутній історичний розділ і у вищезгаданій монографії Г. М. Даниленка.

Вивчення розрізнених думок про міжнародні звичаї в доверсальську епоху дозволило мені побачити не тільки джерела різних теоретичних концепцій міжнародного звичаєвого права, що домінували протягом ХХ ст. і аж до сьогодні, а й коріння протиріч у рамках кожної з них.

Говорячи про історичний розділ, також не можу не відзначити і те «відкриття», про значення якого мені поки важко судити. Мова йде про встановлення першовідкривача так званої «формули міжнародно-правового звичаю» – практика + *opinio juris*. У світовій доктрині таким першовідкривачем вважається Ф. Жені (François Gény) завдяки його роботі *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* 1899 р. Мені пощастило виявити цю же «формулу» в науковому творі, опублікованому на 27 років раніше – у 1872 р. Це була монографія професора Варшавського університету А. К. Бялецького (Бялэцкий А. К. О значении международного права и его материалов / А. К. Бялэцкий. – Варшава: Тип. К. Ковалевского, 1872. – 270 с.). Причому його «формула» мені вбачається більш коректною порівняно з «формулою Жені» (див.: підрозд. 1.2). Сподіваюся, мої колеги, які прочитають цю працю, підтримають або виправлять мене.

Другий розділ монографії присвячений установленню правової природи міжнародно-правових звичаїв. Вище я вже позначив свою позицію з цього приводу. Додам, що на засіданнях кафедри міжнародного права та державного права зарубіжних країн Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,

¹ Недавнє перевидання: Грабарь, В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917) / В. Э. Грабарь ; науч. ред., авт. биограф. очерка и сост. библиографии У. Э. Батлер ; отв. ред. и авт. предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2005. – 888 с.

очолованої професором М. В. Буроменським, протягом цілого півроку обговорення рукопису монографії саме цей розділ викликав найбільшу кількість критичних зауважень. Причому їх переважна більшість стосувалася підрозд. 2.1, де розкривається теоретичне обґрунтування міжнародного звичаєвого права з позиції юридичного позитивізму. Після багатогодинних дискусій я все-таки залишився при своєму баченні проблеми (і навіть зміцнився в ньому), але низку побажань я, звичайно, врахував і найбільш гострі моменти усунув або згладив. У цілому ж я постарався зробити свою позицію з цього питання гранично зрозумілою. Я жодним чином не відкидаю юридичний позитивізм, як це здалося деяким моїм колегам. Це було б нерозумно, тому що означало б, по суті, заперечення ролі політичної еліти держав у міжнародній правотворчості. Але я глибоко переконаний, що в межах виключно позитивістського мислення пояснити соціальне коріння виникнення того чи іншого міжнародно-правового звичаю, його правову природу неможливо. Політична еліта, якою б могутньою вона не була і які б репресивні та/або маніпулятивні можливості не мала, змушена враховувати соціальні норми й ідеї, що пронизують будь-які суспільства в будь-які часи, які й мають надпозитивне походження – це ідеї добра, справедливості, чесності, гуманності, рівності, свободи, відповідальності.

Дискусія, що відбулася, з усією очевидністю виявила нагальну потребу в ґрунтовній розробці сучасної природно-правової теорії міжнародного права. Так трапилось, що у вітчизняній науці від дня виходу у світ у 1872 р. вищевказаної монографії А. К. Бялецького дана теорія стосовно міжнародного права і його джерел не розроблялася. У цій книзі я, головним чином, визначаю свою позицію з цього приводу і готовий до продовження дискусії.

У третьому розділі монографії розглянуто формування міжнародно-правових звичаїв. Основні наукові висновки роботи я пов'язую насамперед із цим процесом. Так, мною уточнена структурна основа міжнародно-правових звичаїв – згадана «формула міжнародно-правового звичаю». Основні теоретичні й практичні проблеми, пов'язані із застосуванням даної конструкції, полягають у тому, що ці елементи строго за змістом не відмежовані один від одного. У поняття «практика» переважною більшістю фахівців включається все, що стосується встановлюваної звичаєвої норми. Як правило, мова йде про всілякого роду міжнародні правові й політичні документи. Фактичний стан відносин, що претендують на закріплення їх як міжнародно-правового

звичаю, досліджується дуже рідко. Це веде до того, що норму звичаю можуть вивести тільки з документів м'якого права, причому тих документів, які не закріплюють фактичного стану відносин, а формулюють норми, відносини по яких або взагалі ще не виникли, або перебувають у зародковому стані. Про це протиріччя пишуть багато, але чітких, зрозумілих вирішень його не існує.

У наданій роботі пропонується вирішення цієї проблеми. Воно ґрунтується на вузькому тлумаченні поняття «практика» як сукупності фактичних діянь (дій або бездіяння) 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). Самі ж уявлення про фактичне життя – це і є *opinio juris*.

Таким чином, вивчення елемента практики має бути звернене до дійсності, реального життя, а не уявлень про те, яким воно повинно бути насправді. Таке тлумачення практики перешкоджає надлишковій ідеалізації міжнародних відносин, поєднує ідеальну основу правової норми з повсякденністю.

Розробляючи дане визначення, я використовував теорію юридичних фактів. Причому ту сторону даної теорії, яка вказує на кваліфікацію фактичних життєвих обставин, що передували появі юридичної норми. Такий підхід до розуміння юридичних фактів досить рідко описується в науковій літературі. У вітчизняній доктрині я знайшов його в роботі С. В. Черніченка, щоправда, безвідносно до міжнародного звичаєвого права¹.

У цьому ж розділі були порушені проблеми питання часу в утворенні міжнародно-правових звичаїв (підрозд. 3.2). Зараз дуже модною є теорія моментального (миттєвого) утворення міжнародно-правових звичаїв. У своїй роботі я наводжу аргументи проти неї. На мій погляд, вона суперечить змісту поняття «звичай», безвідносно, внутрішньо-державний він чи міжнародний.

У підрозд. 3.3 уперше у вітчизняній науці розглядається роль міжнародних неурядових організацій у процесі формування звичаєвих норм міжнародного права. Незважаючи на очевидність ідеї, особливо в контексті популярної нині правозахисної тематики, вона не одержала будь-якого теоретичного обґрунтування у вітчизняній юридичній літературі. Зазначу, що і за кордоном її підтримують і розбудовують

¹ Черніченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. – Т. 1 : Современные теоретические проблемы / С. В. Черниченко. – М. : НИМП, 1999. – С. 76, 77.

одиниці. У тому числі й у країнах, для яких просування міжнародних стандартів демократії на міжнародній арені є основним зовнішньополітичним брендом.

У четвертому розділі я докладно зупинився на поняттях і особливостях установаження загальних і локальних звичаїв міжнародного права. Зокрема, була здійснена спроба довести, що саме звичай є найадекватнішою формою вираження норм загального міжнародного права.

Також були розглянуті особливості встановлення локальних звичаїв. Стосовно них найбільш актуальним є вивчення фактичного стану правовідносин сторін. Воно завжди на першому плані, коли ще відсутнє загальне уявлення про наявність тієї чи іншої звичаєвої норми. Це прямо впливає з низки рішень Міжнародного суду ООН, що стосуються локальних звичаїв. І, до речі, даний підхід повністю відповідає значеннєвому розмежуванню основних елементів, запропонованому мною у третьому розділі.

П'ятий розділ присвячений співвідношенню і взаємодії міжнародно-правового звичаю й інших загальноновизнаних джерел міжнародно-правових зобов'язань: загальних принципів права, міжнародних договорів, резолюцій міжнародних міждержавних організацій і рішень міжнародних і внутрішньодержавних судових й арбітражних органів. Оскільки дані питання досить добре вивчені в радянській доктрині, а тепер і в доктрині країн СНД, тут я спробував, по-перше, докладніше обґрунтувати причини підтримки тієї або іншої уже відомої позиції, і, по-друге, торкнутися тих проблемних питань, у які переважна більшість учених на пострадянському просторі не заглиблювалася. Зокрема, у підрозд. 5.2 я досліджував питання зміни договірних норм за допомогою звичаєвих, а в підрозд. 5.3 – питання про доцільне (перспективне) формування звичаїв за допомогою резолюцій міжнародних міждержавних організацій.

У шостому розділі досліджені питання співвідношення міжнародно-правових звичаїв і внутрішнього права різних держав. Звичайно, вкрай важко було б співвіднести звичаї із внутрішніми правовими системами всіх держав світу. Я обрав держави, що належать до двох основних правових сімей: англосаксонської (на прикладі Англії і США) і романо-германської (на прикладах ряду держав Західної, Центральної й Східної Європи). У них дані питання розроблені краще, ніж будь-де. Хоча, як показало дослідження, їх рішення теж далекі від досконалості. Окремим підрозділом розглянуто питання про місце міжнародно-правових звичаїв у праві України.

Щиро вдячний рецензентам цієї монографії, які знайшли у своєму вкрай напруженому робочому графіку час і можливість ознайомитися з моїм рукописом і висловити свої зауваження й побажання. Це провідні юристи-міжнародники України: доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу міжнародного права й порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Володимир Наумович Денисов; доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права Українського державного університету фінансів і міжнародної торгівлі Анатолій Іванович Дмитрієв; доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри конституційного, адміністративного і міжнародного права Маріупольського державного гуманітарного університету Михайло Олександрович Баймуратов; доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету ім. Івана Франка Михайло Миколайович Микієвич.

Особливі слова подяки моїм колегам: Роберту Борисовичу Хорольському, Тетяні Миколаївні Анакіній і Тетяні В'ячеславівні Комаровій, які надали мені значну допомогу в пошуку сучасної іноземної літератури з теми. Також хочу подякувати Ірині Борисівні Кудас та Ількіну Садагат Огли Нуруллаєву, які прочитали мій рукопис та доброзичливо висловили свої зауваження й побажання.

Однозначно ця монографія ніколи б не відбулася без тієї колосальної допомоги моєї дорогої дружини Олени Олександрівни Щокіної. Протягом усієї роботи вона була моїм найпершим читачем, найсуворішим критиком і найголовнішим перекладачем на українську мову, оскільки спочатку це дослідження було здійснено російською.

І, звичайно, найнижчий уклін моїм дорогим батькам – Вадиму Михайловичу Щокіну та Валентині Миронівні Щокіній, які з дитинства привчили мене терпляче долати труднощі й доводити розпочату справу до кінця. Батькам ця монографія і присвячується.

Міжнародно-правовий звичай в історії міжнародно-правових відносин

1.1. Короткий нарис про зародження та розвиток уявлень про міжнародно-правові звичаї в стародавності, Середньовіччі і Новий час (XVI–XVIII ст.)

Міжнародні звичаї застосовувалися упродовж усього розвитку людства, починаючи з міжплемінних відносин. Еквівалентний торговельний обмін, розмежування територіальних володінь, релігійна терпимість, добросовісне виконання взятих на себе зобов'язань, особливий статус послів (глашатаїв), принцип запобігання злочинам або їх покарання (що втілювався у давні часи в принципі таліону: «око за око, зуб за зуб») – далеко не повний перелік норм й інститутів, що зародилися у давнині. «Навіть у диких і варварських народів, – писав І. Блончлі, – ми майже завжди зустрічаємо повагу, що звичайно вселяється релігійними поняттями, до недоторканності послів чужого племені, деякі сліди права гостинності й звичай укладення між собою союзів та інших договорів, а також звичай закінчувати війну формальним миром»¹.

Звичай, безумовно, історично передував укладенню договорів у письмовій формі. Переважна більшість народів до певного часу просто не мала власної або запозиченої писемності. Однак усні угоди були добре відомі давньому міжнародному праву. Їх застосування найтіснішим чином було пов'язане з усталеними звичаями. Як приклад можна навести звичаї оголошення війни й усного укладення миру².

¹ Блончлі, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса [Текст] : монография / И. Блончли ; пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского. – М. : Тип. К. Индриха, 1876. – С. 13.

² Див.: Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 255–257.

Давнє звичаєве міжнародне право не було примітивним. Дослідження підтверджують саме зворотнє – міжнародні відносини, основані на звичаях, мали досить детальну регламентацію, а самі звичаї були широко відомі. Наприклад, А. М. Сахаров, розглядаючи практику укладення в Давньому світі договорів «миру й любові», або «миру й дружби», пише: «Із часів давнього Єгипту... він [такого роду договір] означав звичайні мирні договірні відносини між державами. Вони могли бути оформлені усною угодою й супроводжуватися певною процедурою й ритуалом, які використовувалися державами в той період часу. Вони могли бути оформлені й письмовими договорами. При цьому характер угоди залежав, як правило, від багатьох моментів: від оволодіння писемністю учасниками угоди, від важливості й масштабності угоди, від сформованої на той час традиції укладення подібних угод обома партнерами або одним із них і т. д. Ці мирні відносини могли залишатися мирно-нейтральними, але могли стати і союзними відносинами, тобто могли доповнюватися певними умовами союзного характеру. Перший такий відомий договір датується 1296 р. до н. е. і був укладений між єгипетським фараоном Рамзесом II і хетським царем Хаттушилем III»¹. Існування складних правил укладення міжнародних договорів і порядку встановлення засобів їх забезпечення (наприклад, визначення статусу заручників, розміру й умов сплати данини, визнання богів іншої сторони й ін.), а також принципу дотримання міжнародних зобов'язань, виражених у вигляді звичаїв, підтверджує О. В. Буткевич².

Д. Б. Левін дійшов висновку, що дипломатичні імунітети являли собою загальне звичаєве міжнародне право вже із давніх часів. «Пронаявність загального уявлення, – пише він, – про недоторканність послів говорить також і та обставина, що держава, у якій були піддані образі послі, зобов'язана була видати винних або надати інше задоволення ображеній державі, а відмова в задоволенні всюди вважалася приводом, що виправдовує війну. Так було і в Давньому Китаї, і в Давній Греції, і в Давньому Римі, притому у взаєминах держав як споріднених, так і різко відмінних одна від одної за суспільним і державним ладом, релігією та культурою»³.

¹ Сахаров, А. Н. Дипломатия древней Руси: IX – первая половина X в. [Текст] / А. Н. Сахаров. – М. : Мысль, 1980. – С. 66.

² Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 206.

³ Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – С. 18.

О. В. Буткевич, яка провела найдокладніше у сучасній українській науці дослідження історії зародження міжнародного права і його джерел, звертає увагу на особливу й першочергову роль міжнародних звичаїв у регулюванні міжнародних відносин із часів глибокої стародавності, які задовго передували появі держав. Звичай, зазначає вчена, був основним джерелом, що закріпило найбільш прийнятні норми поведінки давніх первісних народів між собою. До них належали звичаї ввічливості, гостинності, доброго поводження, звичаї приносити подарунки при вступі на територію іншої особи, звичаї лояльного ставлення до релігій та вірувань інших народів, заборона ганьбити їх святині, порушувати їх внутрішні звичаї¹. О. В. Буткевич дійшла висновку, що міжнародний звичай передував появі внутрішньо-племенних і внутрішньодержавних звичаїв. Зокрема, вона пише: «Звичай як правове джерело виникає спочатку саме для регулювання міжнародних відносин, і тільки потім його дія поширюється на відносини всередині окремого соціуму, які, будучи менш розвиненими, ніж міжнародні відносини, регулювалися не правовими нормами, а релігією, мораллю, етикою і т. ін.»².

Саме у звичаях виражався менталітет давніх народів – їх переконання й вірування про належну поведінку в певних ситуаціях, правила моралі. Виходячи з аналізу стародавніх звичаїв, О. В. Буткевич робить висновок про зародження власне міжнародно-правового регулювання. Вона пише: «Широке застосування засобів міжнародного звичаю й особливості останнього вказують на те, що міжнародно-правове регулювання почало складатися вже у племенний період і здійснювалося тоді за допомогою загальноприйнятих у первісних суспільних утвореннях і у відносинах між ними правил моралі, релігійних вірувань, етикету, магії та ін.»³.

О. В. Буткевич указує на взаємний і тісний зв'язок міжнародних звичаїв і вірувань давніх народів (який простежується в науці й практиці міжнародного права аж до кінця Середньовіччя⁴). З одного боку, вона пише про глибокий вплив релігії на становлення традицій, обрядів і звичаїв, що були прообразами правових норм⁵, а з другого – зазначає, що

¹ Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 194, 195.

² Там само. – С. 235.

³ Там само. – С. 223.

⁴ Див.: Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – С. 30.

⁵ Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 230.

й міжнародне право впливало на релігійні вірування інших народів: «У процесі здійснення міжнародних угод (укладення договорів, угод, створення міжнародних звичаїв), по-перше, різні народи починали визнавати релігію та богів один одного, а по-друге, обіцянки, дані богам з обох сторін, вважалися непорушними. Це приводило до встановлення релігійної терпимості й визнання своєї рівності з іноземцями, з одного боку, та до нормування і розвитку міжнародних відносин – з другого»¹.

Щоб продемонструвати розмаїтість, упорядкованість і розвиненість давньої міжнародно-правової практики, що свідчить про наявність усталених звичаєвих норм, можна послатися на дослідження, проведене В. В. Денисенко². Воно присвячене формуванню міжнародно-правових звичаїв і норм у племінних народів. При цьому акцент зроблено на вивчення практики регулювання міжнародних відносин давньогрецьких міст з іншими народами.

Так, дослідниця зазначає, що міжнародні договори уклалися з найширшого кола питань: користування природними ресурсами (рибальство, використання землі й пасовищ), надання свободи торгівлі на контрольованих територіях, установа мит, забезпечення недоторканності громадян грецьких полісів та їх майна на підконтрольних варварам територіях, про судноплавання, розміри стягуваної данини, почесні, військові союзи. Як гарантія виконання міжнародних зобов'язань, закріплених особливо в мирних або союзницьких договорах, звичайно застосовувалася практика обміну заручниками³.

У III–II ст. до н. е. для вирішення міжплемінних і міждержавних спорів широко застосовувалися інститути третейських судів і посередництва. Так, у 218 р. до н. е. правитель кельтського царства Кавар виступив посередником у переговорах між Візантією — з однієї сторони, і Віфінією та Родосом — з другої, у зв'язку з конфліктом через запроваджене Візантією мито на прохід кораблів через Босфорську протоку. У написах кінця II ст. до н. е. у м. Діонісополь згадується про вирішення територіальних спорів між західнопонтійськими колоніями Одиссом, Діонісополем і Калосатисом за допомогою посередництва фракійського царя Котиса⁴.

¹ Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 231.

² Денисенко, В. В. Формування міжнародно-правових звичаїв та норм у племінних народів (за античними епіграфічними джерелами) [Текст] / В. В. Денисенко // Держава і право. Юрид. і політ. науки. – Вип. 41: зб. наук. пр. – К. : Ін-т держави і права НАН України, 2008. – С. 583–588.

³ Там само. – С. 585, 587.

⁴ Там само. – С. 586, 587.

В. В. Денисенко докладно досліджує еволюцію міжнародно-правового регулювання дипломатичних відносин грецьких колоній із «зовнішніми» племінними народами (варварами). Посольства як типова форма дипломатичного представництва згадуються в документах кінця III – початку II ст. до н. е. (найбільш відомий тут декрет з м. Істрія на честь Аристагора кінця III ст. до н. е.)¹. Особливу роль у розвитку міжнародних відносин Давньої Греції виконував інститут проксенії (право публічної гостинності). Звання проксена давалося іноземцям, які неодноразово надавали грецькому місту і його громадянам різні послуги. Учена пише: «Проксен міста мав право придбавати нерухомість, звертатися безпосередньо до Ради й Зборів поліса, мав перевагу в торгівлі, податках, судових справах, особисту й майнову недоторканність під час війни й миру, право використовувати гавань, різноманітні привілеї, такі як проедрія – право на почесне місце в театрах і на зборах»². Обов'язки проксена полягали в тому, щоб сприяти інтересам цього поліса й бути посередником між ним і своїм правителем. «Проксен, – указує В. В. Денисенко, – це особа, яка представляла інтереси іншої держави перед Народними Зборами поліса. Саме через проксенів часто велися дипломатичні переговори»³.

Одночасно з появою та застосуванням звичаїв розвивалися погляди на їх сутнісні характеристики, умови і критерії їх формування. Споконвічно вони формувалися в рамках найбільш розвинених правових систем стародавності й Середньовіччя і стосувалися уявлень про звичаї взагалі, без властивого сучасній науці суворого поділу їх на міжнародні й внутрішні. Власне, у ті часи міжнародне право ані як самостійна наука, ані як особлива правова система, що має свій специфічний предмет регулювання – міжнародні відносини, не розглядалося. Про це яскраво свідчить історія розвитку юриспруденції на Європейському континенті до кінця Середніх віків, яка багато в чому визначила обличчя сучасного міжнародного права. Як зазначає Р. Ле-заффер (R. Lesaffer), «протягом Середніх віків не існувало самостійної юриспруденції та літератури з права націй. Але багато юристів... обговорювали питання, які ми б зараз класифікували як право націй. Відносини між монархами і республіками були таким саме предметом [регулювання] *ius commune* (європейської правової доктрини. – Ю. Ш.),

¹ Денисенко, В. В. Формування міжнародно-правових звичаїв та норм у племінних народів (за античними епіграфічними джерелами) [Текст] / В. В. Денисенко // Держава і право. Юрид. і політ. науки. – Вип. 41: зб. наук. пр. – К.: Ін-т держави і права НАН України, 2008. – С. 584.

² Там само. – С. 586.

³ Там само.

як і всі інші галузі права. Більше того, середньовічні юристи не наполягали на тому, щоб розглядати «права націй» як щось відмінне від права в цілому»¹. При цьому чітке розуміння джерела походження правової норми – суспільних відносин, що послужили основою їх формування, географії його застосування, – в Давньому світі й у Середньовіччі було присутнє. Люди завжди усвідомлювали, чи йде мова про застосування місцевих локальних звичаїв, іноземних звичаїв, звичаїв імперії, в яку входили ті або інші території, чи звичаїв міжнародного характеру, які регулювали відносини незалежних один від одного суб'єктів. Так, К. Беземер (K. Bezemer), який досліджував звичаєве право середньовічної Франції у працях Жака де Ревіньї, французького вченого XIII ст., зазначає про застосування: а) місцевих «територіальних» (territorial) звичаїв; б) звичаїв, що існували у відносинах різних соціальних груп; в) іноземних звичаїв; г) звичаїв імперії (наводяться приклади застосування у французьких судах звичаїв Німецької імперії)². Крім цього, він виокремлює звичаї матеріального й процесуального права, а також звичаї місцевого приватного права, міжнародного приватного права й публічні звичаї (маючи на увазі в цьому випадку звичаї, що регулюють феодальні відносини)³. К. Беземер указує, що вже в ті часи деякі звичаї відносили до «поганих» (bad customs)⁴. При цьому вчений підкреслює зв'язок (у більшому або меншому ступені) звичаїв, що застосовувалися на території Франції у XIII ст., з давньоримським правом. Сам професор Ж. де Ревіньї викладав у школі Орлеана в 60–70-х рр. XIII ст. римське право та використав його для заповнення прогалін у місцевому «територіальному» праві⁵.

Європейське право Середніх віків перебувало під значним впливом римської правової традиції. Давньоримські правові максими були опорними і для вироблення локальних норм, і для регулювання міжнародних відносин, де частка звичаїв була переважаючою. У сучасній західно-європейській доктрині широко поширена думка про те, що міжнародне право виникло на основі давньоримського права. Приміром, Д. Р. Келлі (D. R. Kelley) пише, що цивільне право Давнього Риму являло собою звід правових аналогій і джерело «загальної історичної

¹ Lesaffer, R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription [Text] / R. Lesaffer // *European Journal of International Law*. – 2005. – Vol. 16, № 1. – P. 35.

² Bezemer, K. French Customs in the Commentaries of Jacques de Revigny [Text] / K. Bezemer // *The Legal History Review*. – Vol. LXII, № 2. – 1994. – P. 82–85.

³ Ibid. – P. 85–100.

⁴ Ibid. – P. 100–108.

⁵ Ibid. – P. 87.

мудрості, особливо виражених у формулах і максимах – „основах права”», які безпосередньо вплинули в тому числі й на розвиток сучасного міжнародного права – «іншого побічного продукту римського права» (another by-product of Roman Law)¹. Р. Лезаффер зазначає, що «великі творці міжнародного права, такі як Альберікус Джентілі (1552–1608), Гуго Гроцій (1583–1645), Річард Зьоч (1590–1661) і навіть «позитивіст» Корнеліус ван Бінкерсхук (1673–1743) широко використовували «приватноправові аналогії», запозичені з римського права при формулюванні права націй, що зароджувалося. У цьому сенсі римське (приватне) право служило прямим джерелом для сучасного міжнародного права»². Р. М. Уолден (R. M. Walden) указує, що в давньоримському праві бере свої витоки теорія мовчазної угоди, що пояснює умови й критерії формування звичаю. Найлаконічніше вона втілена у словах Ульпіана: «Звичай – це мовчазна угода людей, збережена тривалим застосуванням»³. Д. Б. Левін звертає увагу на те, що римське право для регулювання спірних випадків у міжнародно-правових відносинах застосовується в Західній Європі ще протягом Нового часу (XVI–XVIII ст.)⁴.

Утім буквального слідування римським юридичним формулам у розумінні й застосуванні звичаїв у середньовічній Європі не було. Римське право виступало більше як допоміжне джерело й мало скоріше ідеологічний вплив на формування правосвідомості, насамперед, європейської професури, яка, проте, прагнула виробити власні підходи, що визначають поняття звичаю. Наприклад, у Декреті болонського ченця І. Граціана, широко відомого як «Декрет Граціана» (близько 1140–1151 pp.), що являє собою одне із найавторитетніших джерел канонічного права свого часу, вказується: «Звичай — певне правило, установлене відповідно до права, що набуває значення закону в той час, коли відсутній закон. § 1. Не має значення, установлене правило через записування чи просто за допомогою міркування, оскільки завдяки міркуванню створюється закон. § 2. У свою чергу, якщо розум установлює закон, розум закріпить у законі те, що, принаймні, погоджено з релігійними почуттями; те, що

¹ Kelley, D. R. The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition [Text] / D. R. Kelley. – Harvard University Press, printed in the U.S.A., 1990. – P. 179.

² Lesaffer, R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription [Text] / R. Lesaffer // European Journal of International Law. – 2005. – Vol. 16, № 1. – P. 32.

³ Walden, R. M. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law [Text] / R. M. Walden // Israel Law Review. – Vol. 12, № 3. – 1977. – P. 344.

⁴ Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – С. 45.

погоджено з вихованням, що на користь блага. § 3. Звертаються до звичаїв тому, що в суспільстві існує в них потреба»¹.

У цілому ж висновки дослідників середньовічної юриспруденції свідчать про відсутність єдиного підходу до розуміння звичаїв на Європейському континенті. Так, Д. Келлі наводить чотири характерні риси звичаєвого права, властиві для його розуміння у всій Європі в Середні віки. Перша полягає в тому, що «у порівнянні з цивільним і канонічним правом воно належало до місця, у тому розумінні, що юристи формулювали його, керуючись різними геоісторичними й навіть етнографічними підходами»². Друга – полягає в тому, що «оскільки звичай залежав від географічних умов, він був пов'язаний із факторами часу і тимчасовими змінами, включаючи потенційне поліпшення й „реформування”, а також старіння й виродження»³. Третя – «звичай був продуктом людської „волі” й „інтересу”, які піддані мінливості й можуть бути підкуплені, і, таким чином, перебувають осторонь від світу споконвічної природи»⁴. І четверта – «ці умови означали, що звичай повинен був доводитися й зберігатися людьми [відповідної] країни, представлених „мудрецьями”»⁵.

Із закінченням Середніх віків (XVI–XVII ст.) зароджується нове міжнародне право, у якому вже не релігійна догматика, а необмежений суверенітет окремих держав набуває вирішального значення. Система міжнародно-правового регулювання перебуває на початку нового якісного етапу свого формування. Політична міждержавна практика під впливом ідеї суверенітету спочатку більшою мірою хаотична, але згодом, через конфлікти і спори, стає упорядкованою й нормативною. Наприклад, Д. Б. Левін так описує зародження принципу дипломатичного імунітету у відносинах суверенних держав у Західній Європі у XVI–XVIII ст.: «У силу цієї ідеї (ідеї суверенітету. – Ю. Ш.) послі як представники суверенного монарха не визнають над собою жодної іншої влади, крім влади останнього, і будь-яке порушення чи применшення своїх прав або престижу розглядають як замах на суверенітет монарха. Нові норми посольського права, особливо дипломатичного імунітету, безпосередньо зростають на ґрунті цілої низки окремих прецедентів, що іноді супроводжуються відкритими політичними

¹ Цит. за: Буткевич, В. Г. Декрет Граціана: кодифікація, що поєднала дві формації і чотири системи права [Текст] / В. Г. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2001. – № 1. – С. 7.

² Kelley, D. R. The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition [Text] / D. R. Kelley. – Harvard University Press, printed in the U.S.A., 1990. – P. 104.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

конфліктами і формуються за допомогою теоретичних узагальнень, що даються наукою міжнародного права»¹.

Таким чином, при тлумаченні практики міжнародно-правових відносин на перший план виходять наукові праці з теорії міжнародного права, що формується, пробуджується інтерес і до різних концепцій її філософського пояснення, насамперед — до природного права і юридичного позитивізму. Так, Дж. П. Хемфрі (J. P. Humphrey) вважав, що вчених класичного періоду розвитку міжнародного права (XVI–XVIII ст.) можна розділити на три групи залежно від того, який із двох «факторів» вони закладали в основу нової системи. «Позитивістська школа, – писав учений, – яка була передвіщена Джентілі й мала Зьоча своїм першим представником, перше місце віддавала згоді держав. Гроціанська, або еkleктична, школа основувала свою систему на здвоєних стовпах згоди і природного права. Гроцій проводив відмінність між природним і волюнтаристичним правом націй. Натуралістська школа, з іншого боку, головний представник якої Пуффендорф, повністю ідентифікувала міжнародне право з природним правом»². При цьому Дж. П. Хамфрі підкреслював, що «природне право було елементом у теоріях всіх цих письменників – навіть позитивістів»³.

Посилання на звичаї в працях учених XVI – XVIII ст. були широко розповсюджені. Разом з тим уявлення про звичай як особливе й самостійне джерело міжнародного права формувалися поступово. До середини XVII ст. властивості звичаїв, їх відмітні характеристики виділялися достатньо рідко. Учені писали про звичай як про очевидне і добре відоме джерело. До встановлення Вестфальського миру, коли на авансцену світової політики вийшли суверенні держави, особливих потреб у новій теорії міжнародного звичаєвого права не було. Природне право було пронизано зв'язками з юридичною думкою давно минулих століть.

Яскравим прикладом цього можуть бути роботи Г. Гроція, у яких він активно цитував праці давніх письменників. Учений, доводячи природність походження багатьох норм, прагнув якомога повніше, глибше подати історію їх становлення, простежити їх давні коріння. Наприклад, щоб довести природність для свого часу «трьох справедливих причин війни» (самозахисту, повернення майна та покарання),

¹ Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – С. 45–46.

² Humphrey, J. P. On the Foundations of International Law [Text] / J. P. Humphrey // The American Journal of International Law. – Vol. 39, № 2. – 1945. – P. 231.

³ Ibid.

Г. Гроцій докладно досліджує роботи Вільгельма Маттеї, Тита Лівія, Платона, Сенеки, Августина, Арістотеля, Квінта Курція, Фукідида й багатьох інших видатних учених стародавності¹.

Поняття «природний» для Г. Гроція було синонімом слів «звичайний», «загальноприйнятий», «здавна встановлений». Для нього уявлення про звичай були тісно переплетені з уявленнями про природний стан речей, справедливість, розумність і, таким чином, природне право. Наприклад, він так описує підставу виникнення права власності: «Існує двоякий спосіб захоплення незайнятих речей: один – зайняття цілої території, другий – зайняття окремих площ. Перший спосіб звичайно властивий народам або тому, хто повеліває народом; другий – окремим особам, здебільшого, однак, у порядку розподілу, а не шляхом вільного зайняття. Якщо ж територія, зайнята цілком, не розподілена між окремими хазяями, то не слід думати, що вона через це є вільною, адже вона залишається у власності першого, хто її зайняв, тобто народу або государя. Такі, звичайно, ріки, озера, болота, ліси, круті гори»².

Г. Гроцій убачав тотожність процесів установалення норм моральності й норм звичаїв. Він писав: «До числа ж дій у галузі моральності належать також утримання від дій, розглядувані у зв'язку з відповідними обставинами. Так, якщо хто-небудь навмисно у присутності інших не заперечує проти чого-небудь, то є підстава вважати його згоду»³. Далі він зазначав: «Щось досить подібне із цим виявляється також у встановленні звичаю... Тому що і він безвідносно до внутрішньодержавних законів, які мають на увазі увести його у певний строк і відомий спосіб, може бути введений підвладним народом у силу попускання носія верховної влади; строк же набрання сили таким звичаєм – не визначений, але довільний – має бути цілком достатній для того, щоб сприяти утворенню належної згоди»⁴.

Е. Ваттелю, який жив і творив після встановлення у 1648 р. Вестфальської системи, роль звичаїв вбачалася вже більш чіткою і визначеною. Він сформулював ознаки звичаїв і вказував їх місце в системі інших правових джерел. «Відомі правила, відома практика, – писав він, – які освячені довгим застосуванням і дотримуються націями як вид права, утворюють *звичаєве право народів* або *звичай націй*. Це

¹ Див.: Гроцій, Г. О праве войны и мира: репринт. с изд. 1956 г. [Текст] / Г. Гроций. – М. : Ладомир, 1994. – С. 187–197.

² Там само. – С. 205.

³ Там само. – С. 232.

⁴ Там само. – С. 233.

право ґрунтується на мовчазній згоді або, якщо завгодно, на мовчазній конвенції націй, якої вони дотримуються між собою. Звідси, очевидно, випливає, що це право зобов'язує тільки ті нації, які його прийняли, і не є загальним або є загальним не більшою мірою, ніж *конвенційне право*¹. На думку вченого, «позитивне право народів» складається із трьох «видів»: *добровільне, конвенційне й звичаєве*. Кожний з них впливає з волі націй: «*Добровільне* – з їх презюмованої згоди, *конвенційне* – з їх виразно вираженої згоди й *звичаєве* – з їх мовчазної згоди»².

Самі звичаї Е. Ваттель поділяє на ті, які існують у відносинах між «всіма цивілізованими націями», і ті, які склалися тільки між націями певного континенту. Він також виділяє справедливі й несправедливі звичаї: «Однак якщо цей звичай містить що-небудь несправедливе й неприпустиме, то він не має сили або, більше того, кожна нація зобов'язана його відкинути, бо ніщо не може ані зобов'язати її, ані дозволити їй порушити природний закон»³. При цьому уявлення вченого про природні закони міждержавних відносин не завжди є зрозумілим. За ходом викладу матеріалу можна зробити висновок, що він, приміром, уважав природним існування звичаю, що пропонував слабким державам виплачувати данину більш сильним державам. Тим самим слабкі держави здобували заступництво сильніших, не втрачаючи, на його думку, свого суверенітету⁴. Цей звичай супроводжувався звичаєм, що наділяє сильну державу правом «вимагати васальної покірності переможеної держави або держави занадто слабкої, щоб чинити опір»⁵.

У XIX ст. звичай має широке визнання як основне й самостійне джерело міжнародного права, головне завдання якого – регулювання *міждержавних* відносин. Мало хто з учених намагається заперечувати його давність у закріпленні норм міжнародного права. Однак уявлення про звичай у більшості з них поки неконкретні й скоріше інтуїтивні. Завдяки проникливим здогадам тільки деяких фахівців закладається фундамент тієї теорії міжнародного звичаєвого права, що була сприйнята міжнародною практикою (і насамперед практикою вирішення міжнародних спорів за допомогою міжнародних судових

¹ Ваттель, Э. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов [Текст] / Э. Ваттель. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – С. 33–34.

² Там само. – С. 34.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 41.

⁵ Там само.

органів) і найширшим експертним співтовариством як усього ХХ, так і початку ХХІ ст.

Дотепер не вщухають спори, витoki яких беруть свій початок в наукових течіях ХІХ ст. Найгостріший із них – спір про взаємодію та співвідношення міжнародно-правового звичаю і міжнародного договору. Його принциповість пояснюється тим, що він став уособленням більш глибокого філософського диспуту, що також затягнувся до нашого часу, між прихильниками природного права та юридичного позитивізму¹. Оскільки цей спір всебічно і яскраво наведений у російській дореволюційній науці міжнародного права, дуже потужній і авторитетній для свого часу, розглянемо його глибше.

1.2. Розвиток уявлень про міжнародні звичай в міжнародно-правовій літературі Російської імперії до 1917 р.

У науковій літературі другої половини ХІХ – початку ХХ ст. панувала точка зору, згідно з якою міжнародно-правовий звичай розглядався як одне з основних джерел міжнародного права. Широко визнавалася роль звичаїв у регулюванні договірної, дипломатичного (посольського), морського, військового права, міжнародного приватного права. Указувалося, що звичай не тільки широко застосовувався раніше, а й продовжує застосовуватися і протягом зазначеного періоду. Про це писали А. К. Бялецький, В. П. Даневський, П. Є. Казанський, Л. О. Камаровський, Д. І. Каченовський, М. М. Коркунов, Ф. Ф. Мартенс, В. А. Незабитовський, А. М. Стоянов, В. А. Уляницький, О. О. Ейхельман та ін. Цей факт відзначали й ті вчені, які вивчали міжнародне право дореволюційного періоду (В. Е. Грабар, Ф. І. Кожевніков, Д. Б. Левін та ін.).

Проте оцінка ролі звичаїв у регулюванні міжнародних відносин не була однозначною. Порівнюючи їх із міжнародними договорами за ступенем впливу на формування міжнародних прав і обов'язків, чимало російських вчених відводило звичаям другорядну роль. Д. Б. Левін, що вивчав російську міжнародно-правову науку кінця ХІХ – початку ХХ ст. (яка саме у цей час, на його думку, досягла найвищого розквіту²),

¹ Див. розділ 2 цієї монографії.

² Левин, Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в. Общие вопросы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1982. – С. 6.

дійшов висновку, що «більшість російських юристів-міжнародників ставить міжнародні звичаї за їх значенням на друге місце після міжнародних договорів»¹. І це було саме тоді, коли звичаї, а не договори були найпоширенішою формою закріплення міжнародно-правових зобов'язань. У ті часи не існувало ще жодного трактату, що міг би претендувати на об'єднання не те що всіх держав світу, а хоча б усіх держав якого-небудь окремого континенту (мова йде передусім про Європу).

Необхідно вивчити причини настільки, як уявляється, неадекватного ставлення до міжнародних звичаїв у російській доктрині міжнародного права до початку ХХ ст.

Дійсно, чимало видатних російських учених того часу тією чи іншою мірою підтримували точку зору про другорядну роль міжнародних звичаїв. Про це, хоча й із застереженнями, писали Д. І. Каченовський² і А. М. Стоянов³. В. П. Даневський заявляв, що «міжнародне звичаєве право є, за своєю важливістю, другим джерелом міжнародного права»⁴. Л. О. Камаровський писав: «Будучи головною формою, за часом виникнення, позитивного міжнародного права, звичаї є для нього в наш час, за силою своєї обов'язковості, однак, формою другорядною, яка йде після трактатів і до якої слід звертатися лише у випадках відсутності або мовчання останніх»⁵. П. Є. Казанський вважав, що міжнародний звичай у порівнянні з міжнародним договором є менш свідомим способом закріплення міжнародно-правових зобов'язань⁶. Зазначимо, що були й такі вчені, які взагалі ставили під сумнів існування міжнародного звичаю як джерела міжнародного права. До них слід віднести насамперед О. О. Ейхельмана⁷.

¹ Левин, Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в. Общие вопросы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1982. – С. 95.

² Каченовский, Д. И. Курс международного права [Текст] / Д. И. Каченовский. – Харьков : Унив. тип., 1863. – Ч. 1. – С. 46, 47.

³ Стоянов, А. Н. Очерки истории и догматики международного права [Текст] / А. Н. Стоянов. – Харьков : Унив. тип., 1875. – С. 31, 32.

⁴ Даневский, В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права [Текст] / В. П. Даневский. – Харьков : Тип. А. Н. Гусева, 1892. – Вып. 1. – С. 99.

⁵ Камаровский, Л. А. Основные вопросы науки международного права [Текст] / Л. А. Камаровский // Учен. зап. императ. Моск. ун-та. Отд. юрид. – Вып. 10. – М. : Унив. тип., 1895. – С. 108–109.

⁶ Казанский, П. Е. Введение в курс международного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Одесса : «Экон.» тип. и лит., 1901. — С. 110.

⁷ Эйхельман, О. О. Очерки из лекций по международному праву [Текст] / О. О. Эйхельман // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. : [Т. 2 : О. О. Ейхельман, П. М. Богаєвський, О. О. Жилін] / упоряд.: О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промені», 2004. – С. 22–25.

У той же час, по-перше, все ж таки були фахівці, які цілком виразно у такому своєрідному суперництві основних джерел міжнародного права віддавали перевагу саме звичаям (А. К. Бялецький, Ф. Ф. Мартенс, В. А. Уляницький), а по-друге, ті, хто погоджувався із провідною роллю договорів, у більшості випадків украй рідко були категоричними у своїх оцінках. З одного боку, ці вчені віддавали пріоритет договорам у силу очевидних переваг писаної форми закріплення правової норми перед усною. Втім, з другого, і їх міркування про суть міжнародного звичаєвого права, й проста констатація практики застосування міжнародно-правових норм свого часу змушували більшість із них займати з цього питання досить обережну позицію.

Так, Д. І. Каченовський стверджував, що звичаї поступаються трактатам, тому що «згода тут дана не явно, а так, що вона мається на увазі (tacite), правила не завжди відповідають вимогам громадянськості»¹. Разом з тим зазначив, що «на цьому ще не можна обґрунтовувати сумніви стосовно юридичного авторитету звичаїв. Вони становлять найживіший, найбезпосередніший продукт людської свідомості; вироблені народами у взаємних зносинах, досвідом століть, вони мають дотепер більшу силу. Звичаям Європа зобов'язана пом'якшеннями військових жорстокостей і захистом прав дипломатичних агентів; трактати в цій справі виявилися неспроможними і ненадійними»².

А. М. Стоянов, який поставив звичаї за ступенем важливості серед джерел міжнародного права на третє місце (після загальних начал міжнародного права й міжнародних договорів), разом з тим указав на таке: «З боку форми вони можуть здаватися такими, що поступаються трактатам, тому що останні виражаються відкрито, пишуться, ратифікуються, а звичаї діють мовчазно, непомітно. Проте вже Гроцій стверджує, що звичаї можуть набувати сили, рівної із трактатами. Бенкерсгук з особливою енергією наполягає на значенні звичаїв»³. Учений визнавав, що «історія міжнародних зносин показує, що звичаї виконують благодійну роль у питанні про пом'якшення військових жорстокостей, при забезпеченні недоторканності дипломатичних агентів etc.»⁴.

П. Є. Казанський у цьому контексті взагалі був змушений зробити досить характерне зізнання: «До цього часу міжнародне право, пере-

¹ Каченовский, Д. И. Курс международного права [Текст] / Д. И. Каченовский. – Харьков : Унив. тип., 1863. – Ч. 1. – С. 47.

² Там само.

³ Стоянов, А. Н. Очерки истории и догматики международного права [Текст] / А. Н. Стоянов. – Харьков: Университет. тип., 1875. – С. 31.

⁴ Там само. – С. 32.

важно — звичаєве право»¹. Більше того, він навіть став на захист цього джерела: «Зовсім не можна погодитися з думкою проф. Ейхельмана, що “звичаєвого права в цій галузі досить мало”, що міжнародне звичаєве право маловживане. Думка ця суперечить тому, що можна спостерігати в дійсності, і не узгоджена з висновками інших дослідників»².

Чому ж ці вчені віддавали пріоритет саме договорам, а не звичаям?

На мій погляд, перша і головна причина полягає у відсутності комплексних досліджень, присвячених міжнародному звичаєвому праву. Про це свідчить той факт, що В. Е. Грабар у своїй найвідомішій праці з історії літератури міжнародного права в Росії (1647–1917 рр.), надаючи тематичний огляд літератури з міжнародного права другої половини XIX – початку XX ст., не присвятив жодного параграфу міжнародним звичаям, на відміну від договору, якому присвячена ціла глава³. У літературі тих часів, на жаль, не було глибоких наукових праць з міжнародного звичаєвого права, які б служили певним орієнтиром для дослідників. Хоча, за ідеєю, звичай як загальноновизнане найдавніше джерело міжнародного права мав бути всебічно вивчений. Таке спостереження підтверджується й самими вченими дореволюційної Росії. Наприклад, В. П. Даневський зазначає: «Дотепер немає ще жодного загального збірника цього права, тому вивчення його як джерела міжнародного права досить утруднено. Є окремі збірники для минулих часів і тільки у галузі морського міжнародного права (Consolato del mare, Guidon de la mer та ін.)»⁴.

Друга причина є логічним продовженням першої – світоглядна основа, яка визначала б правову природу міжнародного звичаєвого права, значною мірою була розмита. Для міркувань більшості вчених характерне одночасне захоплення ідеями як позитивного, так і природного права. Однак способи, механізми взаємодії та взаємодоповнення цих двох основних теорій, що дозволили б читачеві уявити світоглядно цілісну картину міжнародно-правового регулювання склад-

¹ Казанский, П. Е. Введение в курс международного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Одесса : «Экон.» тип. и лит., 1901. – С. 112.

² Там само. – С. 113.

³ Грабарь, В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917) [Текст] / В. Э. Грабарь ; науч. ред., автор биограф. очерка и сост. библиогр. У. Э. Батлер ; отв. ред. и авт. предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2005. – 888 с.

⁴ Даневский, В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права [Текст] / В. П. Даневский. – Харьков : Тип. А. Н. Гусева, 1892. – Вып. 1. – С. 100.

них і дуже специфічних міжнародних відносин, як правило, були відсутні. У результаті – безліч протиріч.

Одним із найбільш наочних прикладів цього, з нашого погляду, є позиція О. О. Ейхельмана. Так, з одного боку, цей учений заявляє про себе як прихильника юридичного позитивізму: «Міжнародне право є право позитивне, що має – у всякому разі – і „позитивні юридичні титули“...»¹. Саме міжнародне право він розуміє як «*правовий порядок, що визначає міжнародні відносини незалежних одна від одної держав*»². З другого боку, у переліку джерел міжнародного права, у якому, до речі, міжнародні звичаї взагалі відсутні, О. О. Ейхельман на перше місце ставить природне право, застерігаючи при цьому, що це «тільки для основних прав у міжнародному праві»³. На обґрунтування своєї думки вчений зазначає: «Основні права в міжнародному праві склалися, так би мовити, *безпосередньо* із природного права, становлячи необхідний правовий порядок речей, продовжують діяти в цьому ж стані»⁴.

Учений не пояснює, яким чином у природному праві сформувався основні права. Його висновок про важливість і необхідність цього джерела мають констатуючий характер, що ґрунтується на методі винятку: «Значення цього джерела міжнародного права полягає в тому, що основні права в міжнародному праві, які становлять незмінні його підстави, не ґрунтуються: ні на договорі, ні на звичаєвому праві, ні на законах і розпорядженнях держави, а становлять невідмінні наслідки усталеного стану “мирного співіснування” незалежних одна від одної держав і, взагалі, крайній мінімум необхідних норм для існування правових відносин між суб’єктами міжнародного права...»⁵. Таким чином, про основні права О. О. Ейхельман пише як про щось саме собою зрозуміле, незаперечне, як про «азбучні» істини, про те, що «освячено історично»⁶, тим самим звільняючи себе від необхідності доведення їх наявності.

Видається, що головний недолік такого підходу полягає в тому, що вчений не поділяв способи формування внутрішнього правового переконання (правосвідомості) учасників міжнародно-правових відносин

¹ Ейхельман, О. О. Очерки из лекций по международному праву [Текст] / О. О. Эйхельман // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. [Т. 2: О. О. Ейхельман, П. М. Богаєвський, О. О. Жилін] / упоряд. : О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промінь», 2004. – С. 8.

² Там само. – С. 8.

³ Там само. – С. 16.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само. – С. 8–10, 16–20.

і форми його зовнішнього вираження. «Джерелом права, – писав О. О. Ейхельман, – є той правотвірний акт, який надає даній окремій нормі права, або цілому кодексу норм права, значення юридичної обов’язковості. Зазвичай “джерелами права” називаються ті “форми”, у які цей “акт” втілюється»¹. Отже, якщо читати буквально, то, за О. О. Ейхельманом, природне право виступає як «форма» права (поряд з міжнародними угодами держави, автономними законами й розпорядженнями держав і юридичним тлумаченням за аналогією), причому як основна форма, а не спосіб осмислення, розуміння права як такого.

Згодом, коли вчений торкнувся питання про міжнародні звичаї, природне право виявилось, так би мовити, «за дужками» обговорення. Провівши аналогію із внутрішньодержавним правом («цілком, ясно, зрозуміло, що «звичаєве право» має бути в міжнародному праві тим же звичаєвим «правом», як і в цивільному праві, торговельному праві, кримінальному праві і т. д., тобто відповідати тим же юридичним ознакам і підставам звичайної юридичної обов’язковості»²), він дійшов висновку: оскільки в міжнародному праві відсутня така ж «авторитетна влада: або в особі держави, або в особі громади, стану тощо», що охороняє звичаєві норми, то й сама думка про існування даного джерела закріплення міжнародних прав і обов’язків вбачається непереконаливою³.

Водночас учений визнавав наявність сталої й одноманітної практики у відносинах між державами, але тлумачив її в такий спосіб: «Хоча держави, з (безсумнівно сильних) об’єктивних причин, у цій звичайній і потужній практиці, спостерігають дуже велику сталість, але юридично вони роблять це завжди зовсім автономно»⁴. Торкаючись у цьому зв’язку ввічливості («куртоазії») у міждержавних відносинах, він підкреслював, що вона «не ґрунтується на юридичних титулах»: «... у цьому випадку ми бачимо дуже міцну охорону, можемо сказати, відомої ідеї „дружби” між народами як регулярної підстави їх взаємних відносин. Однак це становить все ж таки тільки факт, хоча й дуже сильний і міцний і з величезним політичним значенням, але, тим не менш, для юриста все це ще не становить звичаєвого “права”»⁵. У продовження думки вчений додає: «Навіть “закони й звичаї війни”, як виявляється при юридичному

¹ Ейхельман, О. О. Очерки из лекций по международному праву [Текст] / О. О. Эйхельман // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. [Т. 2: О. О. Ейхельман, П. М. Богаєвський, О. О. Жилін] / упоряд. : О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промінь», 2004. – С. 16.

² Там само. – С. 22.

³ Там само. – С. 22–23.

⁴ Там само. – С. 23.

⁵ Там само. – С. 24.

аналізі джерел цих норм, не могли до 1899 р. вважатися за міжнародне звичаєве „право”, за що їх приймали, думаючи, що, в найгіршому разі, у цій сфері – поняття міжнародного звичаєвого права, вже у всякому разі, цілком правильно застосовується; але й таке припущення виявляється, зрештою, теж непорозумінням»¹.

Загальний висновок, якого дійшов О. О. Ейхельман, розсудивши про ймовірності існування звичаєвого міжнародного права, полягав у такому: «...перебільшено тезу панівної доктрини, яка стверджує, що “звичаєве право” є перше й найголовніше джерело міжнародного права. Детальна перевірка даних виявляє, що нічого подібного немає; та й не могло бути, за основною властивістю міжнародних відносин держав»².

Крім О. О. Ейхельмана, протиріччя в питаннях визначення природи норм міжнародного права, способів (форм) їх зовнішнього закріплення, співвідношення між ними знаходимо й у міркуваннях багатьох інших російських учених того часу. І в більшості випадків суперечливість позицій яскраво виражена, оскільки прямо стосується проблем обґрунтування юридичної обов’язковості так званих «загальних начал» міжнародного права, до яких передусім зараховували «основні начала» держав (самостійність, недоторканність державної території, недоторканність государів і дипломатичних агентів та ін.). Демонструючи повну переконаність в існуванні таких начал, учені, однак, недостатньо уваги приділяли природі їх появи й аспектам їх зовнішнього вияву. В останньому випадку міжнародний договір тоді не міг ще служити скільки-небудь переконливим прикладом, а теорія міжнародного звичаєвого права, як зазначалося вище, була не розвинена. Оскільки взаємозв’язок «загальних начал» і міжнародних звичаїв теж ще глибоко не досліджувався, необхідність існування останніх або прямо заперечувалася (як це робив О. О. Ейхельман), або визначалася несуттєвою, другорядною порівняно з іншими джерелами міжнародного права (і насамперед міжнародним договором).

Хоча, слід зазначити, у роботах деяких учених, що не надавали першорядної важливості звичаям, вказівка на звичаєво-правове закріплення «загальних начал» деякою мірою таки була. Зокрема, А. М. Стоянов, який поставив «загальні начала» на перше місце в переліку джерел міжнародного права перед міжнародними договорами і звичаями, як, наприклад

¹ Ейхельман, О. О. Очерки из лекций по международному праву [Текст] / О. О. Эйхельман // Наука междунар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. [Т. 2: О. О. Ейхельман, П. М. Богаевський, О. О. Жилін] / упоряд. : О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промені», 2004. – С. 25.

² Там само.

закріплення даного джерела послався на відповідну ноту британського уряду Пруссії. У ній указувалося, що «міжнародне право ґрунтується на справедливості, взаємній користі націй, а також на природі речей і *підтверджується довгостроковим звичаєм* (виділено авт. – Ю. Ш.)»¹. Дивно, що сам учений у своєму прикладі акцентував увагу не на змісті ноти, у якій була прямо зазначена звичаєво-правова форма вираження «загальних начал», а на самій ноті як різновиді «дипломатичного акта».

Утім багато російських видатних учених цього зв'язку не бачили. Так, Д. І. Каченовський визначив основний зміст «загальних начал» таким чином: «Є начала права, дотримувані всіма державами, що належать до міжнародного союзу безперечно й незмінно. Вони можуть бути виражені юридичними аксіомами і діють як вищий, не писаний, а усвідомлений закон спільного життя людства. Авторитет цих начал спирається на розум і досвід: відректися від них — значить відмовитися від суспільства або вступити в боротьбу із цілим світом»². Однак, торкнувшись доказів наявності цього джерела (що, по суті, і мають на увазі під способами зовнішнього вираження норм міжнародного права), цей учений запропонував шукати їх у дипломатичній кореспонденції³.

Слабка ланка у цьому міркуванні уявляється очевидною – дипломатична кореспонденція, по-перше, не належить до різновиду міжнародно-правових актів, а по-друге, її зміст, як правило, приховано від сторонніх очей (тим більше в XIX – на початку XX ст.). Міжнародному звичаю Д. І. Каченовський відвів четверте місце у своєму переліку джерел після «начал права», актів конгресів і конференцій і міжнародних договорів⁴.

Одним із тих, хто дуже близько підійшов до того, щоб указати на прямий і безпосередній зв'язок «загальних начал» міжнародного права (як основ міжнародної правосвідомості) і міжнародних звичаїв (як головного способу їх зовнішнього закріплення), був П. Є. Казанський. Однак відсутність глибокої світоглядної позиції в розумінні й тлумаченні міжнародного права обмежили його міркування лише окремими проникливими здогадками, які в остаточному підсумку поступилися в суперництві з очевидними перевагами міжнародного договору як писаної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань.

¹ Стоянов, А. Н. Очерки истории и догматики международного права [Текст] / А. Н. Стоянов. – Харьков : Унив. тип., 1875. – С. 29, 30.

² Каченовский, Д. И. Курс международного права [Текст] / Д. И. Каченовский. – Харьков : Унив. тип., 1863. – Ч. 1. – С. 45.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 45–48.

Так, П. Є. Казанський, розглядаючи міжнародний звичай, зробив досить серйозне твердження, що могло охарактеризувати його як прихильника ідей природного права: «Міжнародний звичай, як і все міжнародне право, утворюється міжнародною думкою й волею, і в підґрунті його лежать ті самі фактичні підстави, які викликають появу міжнародного права взагалі, тобто спільні інтереси народу»¹. Але вже наступне речення поставило під сумнів світоглядну цілісність його позиції: «Особливістю його [міжнародного звичаю] є те, що він – фактична, не визначена правом, мовчазна форма утворення права, що не відрізняється свідомістю»². З урахуванням попереднього речення можна припустити, що вчений сумнівався і у «свідомості» всього міжнародного права, що навряд чи відповідало дійсності. При цьому «меншу свідомість» звичаєво-правового шляху формування норм міжнародного права П. Є. Казанський пояснював тим, що «діячі міжнародної галузі» змушені в цьому випадку «діяти шляхом *прихованої* роботи думки, шляхом *менш свідомим*, правом *не визначеним*, фактичним»³.

Примітно, але далі, через кілька абзаців, порівнюючи міжнародні й внутрішньодержавні звичаї, саме перші П. Є. Казанський охарактеризував як «більш свідомі»: «Ця більша свідомість виражається, однак, тільки в тому, що якщо шляхи звичаєвого правотворення в галузі внутрішньодержавного порядку, звичайно, важко простежити, то в міжнародній галузі ми часто можемо відновити в подробицях, а іноді й спостерігати наочно весь хід розвитку відомої юридичної ідеї від часу її появи до того моменту, коли вона входить у позитивне право»⁴. І далі: «Залежить це від того, що в міжнародному житті замішані головним чином великі суспільні інтереси, прослідкувати за визнанням яких досить легко, а головними творцями міжнародного звичаю є держави, діяльність яких у всіх на очах, тоді як у внутрішньодержавному побуті право має справу переважно з нескінченною масою дрібних відносин і завдань окремих осіб, що взаємно борються між собою або взаємно з'єднуються одні з іншими для досягнення спільних цілей»⁵.

Цікава побудова логіки вченого: «сховану роботу думки діячів міжнародної галузі» він трактує як «меншу свідомість», а якісь зовнішні прояви міжнародного (і насамперед міждержавного) спілкування — як «більшу». І звичайно, цей підхід, незважаючи на згадування необхід-

¹ Казанский, П. Е. Введение в курс международного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Одесса : «Экон.» тип. и лит., 1901. – С. 110.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 111.

⁵ Там само. – С. 111, 112.

ності входження норм у позитивне міжнародне право, цьому ж позитивному правовому мисленню не відповідає. О. О. Ейхельман, який віддавав пріоритет саме внутрішньодержавним звичаям, а не міжнародним, у цьому сенсі був більш послідовним.

У результаті П. Є. Казанський дійшов висновку про більшу значущість міжнародних договорів як джерела міжнародного права. Але й цей висновок мав, скоріше, характер прогнозу, ніж підсумку аналізу розвитку міжнародного права в цілому, і міжнародного звичасвого права зокрема, і також був повним протиріч: «Тільки в наш час міжнародний договір починає витісняти міжнародний звичай. Звичай, однак, не втратив ще свого значення. Дотепер міжнародне право, переважно, звичасве право. ...*Майбутнє належить, безумовно, не звичаю, а договору народів*»¹.

Деяке передчуття важливості й актуальності більш пильного вивчення сутності міжнародного звичасвого права звучить у роботах В. А. Незабитовського. Не випадково В. Е. Грабарь характеризував його як людину, що володіє «потужним аналітичним розумом» і «тонким чуттям»².

У роботі, присвяченій міжнародним звичаям воєнного часу, написаній в 1861 р.³ (до слова, тоді, коли Женевська конвенція про поліпшення участі поранених і хворих у діючих арміях 1864 р. – перша конвенція з міжнародного гуманітарного права – перебувала ще в стадії розробки), В. А. Незабитовський одним із перших указував на необхідність розмежування «старих» і «нових» звичаїв. В основі такого розмежування, на його думку, лежить широке поширення в суспільстві ідей просвітництва й гуманності. Він писав: «Утворені держави визнають звичай, який визначає, що можна і чого не повинно під час війни. Цим звичаем ми зобов'язані просвітництву. У відносинах між державами пушка завжди залишиться *ultima ratio*, але просвітництво й гуманність неминуче пом'якшать війну ще більше»⁴.

Докорінну відмінність між війнами минулого і сьогодення, що призвела до нових звичасвих норм, В. А. Незабитовський сформулював так: «Тоді війни були народними, і воював народ з народом... За нинішніми

¹ Казанский, П. Е. Введение в курс международного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Одесса : «Экон.» тип. и лит., 1901. – С. 112, 113.

² Грабарь, В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917) [Текст] / В. Э. Грабарь ; науч. ред., авт. биограф. очерка и сост. библиогр. У. Э. Батлер ; отв. ред. и авт. предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2005. – С. 433.

³ Незабитовский, В. А. Международные обычаи во время войны. Речь на акте Университета Св. Владимира 30 августа 1861 года [Текст] / В. А. Незабитовский // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. / В. А. Незабитовський, М. К. Ренненкампф, Р. І. Базінер; упоряд.: О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промені», 2004. – Т. 1. – С. 67–82.

⁴ Там само. – С. 67–68.

звичаями війна є ставленням держави до держави; окремих підданих вона не робить ворогами, і коли держави воюють, народи залишаються у мирі»¹. Зміна загального ставлення до війни вплинула на утвердження нових міжнародних звичаєво-правових зобов'язань: «Тепер війна поважає мирну особистість і мирну власність. Убивство, насильство, грабіж, спустошення, руйнування, звичай таврує як злочини. Іноземець може спокійно залишатися в наших межах і нарівні з нами користується захистом закону, навіть якби ми вели війну з його батьківщиною»².

Концептуальна зміна ставлення до війни дозволила проводити розмежування між правомірними і неправомірними діями. В. А. Незабитовський, зокрема, писав: «Морська війна ще й тепер жваво нагадує набіги норманнів. Вона спустошує береги, бомбардує й палить мирні міста, винищує мирне майно в портах. Усе це робиться; втім не можна сказати, щоб загальноприйнятий звичай дозволяв це. На підставі загальноприйнятого звичаю морська війна, безсумнівно, вправі тільки припиняти загальнонародні зносини ворога»³.

У цілому ж учений так резюмував свої міркування, висловивши про свій час таке: «Усі надії його пов'язані з ідеєю права, усі його симпатії — на користь миру»⁴.

На жаль, указавши на принципово нове ставлення до війни, В. А. Незабитовський не пояснив, як саме слід розуміти ідею права, як вона пов'язана з просвітництвом й гуманністю, яке її співвідношення з ідеєю мирного співіснування народів і, найголовніше, яким чином усе це впливає на нове розуміння міжнародних звичаїв.

Таким чином, широко поширене в російській науці другої половини XIX – початку XX ст. уявлення про наявність універсальних принципів (загальних начал, аксіом) міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин страждало незавершеністю, що полягало насамперед у відсутності загально визнаних уявлень про адекватні способи їх зовнішнього вияву.

Такого ж висновку дозволяє дійти й аналіз монографії Ф. І. Кожевникова, присвяченої розвитку міжнародного права в Росії до XX ст.⁵ Так,

¹ Незабитовский, В. А. Международные обычаи во время войны. Речь на акте Университета Св. Владимира 30 августа 1861 года [Текст] / В. А. Незабитовский // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. / В. А. Незабитовський, М. К. Ренненкамф, Р. І. Базінер; упоряд.: О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Вид. дім «Промені», 2004. – Т. 1. – С. 68.

² Там само. – С. 69.

³ Там само. – С. 75.

⁴ Там само. – С. 82.

⁵ Кожевников, Ф. И. Русское государство и международное право (до XX века) [Текст] / Ф. И. Кожевников ; под ред. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2006. – 312 с.

у своєму дослідженні радянський учений цілком справедливо підкреслював великий внесок Російської держави у формування та утвердження в міжнародному праві принципів обов'язковості дотримання міжнародних договорів¹, неприпустимості втручання держав у внутрішні справи одна одної², альтернату при складанні тексту міжнародного договору³, рівності суверенних держав у морському церемоніалі⁴, релігійної свободи, національного режиму й режиму найбільшого сприяння⁵, свободи міжнародного судноплавства по морських протоках, які з'єднують зони двох відкритих морів⁶, свободи судноплавства по міжнародним рікам⁷, принципу рівноправності мов у посольському праві⁸ та ін. Але при цьому він утримувався від вказівки на звичаєво-правову форму їх зовнішнього вираження і прагнув послатися на ті досить нечисленні за складом учасників і нетривалі за строком дії міжнародні договори, які прямо або опосередковано ці принципи закріплювали.

За висновком Ф. І. Кожевникова, міжнародно-правовий звичай у до-революційний період був джерелом міжнародного права, не зважати на існування якого неможливе, але й глибоке розуміння якого було відсутнє. У своїй роботі він навів досить поширене в російській доктрині розглянутого періоду визначення міжнародного звичаю: «Міжнародними звичаями називаються такі правила, які на підставі постійного застосування до однакових за сутністю своєю випадків визнаються обов'язковими в міжнародних відносинах»⁹. Далі він зазначав: «Незважаючи на невизначеність, хиткість, умовність і відносність звичаю, було б, однак, неправильно недооцінювати або тим більше ігнорувати його значення як джерела права для міжнародно-правових відносин. Слід зазначити, що низка інститутів в галузі міжнародного права ґрунтується виключно на звичаї. Так, наприклад, майже все посольське право – звичаєве право»¹⁰.

Розгорнутої характеристики міжнародних звичаїв як одного з основних способів зовнішнього закріплення міжнародно-правових зобов'язань (із чим учений був повністю згодний) Ф. І. Кожевников не надав. Він лише

¹ Кожевников, Ф. И. Русское государство и международное право (до XX века) [Текст] / Ф. И. Кожевников ; под ред. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2006. – С. 91, 151.

² Там само. – С. 94.

³ Там само. – С. 95.

⁴ Там само. – С. 96, 97.

⁵ Там само. – С. 111–113.

⁶ Там само. – С. 136.

⁷ Там само.

⁸ Там само. – С. 183.

⁹ Там само. – С. 150.

¹⁰ Там само.

констатував наявність різних звичаїв у міжнародному праві на різних етапах розвитку в російській і західноєвропейській історії. Дослідник зазначав, зокрема, такі звичаї: «вносити у вступну частину міжнародних угод формулу: *в ім'я Бога всемогутнього*»¹, хресного цілування міжнародних договорів², «звичай відправляти послів у чужі країни й приймати в себе іноземних послів»³, «звичай включати у свиту посольства гостей, купців»⁴, «звичай постачати послів *верющими* (вірчими) грамотами»⁵, «звичай утримувати іноземних послів за рахунок держави» (який, однак, не був характерний для королівських дворів Західної Європи й був відмінений в 1690 р. на прохання римського імператора Леопольда)⁶, «звичай, якщо переговори з іноземними послами приводили до гарних результатів, відпускаючи, пригощати їх медом»⁷, «звичай допускати до аудієнції тільки дипломатичних представників вищого рангу, а інші представники могли вручати свої грамоти тільки у відомстві іноземних справ»⁸, «звичай проголошувати війну за допомогою особливого маніфесту»⁹ та ін.

Для Ф. І. Кожевникова міжнародний звичай являв собою джерело вираження міжнародно-правових норм, що логічно випливають із загальних начал міжнародного права й підтверджені відповідною практикою міжнародних відносин, але не самі начала. При цьому чітко вказати на яке-небудь інше джерело міжнародного права в тій ситуації, коли й міжнародний договір із цією роллю практично не справлявся, учений не зміг. У цьому сенсі набагато відвертіше висловився Ф. Ф. Мартенс, якого В. Е. Грабарь охарактеризував як прихильника юридичного позитивізму¹⁰. Разом з тим, як зазначав Д. Б. Левін, його позиції щодо підстав міжнародного права був властивий і «ідеальний момент»¹¹.

¹ Кожевников, Ф. И. Русское государство и международное право (до XX века) [Текст] / Ф. И. Кожевников ; под ред. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2006. – С. 154.

² Там само. – С. 155–157.

³ Там само. – С. 177.

⁴ Там само. – С. 177, 178.

⁵ Там само. – С. 178.

⁶ Там само. – С. 178, 179.

⁷ Там само. – С. 179.

⁸ Там само. – С. 181.

⁹ Там само. – С. 242.

¹⁰ Грабарь, В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917) [Текст] / В. Э. Грабарь ; науч. ред., авт. биограф. очерка и сост. библиогр. У. Э. Батлер ; отв. ред. и авт. предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2005. – С. 397–404.

¹¹ Див.: Левин, Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в. Общие вопросы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1982. – С. 13. Див. також: Мережко, А. А. История международно-правовых учений [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Юрид. думка, 2004. – С. 201–203.

Ф. Ф. Мартенс, на відміну від вищезгаданих дослідників, змушений був визнати, що «досить багато основних інститутів і положень міжнародного права не мають іншої охорони, крім мовчазної згоди держав на їх визнання й дотримання»¹. Однак, як вбачається, справжня причина піднесення міжнародних звичаїв над іншими джерелами міжнародного права все ж таки полягала не в цьому. Випереджаючи класифікацію джерел, Ф. Ф. Мартенс підкреслив: «Підставою юридичних норм, що визначають міжнародні відносини, служить виключно усвідомлення цивілізованими державами необхідності міжнародного правового порядку й добровільна їх згода, що впливає з цього, на визнання їх обов'язковості»².

Із Ф. Ф. Мартенсом повністю погоджувався В. А. Уляницький, який прокоментував його останню фразу так: «У цьому – матеріальне джерело міжнародного права»³. Власне під матеріальним джерелом права В. А. Уляницький розумів «його внутрішню розумну підставу, причину його появи»⁴. У своєму тлумаченні джерел міжнародного права цей учений вийшов за рамки позитивістського світогляду: «Здавна досить поширена, навіть панівна думка визнає першоджерелом м. права угоду держав (*consensus gentium*), що виражається у звичаях і договорах. Це є правильним стосовно того, що угода, визнання державами відомих норм, є необхідним завершувальним моментом у процесі їх встановлення; *але норми ці виникають і створюються не угодою й не в ній їх джерело, тому що довільно творити право держави не можуть* (виділено авт. – Ю. Щ.)»⁵.

В. А. Уляницький підкреслював, що «від джерела права слід відрізнити зовнішні форми його вияву, форми вияву тих норм, у які воно втілюється в життя (формальні джерела). Ці форми теж мають значення джерел, але не походження, а лише пізнання права»⁶. Формальні джерела вчений ділив на «прямі»/«головні» (міжнародні звичаї й міжнародні договори) і «непрямі» (внутрішнє законодавство держав,

¹ Мартенс, Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов [Текст] : в 2 т. / Ф. Ф. Мартенс. – 2-е изд., доп. и испр. – СПб. : Тип. М-ва путей сообщения (А. Бенке), 1887. – Т. 1. – С. 187.

² Там само. – С. 186.

³ Уляницький, В. А. Международное право [Текст] / В. А. Уляницький. – Томск : Изд-во книж. магазина П. И. Макушина; Типо-литография Сибир. Т-в Печатного Дела, 1911. – С. 2.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

рішення державних судів і громадських організацій з питань міжнародного характеру, науку)¹.

Про міжнародний звичай В. А. Уляницький говорить, що «це перша й найдавнішня форма прояву м. правосвідомості та м. права... У підґрунті м. звичаю лежить спільність або взаємність інтересів народів і переконаність їх у необхідності відомого способу дії у відомих випадках м. відносин»². Разом з тим учений заявив: «Утім, значення позитивного права звичай може мати лише за відсутності відповідної договірної норми. Головне значення звичаю – як посібника при застосуванні й тлумаченні спірних норм позитивного міжнародного права»³.

Найбільш послідовну природно-правову позицію в російській літературі зазначеного періоду стосовно звичаїв міжнародного права, на наш погляд, зайняв А. К. Бялецький⁴. Він одним із перших у вітчизняній доктрині вказав на пряму й безпосередню залежність у розумінні міжнародного звичаю від певних надпозитивних основ права. Причому зробив це, відштовхнувшись від міркувань про роль звичаїв як одного з джерел права взагалі, а не тільки права міжнародного. «Звичай, – писав учений, – тобто виявлення юридичного переконання за допомогою подібної дії як окремих людей, так і суспільних союзів, визнається вірним вираженням права тоді, коли він, *cum opinione necessitatis*, є не витвором випадкових, скороминущих обставин, але здійсненням внутрішнього усвідомлення правди. Крім того, щоб відомі, повторювані звичаї можна було вважати вираженням права, необхідно вимагати, щоб причини, які викликають їх виникнення, відповідали загальній ідеї справедливості»⁵.

Поширивши свої погляди на звичаєве право на площину міжнародно-правових відносин, А. К. Бялецький дійшов висновку про видатну роль саме цього джерела у підтриманні, сучасною мовою, міжнародного правопорядку, забезпеченні його справедливості. «Умови гармонійного спілкування в міждержавному житті, – зазначав він, – з давніших і навіть до останніх часів, підтримувалися набагато надійніше за допомогою звичаєвого, ніж за допомогою писаного права... Одним словом, міжнародний союз, за своєю характеристичною властивістю, є теж така суспільна сфера, у якій звичай не тільки може утворитися, але в якій він за перевагою зміцнює і служить найбільш зручною формою для вира-

¹ Уляницький, В. А. Международное право [Текст] / В. А. Уляницький. – Томск : Изд-во книж. магазина П. И. Макушина; Типо-литография Сибир. Т-в Печатного Дела, 1911. – С. 3, 4.

² Там само. – С. 4.

³ Там само.

⁴ Бялэцкий, А. К. О значении международного права и его материалов [Текст] / А. К. Бялэцкий. – Варшава : Тип. К. Ковалевского, 1872. – 270 с.

⁵ Там само. – С. 154, 155.

ження ідеї права»¹. У зв'язку з цим, безумовно, звичаї, на його думку, є й першочерговою формою закріплення «найважливіших начал міжнародного права»². Доводячи це, вчений зауважив: «Більшість інститутів міжнародного права виникли шляхом поступового звичаєвого утворення й були визнані обов'язковими перш ніж вони удостоїлися формальної санкції державної влади або знайшли місце в статтях трактатів»³.

Слід сказати, що А. К. Бялецький у своїх міркуваннях прямо не торкався питання про долю міжнародної звичаєвої норми після укладення міжнародного договору, що скасовує або певним чином змінює її. Він, насамперед, дав підставу для розмежування «старих» і «нових» міжнародних звичаїв (якої не бракувало В. А. Незабитовському). Разом з тим загальний і, безсумнівно, новаторський для свого часу підхід ним був сформульований. Розглядаючи поняття «джерело права», учений звернув увагу на те, що «якщо за всяким законодавчим актом, договором або тривалий час застосовуваним звичаєм визнавати назву джерела права, – це може становити утруднення у відшуканні вірного виявлення ідеї права, тому що ця ідея не завжди дійсно виявляється в пам'ятках, зарахованих до розряду його джерел»⁴. І далі: «Нерідко такі матеріали містять заперечення, а не втілення ідеї справедливості»⁵.

Убачається, що саме А. К. Бялецького можна виділити як одного з тих учених, яким належить велика заслуга у становленні й розвитку ідеї про те, що позитивний нормативно-правовий акт (закон або міжнародний договір) може бути несправедливим, неправовим. І не тільки в цьому.

Вважаю, що саме А. К. Бялецькому, а не Ф. Жені (François Gény) належить заслуга утвердження в сучасному міжнародному праві загальноновизнаної нині «формули» міжнародно-правового звичаю: практики (матеріального елемента) і визнання її як юридично обов'язкової (*opinio juris et necessitates*, психологічного елемента). Ф. Жені оприлюднив цю формулу її у 1899 р. у своїй праці *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*⁶, а А. К. Бялецький – в 1872 р. (на 27 років раніше!). Причому слід зазначити, «формула А. К. Бялецького» була, на мій погляд, більш правильною, більш точною. Він писав: «Ознаки – юридичне переконання й сталість факту (*opinio juris i frequentia casuum*) мають неодмінно збігатися, щоб відомому звичаю надати характер матеріалу

¹ Бялэцкіі, А. К. О значенні международного права и его материалов [Текст] / А. К. Бялэцкіі. – Варшава : Тип. К. Ковалевского, 1872. – С. 157.

² Там само. – С. 158.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 143, 144.

⁵ Там само. – С. 144.

⁶ Див. про це, напр.: D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Cornell University Press : Ithaca, New York, 1971. – P. 47–49.

права»¹. Якби згодом, протягом ХХ ст., учені й практики орієнтувалися б більшою мірою на «формулу А. К. Бялецького», а не на «формулу Ф. Жені», то багатьох проблем, пов'язаних із двозначним тлумаченням поняття «практика» як елемента міжнародно-правового звичаю (у широкому й у вузькому сенсах), можна було б уникнути².

Отже, можна зробити висновок про те, що в російській науці міжнародного права другої половини ХІХ – початку ХХ ст. уявлення про роль міжнародних звичаїв було не однозначним. За винятком тих небагатьох учених, які взагалі заперечували міжнародний звичай як джерело міжнародного права (О. О. Ейхельман), багато фахівців ставилися до нього як до загальновизнаного і дуже важливого регулятора міжнародних відносин (В. П. Даневський, П. Є. Казанський, Л. О. Камаровський, Д. І. Каченовський, М. М. Коркунов, В. А. Незабитовський, А. М. Стоянов). І якщо в порівнянні з міжнародним договором саме останньому вони й віддавали перевагу, то робили це, по-перше, під впливом популярних у ті часи ідей позитивного права, які фокусували увагу вчених на низці очевидних і беззаперечних переваг письмової форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань; а по-друге, у зв'язку з відсутністю глибоких теоретичних досліджень, присвячених міжнародним звичаям, у яких були б комплексно вивчені історичні, філософські, культурологічні й власне правові питання виникнення й функціонування даного неписаного джерела міжнародного права.

Разом з тим деякі російські вчені, порівнюючи міжнародний звичай і міжнародний договір, саме звичаю віддавали абсолютну перевагу. При цьому одні з них керувалися усвідомленням якоїсь виключності звичаю як такого джерела, у співвідношенні з яким міжнародний договір просто в силу своєї об'єктивно недостатньої поширеності й загребуваності в ті часи конкурувати був не у змозі (Ф. Ф. Мартенс, В. А. Ульяницький), а інші – бачили в цій перевазі глибокий зміст. Як такого вченого слід назвати насамперед А. К. Бялецького, висновки якого ґрунтувалися на природно-правовій концепції міжнародного права, і який заклав науковий фундамент міжнародного звичаєвого права та передбачив його розвиток на багато десятиліть наперед.

¹ Бялэцкий, А. К. О значении международного права и его материалов [Текст] / А. К. Бялэцкий. – Варшава : Тип. К. Ковалевского, 1872. – С. 155.

² Докладніше див.: Щокін, Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* [Текст] / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144; Щёкин, Ю. В. Феномен «моментальных» международно-правовых обычаев (анализ на примерах формирования обычаев международного космического права) [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законности. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 79. – С. 135–144; Щокін, Ю. В. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду [Текст] / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 188–197.

Розділ 2

Правова природа міжнародно-правових звичаїв

Протягом сторіч проблема визначення правової природи міжнародно-правових звичаїв перебуває в центрі уваги теоретиків міжнародного права. Це одна із загальновідомих і разом з тим найбільш складних проблем. Багато вітчизняних і зарубіжних фахівців указують на те, що її вирішення нерозривне з розв'язанням фундаментальної теоретичної проблеми – з'ясуванням природи юридично обов'язкової сили всього міжнародного права¹. Тому, як влучно зазначила Б. Стерн (B. Stern), не випадково саме «звичай є серцем міжнародного права»².

Незважаючи на те, що постійний науковий пошук приводить до появи нових теорій міжнародно-правових звичаїв, деякі маститі вчені ставляться до цього досить консервативно. Наприклад, І. І. Лукашук заявляє таке: «Доводиться констатувати, що спроби створити принципово нову теорію звичаєвих норм рідко бувають успішними навіть частково»³.

Узявши до уваги думку цього шанованого фахівця, уявляється, що з неї зовсім не випливає, що такий пошук необхідно взагалі припинити. Докорінні зміни, що відбуваються у вітчизняній юридичній науці, безпосередньо стосуються і теорії міжнародного права. Більше того, маємо констатувати, що вітчизняна міжнародно-правова доктрина, на жаль, ще недостатньо адекватно реагує на ці зміни. А це також означає її запізнілу реакцію на події, які відбуваються у світі, що не може не мати негативних наслідків для реалізації зовнішньої політики нашої держави.

¹ Див., наприклад: Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 99, 100; Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / B. Stern // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 89–91; D'Amato, A. The Authoritativeness Of Custom In International Law [Text] / A. D'Amato // Rivista di Diritto Internazionale. – Vol. 53. – 1970. – P. 491, 492.

² Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / Stern B. // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 89.

³ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 214.

Навіть якщо погодитися з тим, що дійсно неможливо створити принципово нову теорію звичаєвих норм, велике значення має те, яка ж з існуючих теорій домінує в науці. Теорія може бути відома, але її істинне значення довгий час недооцінюється, а практичні результати не беруться до уваги. У цьому сенсі вітчизняна наука міжнародного права потребує найглибших перетворень, які також стосуються теорії міжнародно-правових звичаїв.

2.1. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції юридичного позитивізму

Будучи одним із найбільш значних філософсько-правових напрямів, що має давню історію, яка сходить до часів античності¹, юридичний позитивізм пережив свій ренесанс у XVIII ст. Класиками філософії юридичного позитивізму є Ієремія Бентам (1748–1832) і Джон Остін (1790–1859). У доктрині міжнародного права ідеї юридичного позитивізму розбудовували Корнеліус ван Бінкерсхук (1673–1743), Річард Зьоч (1590–1660), Самуель Рахель (1628–1691), Іоганн Вольфганг Текстор (1637–1701), Іоганн Мозер (1701–1785), Георг фон Мартенс (1756–1821), Вільям Едвард Хол (1835–1894)².

За час свого розвитку юридичний позитивізм набув багато відтінків. У його рамках сформовані різні наукові школи й напрями. Найбільшу популярність і визнання ідеї позитивізму одержали в XIX – першій половині XX ст. У зарубіжній доктрині міжнародного права протягом XX ст. і дотепер точку зору позитивізму обстоювали Д. Анцилотті, Я. Броунлі, Л. Хенкін, Г. Кельзен, Л. Оппенгейм, К. Райт, Б. Стерн, Х. Трипель, Х. Л. А. Харт, Ч. Хайд, О. Шахтер, Дж. Шварценбергер, М. Ейкхерст й ін. У вітчизняній науці на позиціях позитивізму стояли Л. А. Алексідзе, В. А. Василенко, Г. М. Даниленко, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, Г. Д. Найко, С. Г. Пальчик, Г. І. Тункін та ін.

Юридичний позитивізм був фундаментом радянської доктрини міжнародного права, хоча й зазнавав критики. Радянські вчені пого-

¹ Про умовне право Арістотеля, яке згодом почали називати позитивним правом, див.: Василенко, В. А. Основы теории международного права [Текст] / В. А. Василенко. – Киев : Выща шк., Головное изд-во, 1988. – С. 121–123.

² В українській доктрині загальну характеристику внеску цих учених у розвиток ідей юридичного позитивізму в міжнародному праві див.: Мережко, А. А. История международно-правовых учений [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 2006. – С. 227–282.

джувалися з тим, що частково ця теорія правильно пояснює природу юридично обов'язкової сили міжнародного права. Правильним було визнання угоди держав як єдиного способу створення норм міжнародного права¹. З позитивізму вичленувалась і широко пропагувалася *теорія згоди (угоди) держав* або, точніше, теорія узгодження воель (волевиявленнь) держав. У 1982 р. Л. А. Алексідзе так описував її: «Теорія узгодження воель держав найбільш адекватно відбиває реальну дійсність нормоутворення в міжнародному праві, розкриваючи його класову природу й сам процес створення норм»². Втім, на відміну від позитивізму, на думку Л. А. Алексідзе, ця теорія набагато ближча до реального життя, оскільки має класовий характер³. По суті, відбувалося об'єднання двох способів осмислення права – позитивістського й соціально-об'єктивістського (як переважно вважають, до останнього належить марксизм)⁴. Після розпаду Радянського Союзу позитивістська основа вітчизняної доктрини постала в чистому вигляді.

У сучасній міжнародно-правовій науці, що розвивається на пост-радянському просторі, найбільш послідовним прихильником юридичного позитивізму був професор І. І. Лукашук. Концепцією позитивізму він визначав правову природу і міжнародних звичаїв, і природу юридично обов'язкової сили всього міжнародного права. Зокрема, він писав: «Концепція позитивістів відповідає реальному стану речей, міжнародній практиці й тому є найбільш впливовою⁵. На думку І. І. Лукашука, перевага узгоджувальної природи щодо звичаєвих норм полягає в тому, що «вона відповідає практиці держав і природі міжнародного

¹ Наприклад, Г. І. Тункін писав таке: «Буржуазна доктрина угоди як засобу створення норм міжнародного права правильно відбивала одну сторону дійсності, а саме, що угода є єдиним способом створення принципів і норм міжнародного права. Але доктрина, що розглядається, не давала правильного аналізу процесу становлення норми, його сутності й нерідко, обмежуючись суто догматичним підходом, взагалі відмовлялась займатися дослідженням цього питання» (див.: Тункін, Г. І. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 182). Також див.: Левин, Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1974. – С. 10, 13–14; Василенко, В. А. Основы теории международного права [Текст] / В. А. Василенко. – Киев : Выща шк., Головное изд-во, 1988. – С. 129–132 та ін.

² Алексідзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексідзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 163.

³ Там само. – С. 136–141; 160–169.

⁴ Див.: Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : монографія / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 65–68.

⁵ Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [Текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 27.

права, дає відповіді на основні питання теорії і практики, що стосуються не тільки природи, а також створення й дії звичаю»¹. Точка зору І. І. Лукашука у своїй основі відбивала радянський підхід до розв'язання проблеми юридично обов'язкової сили міжнародного права й правової природи міжнародного звичаю². І, до речі, його позиція майже не зазнала змін³. У контексті теорії міжнародного звичаєвого права в сучасній російській доктрині ідеї І. І. Лукашука підтримують і розбудовують Д. Г. Самхарадзе⁴ і Л. Р. Шаммасова⁵.

Українська міжнародно-правова наука не є винятком. В. Г. Буткевич прямо пише, що «позитивістської концепції додержуються вчені України і близького зарубіжжя»⁶. Крім В. Г. Буткевича, у сучасній українській доктрині ідеї позитивізму відкрито поділяють М. О. Баймуратов і С. А. Войтович.

Юридичний позитивізм, який сформувався на основі позитивістського напряму у філософії, виходить із реальності факту, даних досвіду, що, безперечно, існує. Він обмежується вивченням зовнішніх ознак правових явищ, не прагнучи глибше проникнути в перебіг подій, урахувати їх підґрунтя, розібратися в морально-етичних переживаннях залучених суб'єктів. При оцінюванні факту ідеальне виноситься як би за дужки, забезпечуючи, на думку прихильників позитивізму, «чистоту» його сприйняття й супутнього аналізу. А оскільки найбільш наочною (і тому, як уважається, «достовірною») спонукальною причиною, що змушує взаємодіючих суб'єктів вибирати той чи інший варіант поведінки, є страх одного з них уникнути свідомо несприятливих для

¹ Лукашук, И. И. Обычные нормы современного международного права [Текст] / И. И. Лукашук // Моск. журн. междунар. права. – 1994. – № 2. – С. 24.

² Див., напр.: Левин, Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М.: Наука, 1974. – С. 10, 13–14; Василенко, В. А. Основы теории международного права [Текст] / В. А. Василенко. – Киев: Выща шк., Головное изд-во, 1988. – С. 129–132; Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М.: Спарк, 1997. – С. 214; Международное право [Текст]: учебник / отв. ред. В. И. Кузнецов. – М.: Юристъ, 2001. – С. 32 и др.

³ Лукашук, И. И. Обычные нормы в современном международном праве [Текст] / И. И. Лукашук // Сов. ежегодник междунар. права, 1978. – М.: Наука, 1980. – С. 89.

⁴ Самхарадзе, Д. Г. Взаимодействие источников современного международного права [Текст]: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.10 / Д. Г. Самхарадзе. – М., 2005. – 30 с.

⁵ Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст]: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – 28 с.

⁶ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст]: підруч. / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній; за ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – С. 40.

себе наслідків (насамперед у фізичному сенсі), правовідносини між ними розглядаються в контексті відносин влади й підпорядкування. Отже, «дійсним» джерелом права може бути тільки влада, здатна силою фізичного примусу або її погрозою нав'язати свою волю. Чим ефективніша влада в реалізації своєї волі, тем вона суверенніша.

З такої позиції кожний правопорядок, якщо він установлений владою (уособленням якої традиційно є такий соціальний інститут, як держава) і підкріплений її примусовою силою, є законним. Людина, якщо вона не є представником влади, розглядається як «істота, наділена здатністю розуміти адресовані їй накази, підкріплені силою застосування покарання»¹.

Прихильники юридичного позитивізму, вибудовуючи таке досить жорстке розуміння правової реальності, проте, переважно утримуються від повного заперечення впливу на право ідеальних складових. Як правило, за ідеальним (щб є уявлення про добро і зло, істинне й хибне, справедливе й несправдливе) або просто не визнається пріоритетність у побудові позитивного правопорядку, або воно просто відсувається на «безпечну дистанцію». Прикладом останнього можуть служити міркування такого яскравого представника філософії юридичного позитивізму, як Дж. Остін (J. Austin), який, на думку багатьох фахівців, є одним з основних чистих носіїв цього вчення.

Так, Дж. Остін повністю ототожнював поняття «позитивне право» і «право взагалі». «Кожне позитивне право або, говорячи просто й строго, кожне право, – писав він, – установлюється одноособовим сувереном або суверенною групою осіб стосовно особи або осіб, що перебувають у стані підпорядкування щодо його автора (тобто творця права. – Ю. Ш.)»². Учений вважав, що існує пряма залежність між дійсністю або істинністю правової норми та волевиявленням правителя-суверена. Тільки те право (правова норма) істинне, якщо воно безпосередньо виходить від суверена одноособового або колективного. Є відомим його твердження: «Закони (laws) істинні, або [закони] у власному розумінні слова – це команди (commands); закони, що не є командами, – це закони не істинні або [закони] не у власному розумінні слова»³.

¹ Див.: Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : монографія / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 54.

² Austin, J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law [Text] / J. Austin. – 3d ed., revised and edited by R. Campbell. – In 2 vols.: vol. 1. – London : John Murray, Albemarle Street, 1869. – P. 35.

³ Там само. – P. 81.

Звичаї Дж. Остін розглядав як норми позитивної моралі, «доти, поки законодавець або суддя не висловлять своє ставлення до характеру права»¹. Він відверто вважав абсурдною ідею класичних давньоримських юристів, сера Вільяма Блекстоуна й «безлічі інших письменників» про те, що «норма права, яка створювалася судовим рішенням на підставі попереднього звичаю, існує як *позитивне право*, незалежне від законодавця або судді в силу встановлення [її] приватними особами, що дотримувалися її в стані звичаю»². Інакше кажучи, ним повністю відкидалася навіть сама ймовірність формування й існування правової норми у відносинах приватних осіб в обхід волі суверена як особи, що володіє реальною владою в державі, що дозволяє йому застосовувати санкції за непокору.

Ставлення знаменитого філософа до природного права було своєрідним, але аж ніяк не таким різким і безкомпромісним, як це широко прийнято вважати в сучасній літературі. Природне право, вважав Дж. Остін, існує у двох непорівнянних між собою значеннях: або як Божественне право (*law of God*), або як позитивне право й позитивна мораль³.

Треба відзначити, що вчений розсудливо не заперечував перше втілення природного права. Він навіть указував на особливий характер Божественних законів, універсальність їх норм, які не були результатом витвору людини, продуктом її думки⁴. Більше того, він заявив, що «Божественне право – це засіб або випробування позитивного права й моралі або (перефразувавши) права й моралі, оскільки вони є тим, чим вони *повинні* бути, підкоряться або не суперечити праву Бога»⁵.

Природне право як частина позитивного права, на думку Дж. Остіна, має спільні риси із правом, створюваним судовими рішеннями на основі або звичаїв (*jus moribus constitutum*), або практики приватних юристів (*jus prudentibus compositum*), тому що воно «моделюється законодавцем або суддею на основі попереднього права, але іншої властивості, а саме Божественного права, що правильно або помилково розуміється, або норм позитивної моралі, які не є властивими для якої-небудь нації або епохи, але існують або вважається, що існують, в усіх націях і епохах»⁶.

¹ Austin, J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law [Text] / J. Austin. – 3d ed., revised and edited by R. Campbell. – In 2 vols.: vol. 1. – London : John Murray, Albemarle Street, 1869. – P. 37.

² Там само. – P. 38.

³ Там само.

⁴ Там само. – P. 83-86.

⁵ Там само. – P. 85.

⁶ Там само. – P. 38.

Інший відомий філософ-позитивіст Г. Кельзен (H. Kelsen), який теж сприймається багатьма як чистий представник вчення, у цьому сенсі був набагато послідовнішим. Його модель будь-якого соціального порядку («а право — це соціальний порядок»¹) будувалася на примусі. Для того щоб добитися від людей необхідної поведінки, влада має право використовувати різні методи, які мають загальну спрямованість, у вигляді залякування й використання сили. Відмовитися від них можна лише в тому випадку, якщо людина підкорюється встановленому порядку добровільно. Інакше влада може позбавити її того, що вона має – життя, свободи, власності або інших цінностей. Таке позбавлення вчені називають санкціями. Якщо ж людина вірить, що санкції виходять від надлюдської сили, тобто мають трансцендентний характер, то порядок, забезпечуваний такими санкціями, є релігійним. Учений зазначав: «Люди поводитися відповідно до такого порядку, тому що вірили, що надлюдські сили покарають за порушення його за допомогою різного роду нещастя, таких як поганий урожай, хвороби й смерть»². На думку Г. Кельзена, такі порядки були характерні для примітивних суспільств ранніх часів³.

Сучасні ж порядки в цьому плані більш продумані, тому що неправомірною поведінкою людини має різні кваліфікації («незаконний акт», «злочин», «цивільне правопорушення», «делікт») і забезпечена різноманітними заходами примусового впливу за допомогою санкцій кримінального й цивільного права⁴. Втім головне, що відрізняє сучасне суспільство від «примітивного», — це централізація застосування санкцій, що не допускає використання «примітивної юридичної техніки, що називається принципом самопомоги (the principle of self-help)»⁵.

Переклавши хід своїх міркувань на міжнародне право, Г. Кельзен дійшов висновку, що, незважаючи на наявність норм про міжнародно-правову відповідальність (насамперед, санкцій), сама система міжнародного права досить примітивна, оскільки не має централізованого керування й покарання за правопорушення. Навіть якщо загальне міжнародне право й дає підставу для застосування примусових дій як санкцій, то, як правило, сама заінтересована держава (тобто постраждала)

¹ Kelsen, H. *Principles of International Law [Text]* / H. Kelsen. – New York : Rinehart & Company, Inc., 1952 / reprinted 2003 by The Lawbook Exchange, Ltd. – P. 3.

² Там само. – P. 4.

³ Там само. – P. 4.

⁴ Там само. – P. 5–7.

⁵ Там само. – P. 8.

змушена «брати право у свої руки» і сама забезпечувати реалізацію санкцій, керуючись принципом самопомоги¹.

Г. Кельзен підкреслював, що «загальне міжнародне право – це звичаєве право, обов'язкове для всіх держав, що належать до міжнародного співтовариства»². Однак воно не спроможне забезпечити ефективність реалізації міжнародно-правових санкцій. Учений міркував так: «Відповідно до загального міжнародного права немає об'єктивної влади, особливо суду, компетентного встановити існування делікту. Ця функція віддається загальним міжнародним правом заінтересованим державам. У результаті держава може вважати себе зобов'язаною зробити репарацію тільки якщо вона допускає те, що вчинено делікт; інакше кажучи, якщо існує угода заінтересованих із цього приводу держав, хоча такої угоди може бути й не досягнуто. Навіть якщо її й досягнуто, вона не буде достатньою для встановлення конкретного зобов'язання зробити репарацію. Держава, винна у здійсненні делікту, не зобов'язана підкорятися будь-якій односторонній вимозі про репарацію з боку потерпілої держави. Вони повинні дійти згоди щодо змісту репарації. І поки ці угоди щодо існування делікту і змісту репарації не досягнуті, навряд чи можливо припускати існування конкретного зобов'язання зробити репарацію»³.

Критика, висловлена Г. Кельзенем щодо реалізації міжнародно-правової відповідальності, добре відома в теорії й практиці міжнародного права і в ній є частка істини. Разом з тим вона виразно демонструє певну поверховість і подвійність позитивного правового світогляду. Адже навіть якщо угоди з відшкодування збитків й не було досягнуто між заінтересованими сторонами, і репарацію врешті не було відшкодовано, саме право на її відшкодування (включаючи відповідні процедурні норми) не відміняється й не зникає, воно продовжує залишатися саме в загальному звичаєвому міжнародному праві. І навряд чи навіть та держава, яка через політичні причини уникла відповідальності, в цьому випадку буде заперечувати наявність міжнародно-правової норми, що закріплює таке право. А якщо так, то виникає запитання: якщо звичайне міжнародне право є результатом багаторічної (у певних випадках багатовікової) міжнародної практики, то як могла з'явитися норма про право на відшкодування збитку, якщо, як доводить Г. Кельзен (і багато інших), вона споконвічно була неефективною?

¹ Kelsen, H. Principles of International Law [Text] / H. Kelsen. – New York : Rinehart & Company, Inc., 1952 / reprinted 2003 by The Lawbook Exchange, Ltd. – P. 18-23.

² Там само. – P. 19.

³ Там само. – P. 21.

Питання, з одного боку, може сприйматися як риторичне, тому що з такого ракурсу стає очевидним, що Г. Кельзен описує порушення норми, а не саму норму. Втім, з другого боку, він вимагає уважного аналізу, оскільки норми загального міжнародного права, що стосуються міжнародно-правової відповідальності, у тому числі й відносно процедури їх реалізації за допомогою укладення міжнародних договорів (на що вказав Г. Кельзен), мають свою історію. Вони не виникли нізвідкіля. Вони спираються на солідну міжнародно-правову практику, авторитет якої настільки високий, що відмова або відхилення від їх виконання розглядається виключно негативно навіть самими позитивістами.

Джерелом походження норм загального звичаєвого міжнародного права, як і міжнародного права взагалі, його правовою природою, за загальним переконанням прихильників юридичного позитивізму, є згода (угода) суверенних держав, сформована в результаті узгодження їх воль (волевиявлень). «Згода держави, – зазначає Л. Хенкін (L. Henkin), – це підстава міжнародного права. Принцип, відповідно до якого право зобов'язує державу тільки за її згоди, залишається аксіомою політичної системи, властивістю автономії держави»¹.

У радянській науці узгоджувальну природу міжнародного звичаєвого права підтримував Г. М. Даниленко. У своїй єдиній у СРСР монографії, присвяченій міжнародно-правовим звичаям, він заявляв про існування «особливостей узгодження воль держав у процесі вироблення звичаєвих норм»². Сама парадигма ним не оскаржувалася і власного вирішення питання про правову природу міжнародно-правових звичаїв він не пропонував. С. Г. Пальчик писала, що «тільки в результаті взаємної мовчазної згоди держав уважати усталене правило юридично обов'язковим може скластися норма звичаєвого міжнародного права. Тому угоду суб'єктів міжнародного права слід вважати вирішальним фактором у формуванні звичаєво-правової норми»³. Сучасний автор Л. Р. Шаммасова підкреслює: «У створенні міжнародно-правового звичаю беруть участь суб'єкти, які володіють суверенітетом, що ви-

¹ Henkin, L. *International Law: Politics and Values* [Text] / L. Henkin. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1995. – P. 27.

² Даниленко, Г. М. *Обычай в современном международном праве* [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 12.

³ Пальчик, С. Г. *Юридическая природа международного обычая* [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Дону : б. и., 1984. – С. 6.

ключає можливість нав'язування їм владних рішень без їх згоди»¹. Далі вона зазначає, що «норми міжнародного права, у тому числі закріплені у формі звичаю, створюються шляхом угоди між його суб'єктами. По-перше, це має бути угода з приводу змісту норми, вироблення певного правила, а по-друге — угода з приводу юридичної обов'язковості виробленого правила»².

Одне з основних положень теорії угоди полягає в такому: якщо держава не висловлювала своєї згоди на обов'язковість міжнародно-правової звичасвої норми, що формується або вже існує, то юридично вона не зв'язана нею. У радянській доктрині підкреслювалося особливе політичне значення цієї тези. Власне, значною мірою нею і пояснювалася привабливість теорії угоди. Г. І. Тункін, критикуючи її супротивників, зокрема, писав: «Концепція, згідно з якою звичасві норми міжнародного права, визнані як такі значною кількістю держав, повинні вважатися обов'язковими для інших держав, ґрунтується фактично на передумові, що більшість держав у міжнародних відносинах може диктувати норми міжнародного права, обов'язкові для всіх інших держав»³. На думку вченого, «зазначена концепція знаходиться у кричущому протиріччі з основними принципами сучасного міжнародного права, і особливо із принципом рівноправності держав»⁴.

Західні юристи більшою мірою відзначають раціональні переваги теорії угоди. Йорг Каммерхофер (J. Kammerhofer) указує на те, що ця теорія дозволяє легко уявити процес створення міжнародного звичасвого права (ініціювання, повторення, мовчазне визнання)⁵. «Позитивною відзнакою цього підходу, — пише П. Маланчук, — є те, що він пояснює розбіжності у практиці країн; як між різними групами держав можуть бути чинними різні договори, так само між різними групами держав можуть застосовуватися і різні норми звичасвого права»⁶.

¹ Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. — Казань, 2006. — С. 15.

² Там само. — С. 15.

³ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М. : Зерцало, 2000. — С. 112–113.

⁴ Там само. — С. 113.

⁵ Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems [Text] / J. Kammerhofer // European Journal of International Law. — 2004. — Vol. 15, № 3. — P. 533.

⁶ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. — Х. : Консум, 2000. — С. 85.

Закономірним наслідком такого підходу стало ототожнення природи міжнародно-правових звичаїв і міжнародних договорів. Різниця між ними, як зазначали багато прихильників теорії, полягає тільки у способі досягнення угоди й формі його вираження. Наприклад, І. І. Лукашук вважає, що «норми звичаю мають ту ж природу, що й норми міжнародного договору, а саме: угода суб'єктів. Різниця тут полягає не в сутності або змісті, а в методі створення й формі вираження»¹.

Сам процес створення міжнародно-правового звичаю – те саме, що й процес укладення багатостороннього міжнародного договору. Спочатку звичаєва норма з'являється у практиці обмеженої кількості держав. Потім, у міру визнання іншими країнами, сфера її застосування може поступово поширитися аж до універсальних масштабів².

Якщо різниця між міжнародним звичаєм і міжнародним договором полягає тільки в методі створення й формі вираження, то закономірно підходимо до питання про специфіку створення й вираження міжнародно-правового звичаю як певного міжнародного договору.

Найбільш очевидною відмінністю, що визнається всіма дослідниками міжнародно-правових звичаїв, є відсутність у них письмової форми. У цьому випадку мається на увазі відсутність письмового документа, що встановлює конкретний зміст міжнародного звичаю, підготовленого й прийнятого державами після попередньо погодженої і пройденої ними формальної процедури, а не йдеться про писемні джерела, які поряд з іншими доказами можуть використовуватися для встановлення волі учасників міжнародного спілкування, що на сьогоднішній день загальновизнано і уявляється очевидним.

Якщо міжнародно-правові звичаї – це неписані міжнародні договори, то чим вони відрізняються від усних міжнародних договорів, які, як і раніше, мають широке застосування на міжнародній арені? Прихильники теорії угоди воліють не торкатися цього питання. Імовірно, причина в тому, що при аналізі й порівнянні виявляється явна тотожність цих понять. Крім неписаної форми вираження, усні міжнародні договори також, як і міжнародні звичаї, не проходять через сувору процедуру укладення, а їх зміст може бути доведений за допомогою, в тому числі письмових доказів (наприклад, протоколів ведення

¹ Лукашук, І. І. Механизм международно-правового регулирования [Текст] / І. І. Лукашук. – Киев : Выща школа, 1980. – С. 78.

² Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 111.

переговорів)¹. Тобто спостерігається повна подібність і в методі створення, і у формі вираження.

Виходячи з цього, можна було б навіть стверджувати, що міжнародно-правовий звичай – це і є міжнародний договір в усній формі. І. І. Лукашук, до речі, в одній зі своїх праць прямо відносить «мовчазні» («які маються на увазі») угоди, що укладаються шляхом прийняття паралельних законів, до різновиду міжнародних договорів в усній формі². Однак міжнародно-правова практика відвела усним договорам досить скромну роль із здійснення допоміжних функцій, не пов'язаних із вирішенням принципівих і комплексних питань міжнародної політики. Крім цього й кількість учасників таких договорів у силу природних причин надзвичайно обмежена, як правило, це дві-три держави.

Ураховуючи викладене, не дивно, що своєрідним каменем спотикання теорії угоди є спроба пояснити процеси формування універсальних міжнародно-правових звичаїв, що становлять загальне міжнародне право. Суть проблеми точно визначає Й. Каммерхофер: «Питання в тому... як зв'язати цю „інертну масу” держав, які не брали участі у створенні звичаєвого права»³. А «зв'язати» її потрібно було, оскільки підстава теорії угоди закладалася наприкінці ХІХ – у першій половині ХХ ст., тобто тоді, коли в доктрині міжнародного права домінували ідеї юридичного позитивізму і абсолютизувалася свобода волі держав. Загальноприйнята позиція, широко відома в сучасній науці за формулюванням розділу ІІІ рішення Постійної палати міжнародного правосуддя в справі «Лотус» (*Франція проти Туреччини, 1927 р.*)⁴, полягала в тому, що жодне міжнародно-правове зобов'язання, неза-

¹ Докладніше див.: Лукашук, І. І. Форма міжнародних договорів [Текст] : учеб.-практ. пособие / І. І. Лукашук. – М. : Спарк, 2001. – С. 31–40; Мережко, О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики [Текст] : монографія / О. О. Мережко. – К. : Таксон, 2002. – С. 159–165.

² Лукашук, І. І. Форма міжнародних договорів [Текст] : учеб.-практ. пособие / І. І. Лукашук. – М. : Спарк, 2001. – С. 38, 39.

³ Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems [Text] / J. Kammerhofer // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 3. – P. 533.

⁴ У розділі ІІІ цього рішення, зокрема, зазначалось: «Міжнародне право регулює відносини між незалежними державами. Таким чином, норми права, що зобов'язують держави, виходять з їх власної свободної волі, вираженої в конвенціях чи за допомогою звичаїв, загально визначених як вираження принципів права й установлених для регулювання відносин між цими сусідніми незалежними спільнотами або для досягнення спільних цілей. Відповідно обмеження незалежності держави презюмуватися не можуть» (див.: Case of the S.S. «Lotus». Judgment № 9. 7 September 1927 // Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A. – № 10, 1927. – P. 18).

лежно від того, де воно закріплене – у міжнародному договорі або міжнародному звичаї, – не може бути покладене на жодну суверенну державу без її згоди.

На важливість цієї умови для досліджуваної теорії вказує Б. Стерн: «Логіка волюнтаризму вимагає прийняття звичаю абсолютною одноставністю в межах того співтовариства, у якому передбачається дія певної звичаєвої норми»¹. Вона точно називає сутність зазначеної умови: «Вбачається, що волюнтаристичні доктрини намагаються забезпечити *гарантії суверенітету кожної держави*»².

Рішення, запропоноване теорією угоди, полягає в особливому способі прийняття норми з боку держав – *мовчазному визнанні*³. На думку переважної більшості фахівців, воно становить стрижень даної теорії. Власне, одна з поширених назв теорії угоди – *tacitum pactum* (переклад з лат. – мовчазна угода).

«Мовчазну» згоду держави, на думку прихильників теорії, слід виводити з її фактичної поведінки. Як пише Д. Анцилотті: «Про мовчазну угоду можна говорити у разі, якщо воля держав, що зобов'язуються взаємно дотримуватися певного способу поведінки, впливає з фактів»⁴. Л. Оппенгейм, розбудовуючи ідею спільної згоди як основи права, зазначає: «Питання про те, чи є така спільна згода в даному конкретному випадку, – це питання не теорії, а тільки факту. Це предмет спостереження й оцінки, а не логічного або математичного рішення»⁵. Г. М. Даниленко зазначає: «У багатьох випадках питання про те, чи визнала дана держава звичасву норму як юридично обов'язкову, є питання інтерпретації фактичної поведінки, практики держав з метою виведення мовчазного визнання з боку окремих держав»⁶.

¹ Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / Stern B. // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 98.

² Там само. – P. 102.

³ Терміни «згода» і «визнання» використовуються прибічниками теорії угоди як синоніми. Так, Л. А. Алексидзе при вивченні можливостей практичного втілення теорії угоди зазначав: «Практично мова йде про „згоду держави“, адже, як інакше можна тлумачити термін „визнання“» (див.: Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 252).

⁴ Анцилотти, Д. Курс международного права [Текст] : пер. с итал. / Д. Анцилотти. – М. : Изд-во иностр. лит., 1961. – Т. 1 : Введение – Общая теория. – С. 83.

⁵ Оппенгейм, Л. Международное право [Текст] : пер. с англ. / Л. Оппенгейм. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1948. – Т. 1. Полутом 1. – С. 38–39.

⁶ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 108.

Що таке «факти» і «фактична поведінка»? Яким чином вони можуть формувати «мовчазну» угоду держав, що веде до створення нових норм міжнародного звичасвого права?

Л. Оппенгейм, визначаючи за звичаями провідну роль у регулюванні соціальних відносин, пише: «Норми міжнародного звичасвого права розвивалися за спільної згоди держав, іншими словами, різні держави чинили так, що за їхньою поведінкою можна було зробити висновок про їх мовчазну згоду з цими нормами»¹.

Більш розгорнуту характеристику фактичній поведінці дає Д. Анцилотті. На його думку, «факти, у яких знаходить вираження мовчазна угода, повинні бути *актами держав у сфері міжнародних відносин, з яких випливає воля держави діяти певним чином взаємно і в обов'язковому порядку* (тут і далі виділене самим Д. Анцилотті. – Ю. Щ.)»². Поняття «акти держав» він визначає як «дії, що юридично ставляться в обов'язок державам»³. Учений наводить чотири групи фактів, з яких можна зробити висновок про наявність мовчазної угоди:

а) *конклюдентні факти*, тобто такі, з яких можна з вірогідністю зробити висновок про існування певної волі (недвозначні);

б) *факти, що виявляють наявність волі взяти на себе зобов'язання дотримувати певного способу дій стосовно інших держав...*;

в) *факти взаємні*, тобто зустрічні акти, що припускають відповідні зустрічні акти інших держав, оскільки тільки за таких умов може мати місце угода;

г) *факти, що виявляють наявність волі, що збігається*, хоча й різні між собою – таким чином, щоб була згода щодо обов'язкового характеру даного способу дій»⁴.

Як видається, під фактами і Л. Оппенгейм і Д. Анцилотті розуміли ті дії держав, які становлять соціальну (матеріальну, фізичну) основу міжнародних відносин. Вони не мали на увазі, приміром, такі факти, як політичні заяви, які в багатьох випадках мають на меті більше відволікти від реальних дій держави на міжнародній арені, ніж сприяти виявленню її дійсної позиції. Ч. Ч. Хайд підтверджує це зауваження. «Згода, – пише він, – яка потрібна від окремих держав, не виражалася у формальному або спеціальному схваленні кожного обмеження, яке

¹ Оппенгейм, Л. Международное право [Текст] : пер. с англ. / Л. Оппенгейм. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1948. – Т. 1. Полумом 1. – С. 39.

² Анцилотти, Д. Курс международного права [Текст] : пер. с итал. / Д. Анцилотти. – М. : Изд-во иностр. лит., 1961. – Т. 1 : Введение – Общая теория. – С. 85.

³ Там само. – С. 85.

⁴ Там само. – С. 86.

у тому чи іншому випадку диктувалося загально визначеними вимогами міжнародної справедливості або впливало з останніх»¹.

Слід зазначити, що уточнення ознак фактичної основи міжнародно-правових звичаїв до сьогодні являє собою одну з нагальних проблем світової теорії міжнародного звичаєвого права, вирішення якої дозволило б розмежувати зміст об'єктивного й суб'єктивного елементів міжнародно-правових звичаїв – практики й *opinio juris*. Їх значеннєвий зміст змішується².

Про відсутність ясного бачення такого поділу у світовій доктрині свідчить позиція Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створеного в рамках Асоціації міжнародного права (далі – Комітет АМП). У статті 4 частини II своєї заключної доповіді Комітет АМП указав, що «усні акти (verbal acts), а не тільки фізичні акти (physical acts) держав розглядаються як державна практика»³. У коментарі до зазначеного пункту Комітет АМП навів приклади усних і письмових актів: усні – дипломатичні заяви (включаючи протести), політичні заяви, прес-релізи, офіційні довідники (у тому числі з військового права), інструкції для збройних сил, коментарі держав до проектів договорів, законодавство, рішення національних судів і органів виконавчої влади, виступи перед міжнародними трибуналами, заяви в міжнародних організаціях і резолюції міжнародних організацій; фізичні – арешти людей, захоплення майна. На думку Комітету АМП, просто «немає причин, чому усні акти не повинні розглядатися як практика, у той час як фізичні акти... повинні»⁴. І далі без будь-яких пояснень: «...уявляється, що не існує якісної різниці між цими двома видами актів»⁵. Тут же у примітці до наведених слів Комітет зазначив: «Це не означає, що їх вага завжди буде однаковою»⁶.

Стислість коментаря Комітету АМП до пункту 4, відсутність розгорнутого обґрунтування своєї позиції та непевність, яка виявилася

¹ Хайд, Ч.Ч. Международное право, его понимание и применение Соединёнными Штатами Америки [Текст]: [пер. с англ.] / Ч. Ч. Хайд. – М.: Изд-во иностр. лит., 1950. – Т. 1. – С. 60–61.

² Див. підрозділ 3.1.1 цієї монографії.

³ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – 66 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

у викладенні, дозволяють припустити, що, незважаючи на заявлену позицію, Комітет не зміг припинити наукову дискусію з цього питання й остаточно поставити всі крапки над «і».

З мого погляду, відсутність розуміння особливостей кожного з елементів міжнародно-правового звичаю перешкоджає одержанню зрозумілої картини цього джерела міжнародного права й зводить нанівець більшість зусиль теоретиків і практиків. Стосовно досліджуваної теми це зауваження має пряме відношення. Побудова умовиводів виключно на підставі усних актів, яких, за визнанням Комітету АМП, значно більше, ніж фізичних, веде до викривлення первісно закладеного змісту теорії мовчазної угоди, що припускає інтерпретацію тієї поведінки держав, яка здійснюється ними під час відсутності їх офіційно вираженої позиції з того чи іншого приводу. Та й чи доречно виводити «мовчазне» визнання (згоди) з офіційних заяв держав? Вважаю, що ні. У чому ж тоді буде виражатися явне визнання?

Викладені сумніви не виглядають умоглядними, якщо звернутися до праць з теорії угоди радянських учених. Так, Г. І. Тункін зазначав, що «суть процесу створення норм міжнародного права шляхом звичаю полягає в угоді між державами, яка в цьому випадку є мовчазною, а не явно вираженою, як у договорі»¹. Інакше кажучи, згода держави з нормою міжнародного права, виражена в будь-якій іншій формі, крім міжнародного договору, є «мовчазною».

Закономірним наслідком такої логіки є позиція С. Г. Пальчик, яка стверджує, що «мовчазну» згоду держави «слід шукати в деклараціях, заявах, меморандумах, комюніке, протестах, дипломатичній переписці, рішеннях вищих органів державної влади, законодавчих і виконавчих актах, рішеннях судів тощо. Характер «мовчазної» згоди держав при формуванні звичаю виявляється *також* (виділено мною. – Ю. Ш.) у формі протесту. Відсутність протесту відіграє важливу роль у визнанні звичаю й дає підставу припускати, що держава мовчазно визнала усталену практику як юридично обов'язкову»².

На мою думку, така інтерпретація поведінки держави на міжнародній арені є не тільки значним спрощенням міжнародних відносин, а й разом з тим може сприйматися досить неадекватно при характеристиці активної позиції держав з тих або інших питань міжнародного життя. Все-таки сумнівно розглядати офіційні односторонні заяви

¹ Тункін, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 109.

² Пальчик, С. Г. Юридическая природа международного обычая [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Дону : б. и., 1984. – С. 7

держав як вияв їх «мовчазного» ставлення до чого-небудь, особливо в тих випадках, коли вони містять конкретні юридичні зобов'язання.

Імовірно, аналогічні міркування лежать в основі спроб відступити від настільки неоднозначного розмежування між «явно вираженою» і «мовчазною» згодою, що прослідковуються в роботах деяких прихильників теорії угоди. Зокрема, Г. М. Даниленко поділяє фактичну практику держав, на основі якої можна судити про наявність «мовчазної» згоди, на активну й пасивну. Причому першу він вважає «більш доказовим мовчазним визнанням»¹. При цьому він не наводить конкретних прикладів такої практики, які варто було б указати, оскільки заяви держав, на його думку, – це все-таки прояв «явно вираженої», а не «мовчазної» згоди². Основною ознакою «мовчазної» згоди, виведеної з пасивної поведінки держав, є відсутність протесту стосовно активної діяльності інших держав³. Він також зазначає: «„Пасивна практика” такого роду, будучи реакцією на позитивні дії безпосередньо заінтересованих у даному питанні держав, підсилює прецедентне значення активних дій і служить важливим фактором у процесі створення загальноновизнаних звичаєвих норм»⁴.

Тільки у вузькому значенні розглядає «мовчазну» згоду І. І. Лукашук. Він вважає, що заява держави або інший офіційний акт є явно вираженим визнанням. «Але найпоширенішою є форма мовчазного або такого, що мається на увазі, визнання. За відсутності норм загального міжнародного права основну роль відіграє відсутність протесту»⁵. Раніше, слід зазначити, учений висловлював думку, що мовчазна угода також може формуватися із сукупності односторонніх актів згоди окремих держав, а явно виражена форма «має місце при приєднанні держав шляхом одностороннього акта до відкритої конвенції»⁶.

До вузького тлумачення «мовчазної» угоди схиляються сучасні українські фахівці. М. О. Баймуратов, зокрема, зазначає, що «звичай може виникнути не тільки з активних, а й із «мовчазних» акцій, відсутності дій, наприклад відсутності заперечень проти практики держави або низки держав»⁷. С. А. Войтович пише, що «звичай може

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 113.

² Там само. – С. 108.

³ Там само. – С. 113.

⁴ Там само. – С. 88, 89.

⁵ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 223.

⁶ Лукашук, И. И. Источники международного права [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Юрид. фак. КГУ им. Т. Г. Шевченко, 1966. – С. 56–57.

⁷ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 38.

зобов'язувати державу в результаті його мовчазної або такої, що мається на увазі, згоди, тобто при відсутності протесту»¹.

Таким чином, ідея теорії угоди полягає у тлумаченні реальних дій або утриманні від дій держав, які становлять фактичну (матеріальну, соціальну, фізичну) основу міжнародних правовідносин. Хоча, на мою думку, цей момент недостатньо виразно показаний прихильниками теорії.

Слідуючи цьому висновку, у подальших дослідженнях теорії угоди доцільно виходити із двох можливих варіантів фактичної поведінки: *активної* (здійснення дій) і *пасивної* (утримання від здійснення дій), які логічно відповідають природній поведінковій реакції будь-якого живого організму на події, що відбуваються довкола нього.

Центральною для теорії угоди є ситуація, за якою *пасивна поведінка одних суб'єктів є реакцією на активну фактичну поведінку інших суб'єктів*. Власне, саме цю ситуацію перш за все мають на увазі прихильники теорії мовчазної угоди. Бездіяльність однієї держави (або іншого суб'єкта міжнародного права) є своєрідним актом покірності активним діям іншої держави. На думку Ч. Ч. Хайда, «те, що зробилося глибоко вкоріненою й усіма схвалюваною практикою, було скоріше поступкою принципам і їх логічному застосуванню. Більше того, про наявність такої поступки могла, очевидно, свідчити відсутність заперечень проти низки повторних дій, що показували допустимість певних поведінки, або проти застосування певним чином деяких правових принципів»². Г. М. Даниленко писав: «Згідно з міжнародним правом, поведінка бездіяльної держави означає мовчазне схвалення практики й тягне юридичні наслідки тільки в тому випадку, якщо виконані певні умови. Насамперед необхідно, щоб практика прямо або побічно торкалася сфери інтересів і прав бездіяльної держави, тому що в іншому випадку немає підстав для протесту. Крім того, державі, що бездіє, має бути відомо про правові домагання, згода з якими презюмується у разі відсутності протесту»³.

Не можна не погодитися з умовами, зазначеними Г. М. Даниленком. Вони знайшли широку підтримку в доктрині й, у цілому, вбачаються

¹ Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах. Практика Международного центра по урегулированию инвестиционных споров с участием государства [Електронний ресурс] / С. А. Войтович // Юрид. практика. – № 22 (336). – 1 июня 2004. – Режим доступа: <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10003466>.

² Хайд, Ч. Ч. Международное право, его понимание и применение Соединёнными Штатами Америки [Текст]: [пер. с англ.] / Ч. Ч. Хайд. – М.: Изд-во иностр. лит., 1950. – Т. 1. – С. 61.

³ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 114.

очевидними. Однак не можна погодитися з основним твердженням. У сучасному міжнародному праві не існує презумпції, згідно з якою мовчання суб'єкта слід розглядати виключно як згоду. Чи слід покірність або терплячість розцінювати як схвалення й згоду? Історія міжнародних відносин багата прикладами, коли спочатку непротестуюча держава зі зміною розстановки сил на міжнародній арені кардинально змінювала свою позицію.

Причини бездіяльності держав у багатьох випадках можуть бути досить далекі від визнання й схвалення будь-якої ситуації на міжнародній арені. Й. Каммерхофер правильно зазначає: «...чи можна, дійсно, говорити, що позиції, які маються на увазі або виведені, свідчать про те, що держави бажають»¹. У зв'язку з цим виявляється закономірною позиція Міжнародного суду ООН, який розглядає відповідне «мовчання» держави скоріше як невизначеність її позиції, ніж як згоду зі складними обставинами².

Головний недолік позитивістської теорії в міжнародному праві загальновідомий: якщо держава виступає єдиним творцем міжнародних прав і обов'язків, то вона в односторонньому порядку в будь-який момент може або відмовитися від них, або змінити їх. Це веде до того, що міжнародне право втрачає своє регулятивне значення. Воно перестає бути стабільним і передбачуваним. Навіщо встановлювати міжнародно-правові норми, якщо наперед відомо, що від їх дотримання в будь-який момент можна відмовитися? Крім того, найбільш крайнім негативним наслідком даного висновку є реальна можливість держав, що діють під впливом миттєвих інтересів, укласти будь-який протиправний договір або заявити про формування протиправного міжнародного звичаю.

У радянській літературі цей висновок намагався заперечити Г. І. Тункін. Він писав: «Не можна не згадати в цьому зв'язку про логічну помилку, якої припускаються деякі супротивниками концепції узгодження воль. Вони стверджують, наприклад, що концепція узгодження воль не годиться тому, що є протиправні договори, які втілюють узгодження воль відповідних держав, але не дають норми міжнародного права.

У логіці таку помилку називають паралогізмом. Стосовно даного випадку ця помилка виглядає так: норма міжнародного права є результатом

¹ Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems [Text] / J. Kammerhofer // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 3. – P. 533.

² Див. підрозділ 3.1.1 цієї монографії.

і вираженням узгодження воель держав; договір є результатом узгодження воель держав; отже, він є нормою міжнародного права. Але якщо всяка норма міжнародного права є результатом і вираженням узгодження воель, то не всяке узгодження воель дає норму міжнародного права»¹.

Проаналізуємо твердження Г. І. Тункіна.

Звичайно, норма міжнародного права – це ще не сам міжнародний договір. Хоча, з іншого боку, може бути міжнародний договір, що містить лише одну норму міжнародного права. І, звичайно, «не всяке узгодження воель дає норму міжнародного права». Це може просто свідчити про те, що сам процес узгодження воель, необхідний, на думку представників даного теоретичного напрямку, для створення будь-якої міжнародно-правової норми, ще не завершений.

Стосовно нашої проблеми логічний ланцюжок мав би виглядати так: кожний *міжнародний* договір є узгодженням воель держав; протиправний договір – це теж узгодження воель держав, отже, він теж *міжнародний* договір. Саме так замість слова «договір» можна поставити слово «звичай». Суть проблеми не зміниться.

Г. І. Тункін намагається пояснити, що для утворення норми міжнародного права, крім узгодження воель держав, ще необхідно «визнання відповідного правила як норми міжнародного права»². Але й цього, з його погляду, недостатньо: «Однак і в цьому випадку, коли є обидва елементи, а саме узгодження воель держав щодо змісту відповідного правила й узгодження воель держав щодо його визнання як правової норми, процес може не привести до утворення норми міжнародного права. Це має місце тоді, коли, наприклад, договір, згідно з міжнародним правом, є недійсним»³.

Але в такому разі, яка тоді юридична природа норм, що містять правила про визнання міжнародних договорів недійсними? Адже, за його логікою, вони теж результат узгодження воель держав. Отже, Г. І. Тункін вкладає в цей елемент інший зміст, що відрізняється від того, про який він заявляє, що також веде до логічної помилки, яку, як уявляється, можна кваліфікувати не як паралогізм, а як софізм⁴.

¹ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 188.

² Там само. – С. 189.

³ Там само.

⁴ Паралогізм – ненавмисне порушення правил логіки в процесі міркування з причин логічної недбалості або необізнаності. Софізм – навмисне порушення логічних правил з метою ввести в оману опонента й слухачів або створити видимість перемоги в дискусії (докладн. див.: Кириллов, В. И. Логика [Текст] : учеб. для юрид. вузов и фак. ун-тов / В. И. Кириллов, А. А. Старченко. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Высш. шк., 1987. – С. 254–268).

Вирішення цієї проблеми бачиться позитивістам в існуванні «основної норми», що зобов'язує держави виконувати міжнародні угоди. Мається на увазі імперативна норма міжнародного права *pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися).

Основна заслуга в обґрунтуванні «основної норми» належить Г. Кельзену. Він розглядав міжнародне право як багаторівневу систему, в якій звичаєві та договірні норми, хоча й не є взаємопогоджуваними, проте між собою співвідносяться як «вищий і нижчий рівні». Верховенство належить звичаям, тому що «це норми міжнародного права, яке є загальним, оскільки зобов'язує й наділяє правом усі держави. Серед них особливе значення має норма, яку звичайно визначають формулою *pacta sunt servanda, договорів слід дотримуватися*»¹. Другий (договірний) рівень спирається на загальне звичаєве міжнародне право як на більш високий рівень. Як третій (найнижчий) рівень Г. Кельзен виділяє норми, утворювані міжнародними судами й іншими «створеними за допомогою договорів інтернаціональними органами»².

Г. Кельзен визнає міжнародне звичаєве право «вищим правопорядком». Однак він не пояснює причину і зміст цього. Вказівка на те, що звичаї становлять загальне міжнародне право, яке «зобов'язує й наділяє правом усі держави», за Г. Кельзенем, виглядає як констатація загальноприйнятого й загальновідомого факту. Іншими словами, він не дає зрозумілої відповіді на запитання: чому треба дотримуватися і звичаєвого права взагалі і його основної норми – *pacta sunt servanda* зокрема. Зрештою й від цього зобов'язання можна відмовитися, адже воно теж – породження волі держав. Л. А. Алексідзе, підсумовуючи критику позитивізму, справедливо вказує: «Згода... сама по собі не може бути підставою обов'язковості, вона повинна спиратися на категорію, що повідомляє їй правоутворюючий ефект»³. І. Д. Левін, розглядаючи гіпотезу «основної норми», зазначає: «Але ж у самому позитивному праві ми цієї норми не знаходимо; її немає ні в законі, ні у звичаєвому праві держави. Її можна зрівняти з уявлюваною, нескінченно віддаленою точкою проективної геометрії, припущення якої надає прямій лінії характеру замкненої лінії»⁴.

¹ Кельзен, Г. Чисте правознавство: з дод.: Пробл. справедливості [Текст] / Г. Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольського. – К. : Юніверс, 2004. – С. 346.

² Там само. – С. 347.

³ Алексідзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексідзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 24.

⁴ Левин, И. Д. Суверенитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.: Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. – С. 46, 47.

У теорії і практиці міжнародного звичаєвого права ситуація односторонньої відмови держави від норми загального міжнародного права, головним чином, зосереджена в рамках вирішення проблеми «постійно протестуючого». Прихильники позитивізму усвідомлюють, що така відмова, яка повністю відповідає послідовній реалізації принципу суверенної рівності держав, неминуче веде до порушення непохитності універсальних правил міжнародного спілкування. Однак небажання визнати неповноцінність низки вихідних парадигмальних побудов юридичного позитивізму змушує їх до спроб, спрямованих на виведення проблеми за дужки, а не на пошук її нового оригінального вирішення. Як приклад можна навести міркування з цього питання найвідомішого прихильника юридичного позитивізму в міжнародному праві Л. Хенкіна.

Так, Л. Хенкін пише, що «принцип згоди найбільш чітко виявляється в існуванні принципу «незгодної держави» або «постійно протестуючої»: державу, яка ясно задекларувала свою незгоду з нормою або принципом міжнародного права під час їх створення, не буде зобов'язано ними»¹. У цьому зв'язку він ставить запитання: «Чому держава повинна нести зобов'язання за звичаєм, якщо вона не сприяла йому в розвитку й у подальшому не встигла заявити про свою незгоду? Якщо право створюється за згоди держав, чому нові держави повинні бути зобов'язані за звичаєм, закладеним в існуючій раніше політичній системі, у якій вони не брали участі?»². Однак далі вчений говорить про «натягнутість принципу згоди», яка є наслідком невірного розуміння практики, необхідної для створення звичаю: «Через те, що практика не повинна бути універсальною, а тільки «загальною» (general), у дійсності ми ухвалюємо мовчазну згоду (acquiescence) «непрактикуючих» держав як їх згоду»³. Втім вже наступним власним питанням, що розвиває хід думки, він демонструє недостатність цієї відповіді: «Але як установити мовчазну згоду держави, яка не існувала або не була інформована про практику або не була зацікавлена в ній?»⁴. Подальше міркування вченого зводиться до заяви про «існування деякої плутанини (confusion) і деяких юридичних труднощів» при тлумаченні поняття «звичаєве право» «як всеохоплюючого опису для всіх проявів права, що відрізняються від тих, які створені договором, і від тих,

¹ Henkin L. International Law: Politics and Values [Text] / L. Henkin // The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1995. – P. 30.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

що тлумачаться як «неконвенційне право» як окрема категорія, підпорядкована єдиному визначенню і єдиному правовому принципу»¹.

На думку Л. Хенкіна, поняттям «звичаєве право», як правило, охоплюються «конституційне право» (constitutional law), «основне право» (basic law), «встановлене звичаєве право» (established customary law) і «сучасне звичаєве право» (contemporary customary law). Із цього списку власне звичаєвим міжнародним правом є встановлене звичаєве право (оскільки вже доведені й загальновизнані норми, його складові) і сучасне звичаєве право (як сформоване з урахуванням сучасних тенденцій у звичаєвому нормоутворенні). Норми конституційного (тут здебільшого вказуються загальновизнані основні міжнародно-правові норми-принципи міждержавного спілкування) і основного права (маються на увазі загальні принципи права), у розумінні Л. Хенкіна, до міжнародно-правових звичаїв не належать. «Сучасна міждержавна система, – пише він про конституційне право, – успадкувала ці принципи з народження... Джерела їх походження не тільки туманні, але й юридично не мають значення»². Щодо норм основного права «також неважливо те, яким чином вони з'явилися; вони ввійшли в систему з історії, із прадавніх джерел і концепцій»³.

До цього можна додати, що О. Шахтер (O. Schachter), розглядаючи те ж питання, зауважив: «Наскільки я знаю, не було справ, які перевірили теорію мовчазної угоди в юридичних або арбітражних процедурах стосовно загального міжнародного права (на відміну від спеціальних звичаїв)»⁴.

Урешті виникає питання про надпозитивну основу міжнародного права, яка припускає існування якихось непорушних принципів, що лежать в основі всієї системи міжнародних відносин. Інакше кажучи, це питання про моральні підстави міжнародної нормативної системи, до якого юридичний позитивізм виявився не готовим. Причому це не тільки проблема юридичного позитивізму в міжнародному праві, це проблема юридичного позитивізму взагалі. Як зазначає С. І. Максимов, логіка міркування позитивіста незмінно приводить до результату, за якого право стає неможливо відрізнити від сваволі влади⁵, що призво-

¹ Henkin L. International Law: Politics and Values [Text] / L. Henkin // The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1995. – P. 31.

² Ibid. – P. 31-32.

³ Ibid. – P. 32.

⁴ Schachter, O. International Law in Theory and Practice [Text] / O. Schachter // The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 13.

⁵ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : монография / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 49.

дить до появи аморальних національних законів і аморальних міжнародних угод і звичаїв.

Із таким підходом можна погодитися, але при цьому слід мати на увазі, що в цьому випадку мова йде про нездатність теорії юридичного позитивізму пояснити витоки, походження моральних або етичних норм, а не про здатність держави за допомогою механізмів владного примусу змусити власних громадян або інші держави додержуватися цим норм. У останньому випадку роль влади в утвердженні моральних принципів не можна недооцінювати. Вона повинна бути провідною. А якщо ні, то держава прирікає себе на руйнування, оскільки заходить у суперечність із природними потребами власного населення¹. Позитивізм як наукова концепція опиняється в логічному глухому куті перед необхідністю пояснити походження моральних норм, яких належить додержуватися всім. Позитивісти змушені постійно виправдовуватися при цьому, з одного боку, усіяко припиняючи значення моралі для функціонування й розвитку міжнародного права, а з другого – доводячи, що позитивізм начебто теж не позбавлений моральної основи.

Так, Дж. Шварценбергер був переконаний, що не існує універсальної міжнародної моралі, оскільки «вивчення з цього погляду світових релігій і сфери міжнародних відносин виявило фундаментальні відмінності між ними»². При цьому далі, лише трьома невеликими реченнями, він спробував навести такі «фундаментальні відмінності»³. На його думку, мораль підлегла політичним інтересам і тому відіграє другорядну роль. «Головне завдання міжнародної моралі в міжнародних відносинах – підтримка зовнішньої політики держави. Якщо в держави є намір приєднати будь-яку територію у зв'язку з її економічною і стратегічною цінністю, їй важко знайти підходяще виправдання відповідних дій»⁴. Втім Дж. Шварценбергер змушений визнати необхідність «мінімуму моральних норм»: «Державні діячі вважають звичайною обов'язковість мінімуму моральних норм навіть у сфері чистої політичної влади, тому що зрештою їх власні угоди із союзниками ґрунтуються на моральних нормах, передусім на чесному виконанні даних обіцянок»⁵.

¹ Докладніше див. підрозділ 2.3 цієї монографії.

² Шварценбергер, Дж. Политическая власть. Изучение мирового сообщества [Текст] / Дж. Шварценбергер // Теория международных отношений : хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарика, 2002. – С. 374.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 375.

⁵ Там само.

Іноді стверджується, що норми міжнародної моралі регулюють досить незначні міжнародні відносини. Наприклад, А. Робертс (A. Roberts), міркуючи про те, що далеко не всі міжнародні звичаї мають моральне наповнення й, навпаки, не всі вимоги моралі є юридично обов'язковими, наводить таке порівняння: «... адюльтер може розглядатися як несумісний з мораллю, однак він не є протиправним у західних суспільствах»¹. Безперечно, яскравий приклад. Але він зовсім не відбиває специфіки міжнародних відносин. І якщо про моральну нейтральність деяких міжнародно-правових звичаїв ще можна посперечатися (в А. Робертс щодо цього, по суті, тільки один приклад: лівосторонній рух суден у відкритому морі²), то щодо наведення конкретних прикладів норм міжнародної моралі, які не є одночасно звичасвими нормами міжнародного права, мають труднощі багато вчених.

У деяких випадках проводиться розмежування між «власне» нормами міжнародного права й нормами міжнародної моралі: як би міжнародне право – це одне, а міжнародна мораль – це інше. Ці дві системи соціальних норм перетинаються й взаємодіють одна з одною, але при цьому не перебувають у якій-небудь супідрядності між собою, що, у свою чергу, свідчить про відсутність у них органічної єдності, цілісності. Так, І. І. Лукашук у структурі міжнародної нормативної системи розмежує норми міжнародного права й норми міжнародної моралі. На його думку, міжнародне право і міжнародна мораль – це лише дві різні підсистеми міжнародної нормативної системи поряд із політичними нормами, організаційними нормами, звичаями, ввічливістю, традиціями, технічними нормами, стандартами, релігійними нормами, внутрішнім правом міжнародних організацій та ін.³

І. І. Лукашук згодний з тим, що моральні норми мають важливе значення для функціонування всієї міжнародної нормативної системи (ніхто з позитивістів цього не заперечує), але вони стоять як би відокремлено, дещо окремо від нього. Те, що деякі імперативні норми міжнародного права за своїм змістом мають яскраво виражену моральну спрямованість, на його думку, ще не дає підстав поєднувати ці підсистеми. Наприклад, розглядаючи категорію мети, учений переконаний: «Для того щоб бути цілями нормативної системи, ті або інші

¹ Roberts, A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation [Text] / A. E. Roberts // The American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95, № 4. – P. 761.

² Ibid. – P. 781, 782.

³ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 54, 56.

завдання повинні стати предметом угоди держав»¹. Але при цьому «той факт, що загальні цілі міжнародного права значною мірою мають морально-політичний характер, не дає підстав для заперечення їх юридичної природи й можливості їх реалізації за допомогою правового механізму»². Тобто, за І. І. Лукашук, юридична природа загальних цілей міжнародного права не має підстав у моралі.

З вищевикладеного можна зробити висновок, що юридичний позитивізм не пояснює правової природи міжнародно-правових звичаїв, оскільки не доходить суті явища. Припущення про узгоджувальну природу звичаїв, висунуте позитивізмом, будується на визнанні воль держав єдиним виключним джерелом походження міжнародних прав і обов'язків, а самих держав – основними суб'єктами міжнародного права. Звичай розглядається як мовчазна угода держав, що не має писемного вираження. У зв'язку з тим, що методологічно позитивізм буде 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, за визначенням, виявляється нездатним виявити внутрішні причини, що спонукають держави й інших суб'єктів міжнародного права слідувати таким неписаним «угодам».

2.2. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції політико-орієнтованої теорії

Сучасна міжнародна практика вкрай політизована. Не випадково в теорії міжнародного права вагоме місце зайняв політико-орієнтований напрям, що розглядає міжнародне право як безперервний потік прийняття владних рішень³.

Політико-орієнтований напрям у міжнародно-правовій доктрині перебуває під сильним впливом однієї з основних парадигм теорії міжнародних відносин – *парадигми політичного реалізму*. Її основні ідеї

¹ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 68.

² Там само. – С. 75.

³ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 66–67.

черпаються з робіт давньогрецького історика Фукідида, італійського мислителя й державного діяча Н. Макіавеллі, англійських філософів Т. Гоббса та Д. Г'юма, німецького генерала К. фон Клаузевіца. Засновником реалістичного підходу в сучасній теорії міжнародних відносин уважається Г. Моргентау. Його послідовниками є А. Уолферс, К. Томпсон, Дж. Шварценбергер, К. Уолц та ін.¹

Заперечувати роль політичного фактора у формуванні міжнародно-правових звичаїв безглуздо. Домінування на міжнародній арені певної держави (або невеликої групи держав) неминуче впливає на фактичний стан міжнародних відносин і може привести до утвердження стабільних моделей поведінки. Таке домінування не обов'язково може бути загальним, воно може стосуватися тільки якої-небудь сфери міжнародних відносин, як-от відносин, пов'язаних із використанням повітряного, морського, космічного просторів. У цьому сенсі можна погодитися з М. Н. Шоу (M. N. Shaw), який зазначає: «Неминуче, що одні держави є більш впливовими й сильними, ніж інші, і що їх діяльність буде мати більше значення. Це відбито в міжнародному праві таким чином, що звичай може бути створений декількома державами, забезпечений тими державами, які тісно пов'язані з певною проблематикою, або внаслідок їх багатства й міцці, або в силу їх особливого ставлення до такого предмета практики, як, приміром, морські держави й морське право»². У зв'язку з цим учений відзначає роль Великої Британії у розвитку морського права й призового права у XIX ст., коли вона була на вершині своєї могутності; роль Радянського Союзу (а нині Росії) і США в утвердженні норм космічного права³.

Однак одна справа враховувати політичний фактор у формуванні міжнародно-правових норм, а інша – бачити в ньому стрижневий елемент, основну ідею утворення норм міжнародного права, вибудовування їх у систему. З позиції політичного реалізму міжнародні відносини розглядаються виключно як боротьба за владу. Наявність влади припускає можливість і здатність того, хто її має, контролювати й змушувати підкорятися того, хто її не має. Єдиними реально діючими суб'єктами на міжнародній арені є тільки держави. Отже, і ключовою категорією політичного реалізму виступає національний (державний) інтерес.

¹ Цыганков, П. А. Теория политического реализма: власть и сила в межгосударственных отношениях [Текст] / П. А. Цыганков // Теория международных отношений : хрестоматия ; сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 69–71.

² Shaw, M. N. International Law [Text] / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – P. 79.

³ Ibid. – P. 79, 80.

Антиподом політичного реалізму є парадигма політичного ідеалізму, за якою в міжнародній політиці й міжнародному праві існують універсальні моральні принципи. Питання про мораль у політиці постійно перебуває в центрі уваги представників школи політичного реалізму, проте ставлення до нього складне. З одного боку, необхідність існування моральних цінностей визнається. Реалісти, керуючись, імовірно, суто прагматичними міркуваннями, розуміють, що в них мораль має десь бути. Втім, з другого боку, оскільки вона споконвічно не розглядається як стрижневий і невід'ємний елемент внутрішньої і зовнішньої політики держави, їм важко визначити, де саме. Тому їх міркування з цієї теми досить суперечливі.

Так, Г. Моргентау стверджує, що «політичний реалізм визнає моральне значення політичної дії. Він також визнає неминучість невідповідності морального імперативу й вимог успішної політики»¹. Далі Г. Моргентау відзначає: «Універсальні моральні принципи є не застосовними до державної діяльності у своєму абстрактному формулюванні й повинні бути пропущені через конкретні обставини місця й часу. ...Однак якщо в індивіда є моральне право принести себе в жертву цим моральним принципам, то нація не має права ставити мораль вище вимог успішної політики, яка сама по собі ґрунтується на моральному принципі виживання нації»².

У принципі, така позиція є повторенням суджень англійського філософа Д. Г'юма, висловлених ним у XVIII ст. Він також не тільки не заперечував сприятливий вплив моральних законів, а й підкреслював їх особливу важливість для регулювання суспільних відносин. При цьому, однак, такі судження стосувалися тільки простих людей, що не мають влади. Стосовно державних діячів Д. Г'юм, посилаючись на практику, стверджував: «Існує особлива моральна система для правителів і вона набагато простіша, ніж та, якою повинні керуватися прості люди»³. Свою позицію він обґрунтовував так: «У той же час, тут слід зазначити, що хоча відносини між різними державами є вигідними, а іноді навіть необхідними, проте вони не такі необхідні й вигідні, як між людьми, без чого людство взагалі не могло б існувати. Тому, якщо

¹ Моргентау, Г. Политические отношения между нациями: борьба за власть и мир. Теория международных отношений [Текст] : [хрестоматия] ; сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 79.

² Там само.

³ Г'юм Д. Трактат про людську природу: спроба запровадження експериментального методу міркувань про об'єкти моралі [Текст] / Д. Г'юм ; пер. з англ. П. Насада ; за ред. та з передм. Е. К. Мосснера. – К. : Вид. дім «Всесвіт», 2003. – С. 501.

природний обов'язок справедливості не такий вагомий для держав, як для людей, то й моральний обов'язок, який впливає з неї, теж має бути слабкішим, і ми з необхідністю повинні з більшим розумінням ставитися до правителя або міністра, коли той обманює рівних собі, ніж стосовно приватних осіб, що порушують своє слово»¹.

Р. Джексон, представник сучасної американської школи політичного реалізму в теорії міжнародних відносин, довів цю аргументацію до абсурду. Спочатку він заявляє про те, що «усі нормативні політичні теорії ґрунтуються, врешті-решт, на концепції етики»². Але вже наступний абзац починає зі слів: «Прикладна етика державності – ще не зрозумілий предмет». І логічно закінчує його висновком: «...вивчення міжнародної етики – це „прикладна етика“, яка „є не периферією етичної філософії“, а скоріше периферією шкіл міжнародних відносин, які цікавляться нормативними питаннями»³. Далі Джексон міркує про «нелегку», що часом іде врозріз із загальноприйнятими моральними цінностями, роботу державних діячів, які «змушені робити твердий вибір, який вони не можуть перекласти на когось іншого», але «якщо рішення прийняте, державні діячі повинні діяти відповідно до нього, абсолютно не знаючи, які будуть наслідки»⁴. Показовий приклад такого «рішення» – «рішення Трумена скинути атомну бомбу на Хіросіму й Нагасакі в серпні 1945 р.»⁵.

Така позиція навіть не потребує спеціальних коментарів, чому етика є «прикладною» і «периферійною» для розглянутого напряму. Звичайно, важко уявити собі наслідки вибуху атомної бомби, особливо, коли «рішення прийняте». Гуманізм для його представників – це щось досить абстрактне. Майже такий саме підхід у них і до проблеми прав людини. Тут не можна не навести ще одне висловлення Р. Джексона: «Сьогодні законний статус людини в міжнародному праві, як підкреслюється правом особистості, є продуктом суверенної держави й у принципі держава може як мінімум скасувати його»⁶. Крім усього іншого, слід звернути увагу на те, що ці слова Джексона озвучують і позитивістський підхід до міжнародно-правового статусу особистості.

¹ Г'юм Д. Трактат про людську природу: спроба запровадження експериментального методу міркувань про об'єкти моралі [Текст] / Д. Г'юм ; пер. з англ. П. Насада ; за ред. та з передм. Е. К. Мосснера. – К. : Вид. дім «Всесвіт», 2003. – С. 501, 502.

² Джексон, Р. Политическая теория международного общества [Текст] / Р. Джексон // Теория международных отношений на рубеже столетий : пер. с англ. ; под ред. К. Буса и С. Смита ; общ. ред и предисл. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 133.

³ Там само. – С. 134.

⁴ Там само.

⁵ Там само. – С. 135.

⁶ Там само. – С. 121.

Між політико-орієнтованою теорією й позитивізмом, врешті, багато спільного. Як зазначає П. Маланчук, при вирішенні практичних питань у міжнародному праві результати цих теорій мало в чому відрізняються¹.

На жаль, політико-орієнтований напрям зайняв провідне місце й у вітчизняних наукових колах. Про це, зокрема, свідчить такий приклад. 13 травня 2003 р. в Українському товаристві зовнішньої політики відбувся «круглий стіл», де обговорювалася тема «Право і сила в міжнародних відносинах». Центральним дискутувалося питання легітимності або нелегітимності війни США в Іраку, розв'язаної в березні 2003 р. Під час обговорення правових аспектів проблеми, зокрема, Л. С. Тупченко зазначив: «Сьогодні висувається інша система концептуальних понять – справедливість чи несправедливість сили. Одними нормами міжнародного права тут не захиститись. Воно перестає виконувати цю функцію»². Іншими словами, справедливість і міжнародне право – речі різні. На жаль, так, дійсно, можна вважати, якщо розглядати міжнародне право тільки як продукт міждержавної взаємодії, що властиво для даних теорій.

Позиція О. М. Бабенка, доцента кафедри зовнішньої політики і міжнародного права Дипломатичної академії України, була логічним продовженням такої точки зору. Сприймаючи міжнародне право тільки з позиції сили, він заявляє: «Я думаю, якби зараз ми, світове співтовариство, прийняли закони або низку законів і визнали якимись міжнародними актами, що Сполучені Штати наділяються правом монополії на силу в глобальному масштабі, то всі відразу ж заспокоїлися б, оскільки тоді б сполучили силу і право, які є, власне, невід'ємними. Мені, знаєте, імпонує виступ Гречанінова (В. О. Гречанінов, президент Атлантичної ради, також брав участь у дискусії. – Ю. Щ.). Він сказав про те, що нічого страшного тут немає: США зараз претендують на роль оцієї світової сили. Більше того, якщо вони переконають світову більшість створити під них міжнародне право, то ми завтра заспокоїмось, бо все увійде в упорядкований стан... І необхідно створювати нове міжнародне право під нову силу»³.

Така позиція, в принципі, виражає сутність політико-орієнтованої теорії, дуже близької до юридичного позитивізму. Найвний безперечний факт – агресія США. Щоб він перестав бути протиправним, його треба

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 67.

² Право і сила в міжнародних відносинах [Текст] : «круглий стіл» в Українському товаристві зовнішньої політики // Політика і час. – 2003. – № 6. – С. 49.

³ Там само. – С. 50.

легалізувати. Яка різниця, справедливий він чи несправедливий. Він є даністю, з якою погодилася, до речі, значна кількість держав, включаючи й Україну.

Таке дуже однобічне сприйняття міжнародного права неминуче веде до повного протиставлення міжнародно-правової нормативної системи загальнолюдським цінностям, нормам моралі й моральності. При сприйнятті фактичного стану міжнародних відносин як позитивного втрачаються їх моральні регулятори. Норми моралі легко відмінюються нормами, створеними, виходячи із швидкоплинних інтересів держав. Одночасно міжнародне право втрачає свій моральний престиж і, як наслідок, свою контролюючу й регулюючу силу. Як зазначає П. Сорокін, «якщо ні релігійні, ні етичні, ні юридичні цінності не контролюють нашу поведінку, то що тоді залишається? Нічого, крім грубої сили й обману. Звідси – сучасне „право сильного”»¹. Така характеристика, на жаль, повністю відповідає нині існуючому стану міжнародних відносин.

Суто прагматичне вирішення міжнародних проблем від самого початку закладає в себе момент недовіри, що веде у подальшому до нових розбіжностей і створення ще більших осередків напруженості. Від самого початку відсутні моральні підстави довгострокового міжнародного співробітництва. А в умовах сучасної глобалізації втрачаються довгострокова перспектива й передбачуваність розвитку людського співтовариства в цілому. Нинішній рівень розвитку науки й техніки робить такий невтішний прогноз більш ніж реальним. Його підтверджує політичний курс великих держав після розпаду системи світового соціалізму наприкінці 80-х – на початку 90-х років ХХ ст. Розпад СРСР, як реальної протизваги на міжнародній арені, не послабив, а тільки активізував агресивну політику США і їх найближчих союзників. Сполучені Штати у своїй зовнішній політиці почали наполегливо запроваджувати в життя тезу про свою «особливу місію» у справі підтримки міжнародного миру й безпеки. Їх міжнародно-правова доктрина в цілому зайняла позицію, що виправдовує всі форми втручання у справи інших держав, що й легалізує результати такого втручання.

Так, відомий американський політолог і державний діяч П. Вулфовиць (P. Wolfowitz), розглядаючи пріоритети «оборонної» стратегії США після «холодної» війни, заявляє про необхідність постійної і «нав'язливої» військово-політичної присутності у всіх куточках світу.

¹ Сорокін, П. А. Человек. Цивилизация. Общество [Текст] : пер. с англ. / П. А. Сорокин ; общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Согомонов. – М. : Политиздат, 1992. – С. 500.

Він пише: «Сполучені Штати мають зберігати можливість реагувати на численні кризи, включаючи ті, які вимагають застосування сили»¹. Дж. Бартон (J. Barton) і Б. Картер (B. Carter), американські юристи-міжнародники, переконані в тому, що «ідеї, які лежать в основі вдосконаленої міжнародно-правової системи, у багатьох випадках – це ідеї Сполучених Штатів»², що «Сполучені Штати повинні відіграти як політичну, так і юридичну роль у формуванні нового права, а також у формуванні міжнародних установ... Якщо Сполучені Штати одержать вигоди, то виграє й увесь інший світ. Альтернативи – набагато менш привабливі»³.

Міжнародне звичаєве право завдяки своїй специфіці виявилось найбільш чутливим до такого держзамовлення. Враховуючи особливу неписану форму вираження міжнародно-правових звичаїв і їх структуру (практика й *opinio juris*), у міжнародно-правовій доктрині США й деяких держав Західної Європи почали з'являтися комплексні дослідження, що так чи інакше виправдовують позицію сили. Одним із перших юристів-міжнародників, який акцентував увагу на важливій ролі нерівності у формуванні міжнародного звичаєвого права, був М. Різман (M. Reisman). У 1987 р. він запропонував, щоб Сполучені Штати перемістили акцент у своїй міжнародній нормотворчості з договорів і міжнародних організацій на міжнародне звичаєве право. Така переорієнтація виправдовувалася ученим тим, що США, володіючи величезною економічною й військовою міццю, змогли б ефективніше впливати на процес створення норм міжнародного права в неформальній обстановці, ніж у більш формалізованій у рамках Організації Об'єднаних Націй і міжнародних багатосторонніх конференцій⁴.

Одним із сучасних найвідоміших послідовників М. Різмана є М. Байєрс (M. Byers). Він, зокрема, пише: «Якщо державна практика розглядається як основний елемент міжнародного звичаєвого права, досить важко не брати до уваги відмінності в багатстві й військовій

¹ Wolfowitz, P. The New Defence Strategy [Text] / P. Wolfowitz // Rethinking America's Security: Beyond Cold War to New World Order / G. Allison and G. F. Treverton, editors. – N. Y., USA: W. W. Norton & Company, Inc., 1992. – P. 180.

² Barton, J. The Uneven, but Growing Role of International Law [Text] / J. Barton, B. Carter // Rethinking America's Security: Beyond Cold War to New World Order / G. Allison and G. F. Treverton, editors. – N. Y., USA: W. W. Norton & Company, Inc., 1992. – P. 291.

³ Ibid. – P. 293, 294.

⁴ Byers, M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law [Text] / M. Byers // Duke Journal of Comparative & International Law. – Fall/Winter 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 84.

міці при формуванні звичаєвих норм. З погляду залучення у практику з широкого кола проблем і, відповідно, впливу на розвиток звичаєвих норм, крихітна острівна держава Тувалу (з населенням 10 600 людей) і Сполучені Штати потенційно нерівні, навіть при тому, що обидві мають однаковий рівень доступу до міжнародної правової системи»¹.

Логічним наслідком такого підходу є надання практиці особливо важливого значення при формуванні норм міжнародних звичаїв. Сто-совно другого елемента звичаєвої норми – *opinio juris* М. Байєрс, з одного боку, визнає, що він своїм існуванням дозволяє контролювати зловживання державами владою у рамках процесу створення міжнародних звичаїв. Утім, з другого, на його думку, цей елемент виключає величезну частину міждержавної практики, яка могла б зробити значний внесок у розвиток, підтвердження або зміну міжнародно-правових звичаєвих норм².

Г. Симпсон (G. Simpson), у цілому поділяючи позицію М. Байєрса, правильно оцінює її наслідки: «Його опис взаємодії зобов'язання й сили елегантний. У процесі утворення звичаїв прояви влади (або приклади державної практики) перетворюються в зобов'язання. Ці зобов'язання, виражені в нормах міжнародних звичаїв, потім діють для кваліфікації застосування сили в міжнародній системі. Ці зобов'язання також призначені для того, щоб породжувати права на застосування сили»³.

Позиції М. Різмана, М. Байєрса, Г. Симпсона й інших юристів, що дотримуються такого підходу, гранично зрозумілі: у рамках ООН і переважної більшості інших міжнародних міждержавних організацій, а також міжнародних конференцій Сполученим Штатам, незважаючи на їх перевагу й достатність політичних союзників, доводиться рахуватися насамперед із підпорядкуванням принципу юридичної рівності сторін і при прийнятті рішень голосувати на рівних умовах зі слабо-розвиненими державами. Не вдаючись у політичну дискусію, зазначу, що дотримання юридичної рівності сторін при прийнятті рішень у рамках міжнародних міждержавних організацій є реалізацією таких основних принципів міжнародного права, як суверенна рівність держав, рівноправність і право народів розпоряджатися власною долею. Крім

¹ Byers, M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law [Text] / M. Byers // Duke Journal of Comparative & International Law. – Fall/Winter 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 84.

² Ibid. – P. 86.

³ Simpson, G. The Situation on the International Legal Theory Front: The Power of Rules and the Rule of Power [Text] / G. Simpson // European Journal of International Law. – June 2000. – Vol. 11, № 2. – P. 145.

того, воно значною мірою сприяє реалізації багатьох інших норм імперативного характеру, наприклад, мирного вирішення спорів, співробітництва, добросовісного виконання міжнародних зобов'язань й ін. При цьому всі вони становлять фундамент сучасної міжнародно-правової нормативної системи і мають звичаєво-правову природу.

Слід зазначити, що політико-орієнтований підхід до з'ясування сутності міжнародних звичаїв зовсім не означає, що міждержавна практика (у значенні фактичних дій) є переважаючим способом створення цих норм. Прагнення розглянути міжнародно-правовий звичай може бути продиктоване бажанням використовувати ситуацію на міжнародній арені, коли багато країн відкрито й без примусу підтримують політичну позицію певної держави. Наприклад, більшість країн світу відверто засудили терористичні акти, вчинені у Сполучених Штатах 11 вересня 2001 р., і підтримали намір цієї держави вести безкомпромісну боротьбу з міжнародним тероризмом. Заява президента США Дж. Буша (відома нині як «доктрина Буша») про те, що немає різниці між терористами, які вчинили ці акти, й тими, хто їх укриває, було підтримано Генеральною Асамблеєю і Радою Безпеки ООН уже наступного дня після її проголошення – 12 вересня 2001 р. Таке широке визнання дало підставу деяким американським юристам стверджувати про «миттєве» (instant) формування міжнародного звичаю, який дозволяє переслідувати й притягати до відповідальності міжнародних терористів і тих, хто надає їм допомогу (укриває, організовує, фінансує і т. ін.)¹.

Таким чином, політико-орієнтована юриспруденція не дає чітких критеріїв формування міжнародно-правових звичаїв. Міжнародним звичаєм може вважатися будь-яке правило поведінки, яке влаштовує в цей момент ту чи іншу державу. Чи буде це правило поведінки визнане як звичаєво-правова норма, залежить від того, наскільки це вигідно політично впливовим державам на міжнародній арені. Роль слаборозвинених держав у процесі створення міжнародних звичаїв є другорядною і, як правило, малозначною.

Вивчення правової природи міжнародно-правових звичаїв з погляду політико-орієнтованого напрямку в міжнародному праві вимагає пошуку нових пояснень цього складного феномену, але їх слід шукати вже за рамками парадигми політичного реалізму.

¹ Див.: Langille, B. It's «Instant Custom»: How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001 [Text] / B. Langille // Boston College International & Comparative Law Review. – 2003. – Vol. 26, № 1. – P. 145–156; Garwood-Gowers, A. Self-Defence Against Terrorism in the Post-9/11 World [Text] / A. Garwood-Gowers // Queensland University of Technology Law and Justice Journal. – 2004. – Vol. 4, № 2. – P. 167–184.

2.3. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції природного права

Природне право, яке висуває моральні імперативи в міжнародному праві, тривалий час у радянській доктрині зазнавало найжорсткішої критики. Достатньо згадати різку заяву Г. І. Тункіна: «Головна об'єктивна роль сучасних міжнародно-правових концепцій природного права полягає в тому, щоб підірвати єднальну основу міжнародного права і тим самим створити більше можливостей для міжнародно-правового виправдання імперіалістичної політики диктату, насильства та військових авантур»¹.

Сучасне українське видання з теорії міжнародного права концепцію природного права дає всього одним реченням² та не містить жодного параграфу, присвяченого питанням справедливості в міжнародному праві. Утім більшість підручників з міжнародного права, виданих останніми роками у країнах СНД, або оминають ці теми, або приділяють їм порівняно небагато уваги.

Тим часом пострадянська вітчизняна філософія і теорія права, звернувшись до праць видатних філософів минулого та сприйнявши найкращі сучасні доктринальні доробки, зайняла в основному природно-правову позицію. Це зовсім не означає, що позитивізм повністю виключений з юридичного мислення. Він знайшов своє нове місце у загальній картині правової реальності, але вже тільки як одна з основних форм існування права, а не його головна ідея.

У зв'язку із зазначеними обставинами проблема з'ясування природно-правової природи міжнародних звичаїв настійно вимагає почати вивчення з філософсько-правового рівня. Він допоможе глибше усвідомити причини виникнення і механізми формування не тільки універсальних звичаєвих норм, а й регіональних і двосторонніх звичаїв, оскільки вони повністю підпорядковані загальним закономірностям розвитку світового співтовариства.

Природно-правова філософія є однією з найдавніших. На думку деяких учених, елементи природно-правового мислення вже можна

¹ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 184.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 40.

відшукати в V ст. до н. е.¹ Своїми роботами з природного права прославилися Арістотель (384–322 рр. до н. е.), Марк Туллій Цицерон (106–43 рр. до н. е.), Аврелій Августин (350–430)². У Середні віки по-своєму, виходячи з християнських догм, природне право тлумачив Фома Аквінський (1225–1274). Саме на природному праві засновували доктрину міжнародного права Альберікус Джентілі, Гуго Гроцій, Річард Зьоч. У філософських науках ідеї природного права набули розвитку у роботах Т. Гоббса (1588–1679), Б. Спінози (1632–1677), Дж. Локка (1632–1704), Ж.-Ж. Руссо (1712–1778), Е. Ваттеля (1714–1767), І. Канта (1724–1804). У дореволюційній Росії природно-правових поглядів дотримувалися С. М. Булгаков, А. К. Бялецький, М. Драгоманов, І. О. Ільїн, Б. Кістяківський, І. В. Михайловський, В. А. Незабитовський, П. І. Новгородцев, Л. І. Петражицький, В. С. Соловйов, Є. Н. Трубецької, С. Л. Франк, О. С. Ященко. Видатними представниками природно-правового напрямку в зарубіжній доктрині міжнародного права були І. Блюнчлі, Х. Лаутерпахт, Д. П. О'Коннелл, А. Фердросс. У сфері філософського обґрунтування ідеї природного права у цей час широкої популярності набули роботи сучасних закордонних учених Дж. Вілсона, М. Мюллера, В. Майхофера, Дж. Роулза, Ф. Фукуями, Л. Фуллера, О. Хеффе, Ю. Хабермаса, А. Швейцера, Л. Штрауса. У сучасній вітчизняній загальній теорії права і теорії міжнародного права різні аспекти природного права досліджували В. А. Бачинін, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, О. В. Буткевич, М. А. Вороніна, М. М. Гнатовський, В. Н. Денисов, В. І. Євінтов, М. І. Козюбра, В. П. Колісник, С. І. Максимов, Г. В. Мальцев, О. О. Мережко, О. А. Мирошніченко, С. П. Погребняк, П. М. Рабінювич, М. П. Рагозін, В. В. Речицький, С. С. Сливка, О. А. Титарчук, Ю. М. Тодика, С. Д. Цалін, М. В. Цвік, С. В. Шевчук.

На відміну від юридичного позитивізму прихильники природно-правового підходу до осмислення права орієнтуються не на суще, а на належне. За основу береться не те, що є, а те, що має бути. Загальною для всіх напрямів у природному праві є ідея про те, що всі правові норми ґрунтуються на якомусь об'єктивному і непорушному фундаменті, який не залежить від волі людини. Так, І. О. Ільїн писав: «Основна сутність права виражається в термінах: *об'єктивно значуще*

¹ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : монография / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 77.

² Докладніше див.: Рагозін, Н. П. Происхождение и развитие идеи прав человека [Текст] / Н. П. Рагозін // Права человека в современном мире. – Донецк, 1995. – С. 4–22.

правило зовнішньої соціальної поведінки»¹. Цей фундамент і розглядається як надпозитивна основа права (належне).

Протягом століть між прихильниками природного права постійно тривала дискусія про справжню першооснову права. На різних етапах свого розвитку теорія природного права за основу (належне) приймала то закони природи, то волю Бога, то людський розум².

Природне право антропоцентричне і тому універсальне. Його антропоцентричність полягає у прагненні усвідомити і визначити співвідношення між собою природних потреб людини як істоти соціальної. Як писав А. Фердросс, «якщо теорія природного права прагне охопити сутність природного права, то вона... повинна взяти за основу ту філософську антропологію, яка всебічно досліджує природу людини»³. Універсальність природного права дозволяє розглядати в його категоріях будь-які людські співтовариства, нормативні основи їх взаємодії між собою. Цей момент виділяє І. Блюнчлі: «Єдність людської природи становить той природний зв'язок, що поєднує всі народи в одну загальнолюдську родину. Звідси випливає для кожного народу природне право жадати від інших народів поваги до своєї людської природи та обов'язок поважати її в інших»⁴. Д. П. О'Коннелл (D. P. O'Connell) пише: «Право – це спонтанне породження від потреб і устремлінь людини в суспільстві. І хоча його деякі особливості відрізняються залежно від часу й місця, його основні принципи єдині, тому що людська природа, у своїй основі, постійна»⁵.

Якщо не вдаватися в тонкощі різних течій у самому природному праві, його антропоцентричність й універсальність означає визнання: по-перше, ідентичності та загальності людської природи; по-друге, наявності універсальних психологічних основ правосвідомості людей, що має на увазі визнання у праві безумовного пріоритету загально-

¹ Ильин, И. А. Теория права и государства [Текст] / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 194.

² Див., напр.: Сливка, С. С. Природне та надприродне право [Текст] : у 3 ч. / С. С. Сливка. – К. : Атіка, 2005. – Ч. 1 : Природне та надприродне право: історико-філософський погляд. – 224 с.

³ Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс ; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – С. 40.

⁴ Блюнчли, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса [Текст] : монография / И. Блюнчли ; пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского. – М. : Тип. К. Индриха, 1876. – С. 66.

⁵ O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London : Stevens and Sons, 1970. – P. 3.

людських цінностей; і по-третє, як наслідок, визнання людини основним суб'єктом побудови будь-якої правової системи.

Ідентичність і загальність людської природи полягає в тому, що людина, як і будь-який живий організм, підпорядкована законам органічної матерії. Як зазначає В. А. Бачинин: «Людській істоті, незважаючи на явну присутність у ній духовних начал, неможливо відмовити в матеріальності»¹.

Свої потреби (у тому числі інтелектуального й духовного плану) людина реалізує в суспільстві. Взаємодіючи з іншими людьми, людина змушена враховувати норми (правила), які панують у цьому суспільстві. За свою тривалу історію людство змогло сформулювати ідеальні уявлення про таку необхідну поведінку, що повною мірою сприяла б інтересам як усього людства, так і його окремої особистості. Мова йде про *основні норми моралі*, які природно набули універсального, а отже – і міжнародного характеру. Їх наявність підтверджується багатьма авторитетними вченими. Так, Дж. Вілсон (J. Q. Wilson) у своєму фундаментальному дослідженні про походження моралі вказує на існування універсальних моральних правил, властивих усім культурам. Він пише: «Візьмемо вбивство: в усіх суспільствах існує правило, відповідно до якого несправедливе вбивство є неправильним і заслуговує покарання. Для того щоб обґрунтувати виняток з нього, необхідно навести вагомі аргументи»². Учений визнає, що в різних суспільствах ці аргументи можуть відрізнятися, хоча й не занадто істотно, але при цьому звертає увагу на те, що «необхідність наводити такі аргументи, які виправдовують убивство, сама по собі свідчить про те, що кожне суспільство життя людини вважає значущим»³.

Одним із доктринальних джерел, на які спирався Дж. Вілсон у своєму дослідженні, була робота Едварда Вестмарка (Edward Westmarck) 1906 р., присвячена вивченню моральних норм серед «примітивних» (primitive) людей. Е. Вестмарк на підставі вивчення численних первіснообщинних племен («починаючи з миролюбних австралійських аборигенів і закінчуючи злісними дикунами Т'єрра дель Фуєго, Верхнього Конго та Островів Фіджі») дійшов висновку про наявність універсальних зразків людської поведінки⁴. У результаті Дж. Вілсон констатував, що

¹ Бачинин, В. А. Морально-правовая философия [Текст] / В. А. Бачинин. – Харьков : Консум, 2000. – С. 55.

² Wilson, J. Q. The Moral Sense [Text] / J. Q. Wilson. – N.Y., USA: The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – P. 17.

³ Ibid.

⁴ Ibid. – P. 19.

моральне почуття має адаптаційні властивості: «У противному випадку природний добір працював би проти тих людей, які мали б такі непотрібні властивості, як здатність до співчуття, самоконтроль або бажання бути чесним, і на користь тих, хто мав би протилежні якості»¹.

А. Фердросс звертає увагу на те, що «позитивне міжнародне право могло зрештою розвиватися на основі *співпадаючих* правових поглядів різних народів. Однак цей факт збігу вказує на те, що психологічні розбіжності народів спочивають на *однаковій і спільній людській природі*, на яку вказує ст. 1 *Загальної декларації прав людини*, прийнятої 10 грудня 1948 р. на сесії Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй... Ця у своїй основі *єдина нормативна свідомість людства* становить основу пізнання *природного права*»². Свій висновок учений, також як і Дж. Вілсон, обґрунтовує, спираючись на етнологічні дослідження (але вже інших учених), які підтверджують наявність у первісних народів гуманного природного права³.

Природно-правова основа взаємин між людьми настільки глибока, що здавна деякі вчені намагалися знайти її коріння у природі. Буквальне запозичення людським суспільством зразків поведінки тварин завжди викликало критику. Наприклад, Г. Гроцій вказував, що в римському праві існував «поділ непорушного права, з одного боку, на загальне для тварин і для людини, яке у більш вузькому значенні називається природним правом, і з другого боку, на властиве виключно людям, найчастіше зване правом народів»⁴. Але при цьому підкреслював, що такий поділ «не має майже ніякого значення, тому що немає, власне, сприйнятливої до права істоти, крім здатної від природи керуватися загальними початками... Тому, коли диким тваринам приписують справедливість, це робиться не у власному значенні внаслідок наявності у них тіні й сліду розумності»⁵. При цьому зазначаємо, що свою думку Г. Гроцій висловив не надто категорично і безапеляційно. Далі він писав: «Втім, сам спосіб дій, встановлений природним правом, властивий нам поряд з іншими тваринами, як,

¹ Wilson, J. Q. The Moral Sense [Text] / J. Q. Wilson. – N.Y., USA: The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – P. 23.

² Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс ; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – С. 31.

³ Там само. – С. 46.

⁴ Гроций, Г. О праве войны и мира [Текст] : репринт. с изд. 1956 г. / Г. Гроций. – М. : Ладомир, 1994. – С. 72.

⁵ Там само. – С. 72, 73.

наприклад, виховання потомства. Тоді як, приміром, те, що властиве виключно нам, наприклад богослужіння, не має жодного стосунку до природи права»¹.

У сучасній українській юридичній науці свою незгоду з таким підходом висловив С. І. Максимов. Побудувавши струнку систему не-класичного природно-правового підходу до осмислення правової реальності, він уявив її занадто ідеальною, відстороненою від повсякденного життя. С. І. Максимов вважає поняття «природне право» більшою мірою умовним для сучасної науки. Природа виступає для нього скоріше символом відокремленості права від волі людини, ніж дійсною першоосновою права². Учений визнає, що таке розуміння права містить у собі деякий момент утопії. У той же час це, на його думку, зовсім не припускає відокремленості права від реальності: «Адже хоча утопічні проекти насправді не збуваються, людина, перебуваючи під враженням нової дійсності й натхненна цією картиною, своїми вчинками змінює соціальний світ, користуючись при цьому символами та категоріями утопічного проекту»³. Про зв'язок права і природи він категорично заявляє: «Право є позаприродне явище, і жодних основ права в природі виявити неможливо. Природа – це царство об'єктів, а право – сфера взаємодіючих суб'єктів»⁴.

Разом з тим сучасні вчені не залишають поза увагою цей напрям й іноді висловлюють думки на його підтримку. Так, Ф. Фукуяма спеціально зазначає, що своє дослідження питань походження моральних норм значною мірою він побудував на основі досягнень «нової біології»: етології тварин, генетики поведінки, приматології, еволюційної психології, антропології⁵. Указуючи на активний вплив культури на людську поведінку, учений звертає увагу на те, що вона, разом з тим, не може пояснити першопричини появи соціальних норм: «Мінливість людської культури не настільки велика, як це може здатися на перший погляд. Так само, як людські мови можуть бути нескінченно різноманітними, але відбивають спільні глибинні лінгвістичні структури, зумовлені лінгвістичними зонами нової кори головного мозку, так і люд-

¹ Гроций, Г. О праве войны и мира [Текст] : репринт. с изд. 1956 г. / Г. Гроций. – М. : Ладомир, 1994. – С. 73.

² Максимов, С. Природно-правове мислення [Текст] / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 155.

³ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монография] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 80.

⁴ Там само. – С. 151.

⁵ Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 216.

ські культури, імовірно, відбивають спільні соціальні потреби, зумовлені не культурою, а біологією»¹.

На думку Ф. Фукуями, біологія переконливо доводить, що «люди від природи є політичними суспільними створіннями, а не ізольованими егоїстичними індивідами»². Люди самостійно, без усяких спеціально вироблених стратегій і приписів визначають способи взаємодії між собою. Учений зазначає: «Біологія показує, що конструювання правил і слідування ним, а також покарання за порушення (у тому числі й самого себе) мають природну основу, а людська свідомість завдяки особливим пізнавальним здатностям може відрізнити людей, націлених на співробітництво, від обманщиків»³. Свої тези Ф. Фукуяма ілюструє прикладами спостережень за поведінкою генетично найближчих родичів людини – шимпанзе⁴.

Висновки Ф. Фукуями, а разом з ним Е. Вестмарка, Дж. Вілсона й інших учених не слід тлумачити як зрівняння людини з тваринним світом і тим більше як заклик до повернення людини до свого природного стану. Філософія розрізняє поняття «природне право» і «природна людина» і протиставляє їх. Природна людина розглядається як істота виключно аморальна, що слабо керує власними емоціями, і тому практично безконтрольна. Природна людина, якщо взяти за основу теорію соціального прогресу, розглядається як вихідний «матеріал», який історія обробляла протягом десятків тисяч років доти, доки не з'явилася людина цивілізована, що прагне реалізувати себе в руслі слідування вищим духовним цінностям, виробленим людською цивілізацією.

Історія людства багата експериментами, пов'язаними зі свідомою зневагою моральними основами. І хоча відповідних прикладів чимало в новітній історії, звернемося до Давньої Греції, де, імовірно, однією з перших була здійснена спроба дати антисоціальній поведінці філософське обґрунтування. Мається на увазі школа кініків, що виникла в VI ст. до н. е.⁵ Кініки абсолютизували свободу та проголошували повну моральну автономію, яка полягає у повному звільненні від за-

¹ Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 216.

² Там само. – С. 220.

³ Там само. – С. 223.

⁴ Там само. – С. 223-229.

⁵ Див.: Цалін, С. Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права [Текст] / С. Д. Цалін. – Х. : Основа, 1998. – С. 68, 69, 311.

конів і моральних норм суспільства. Їх поведінка була демонстративно непристойною та епатажною. Людську природу вони зводили до природи тварини, але при цьому, однак, не прагнули покинути суспільство, щоб злитися із тваринним світом. С. Д. Цалін пише з цього приводу: «Непослідовність кінчного варіанта полягає в тому, що попри всю зневагу до соціальних норм проповідники і послідовники кінізму продовжували жити у суспільстві і фактично паразитувати на його терплячості»¹.

Разом з тим подібного роду порівняння апелюють до існування більш глибоких, більш напружених зв'язків між людиною і навколишнім середовищем, між природним правом і природою. Вони вказують на те, що свідомість усіх людей має однакову природу і тому єдина у своїй основі.

Єдність свідомості припускає якусь спільність поглядів на світ і на місце людини в ньому. Дослідження питань моралі характеризують кінцевий результат і процес вироблення цих загальних поглядів. Мораль – це продукт тривалого історичного розвитку людства, в якому не можна заперечувати і релігійні, і політичні фактори, коли протягом тисячоліть у результаті природничо-історичного відбору формувалися ті зразки поведінки (соціальні норми), які найбільшою мірою відповідають інтересам як окремої особистості, так і суспільства в цілому. В. А. Бачинін, указуючи на нерозривний зв'язок природного права із «загальними нормативно-ціннісними принципами, які панують у всесвіті»², зазначає, що «норми й принципи природного права не є штучним людським винаходом, що вони не вигадані людьми, а відкриті. Уже в далекій давнині людина починає виявляти в навколишньому світі істотні закономірності, з якими необхідно рахуватися, за порушення яких доводиться розплачуватися дорогою ціною. Уявлення про суть цих закономірностей і нормативних приписів, що впливають з них, увійшли в архаїчні міфи, релігійні віровчення, у принципи моральності й неписані правила звичаєвого права»³.

Зразки моральної поведінки міцно закріпилися в суспільній свідомості як уявлення про добро і зло, погане і хороше, гуманне й антигуманне. Суть цих уявлень точно виразив А. Швейцер: «Добро – те, що служить збереженню й розвитку життя, зло є те, що знищує життя або

¹ Цалін, С. Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права [Текст] / С. Д. Цалін. – Х. : Основа, 1998. – С. 311.

² Бачинін, В. А. Морально-нравственная философия [Текст] / В. А. Бачинін. – Харьков : Консум, 2000. – С. 10.

³ Там само. – С. 11.

перешкоджає йому»¹. Найбільш загальні уявлення про мораль характеризуються ставленням до загальнолюдських цінностей. З «царства цінностей», на думку А. Фердросса, позитивне право повинне черпати свою обов'язкову силу².

Для морального суспільства характерне додання загальнолюдським цінностям глибокого соціального змісту, сприйняття їх як стійких соціальних орієнтирів, що потребують захисту й розвитку. У такому суспільстві панує усвідомлення того, що дбайливе ставлення до таких цінностей має найсприятливіший вплив на розвиток людини, а, отже, і суспільства в цілому. Таким чином, основною цінністю виступає людська особистість. Громадський порядок повинен забезпечувати її охорону і створювати умови для всебічного розвитку, пріоритети якого особистість повинна визначати сама.

Слід зазначити, ставлення до тверджень про існування загальнолюдських цінностей у сучасній науці не завжди однозначне. Нерідко звертанням до них прикриваються політичні інтереси тих чи інших держав на міжнародній арені. Разом з тим навіть найсуворіші критики не відкидають їх, а скоріше вносять певні корективи в їх розуміння. Так, К. С. Гаджиев, дослідивши теоретичні передумови широко популярного в західній доктрині вкрай ліберального тлумачення цього поняття, дійшов такого висновку: «На Заході чітко повинні розуміти, що те, як його народи дивляться на себе й на інші народи земної кулі, не завжди і не зовсім збігається з думкою цих народів. Людські особи, так само як і людські суспільства, настільки індивідуальні й своєрідні, що не може бути яких би то не було універсальних цінностей, однаково придатних для всіх народів, або всіх людських суспільств»³. Але вже далі вчений заявляє: «Зрозуміло, життя, права й свободи людини безцінні. Їх розробка й прийняття як найважливіших принципів і норм взаємовідносин людей стали найбільшим досягненням людства, яке зіграло колосальну роль у його соціально-економічному, суспільно-політичному й технологічному прогресі. Тому слід визнати, захищати, всіма силами сприяти утвердженню у всесвітньому масштабі універсальних цінностей прав і свобод людини, справедливості, демократії,

¹ Швейцер, А. Благоговеніє перед життям [Текст] : пер. с нем. / А. Швейцер ; сост. и послесл. А. А. Гусейнова ; общ. ред. А. А. Гусейнова и М. Г. Селезнёва. – М. : Прогресс, 1992. – С. 218.

² Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс ; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – С. 32.

³ Гаджиев, К. С. О пользе и ущербности «универсальных ценностей» [Текст] / К. С. Гаджиев // Мировая экономика и междунар. отношения. – 2008. – № 5. – С. 21.

боротися проти будь-яких форм і проявів тиранії, деспотизму, тоталітаризму і т. д.»¹.

Як інший приклад, який демонструє недовіру до існування єдиних загальнолюдських моральних цінностей, що лежать в основі універсальних правових категорій, і одночасно з цим підтверджує їх наявність, можна навести міркування Г. В. Мальцева. З одного боку, він ставить під сумнів саму ідею існування норм, загальних для більшості людських колективів, підкреслює маловивченість історії цього питання. «Про історичний генезис моралі, – зазначає він, – пишуть мало й неохоче, тому, імовірно, що багато хто вважають моральність уродженим станом людини, якісь моральні риси, позитивні або негативні, властиві їй споконвічно, виникли, власне, разом із самою людиною»². Г. В. Мальцев не погоджується з думкою, що норми, які діяли в первісних суспільствах, взагалі припустимо кваліфікувати як моральні, релігійні або правові. Він вважає «надзвичайно спірною і сумнівною схему», за якою «мораль належить до найдавнішого способу регуляції людської поведінки, вона виникає раніше права, тоді як останнє являє собою щось подібне до відпарошування від моралі, що з'явилося після утворення держави»³.

Втім, з іншого боку, Г. В. Мальцев убачає єдність моралі й права насамперед у наявності фундаментальних моральних цінностей, «які виробляються суспільством на досвіді дії усіх нормативно-регулятивних систем і є спільним їх надбанням. Базова моральна опозиція «добро – зло» виступає основним нормативно-оцінним критерієм як у сфері моралі, так і права... Ціннісна налаштованість останніх на добро ніколи й ні в кого не викликала сумніву, хоча розуміли й розуміють її часто неоднаково»⁴. Зауважуючи на неоднаковому ставленні з боку права до моральних цінностей суспільства, учений пише: «Фактично всі правові системи в історії підтримували й незмінно цінували в людях честь і совість, чесність і добросовісність, прагнули до утвердження цінності людської особистості, усвідомлення нею своєї високої гідності. Ці моральні чесноти й моральні вимоги, що стоять за ними, внаслідок їх величезного практичного значення для сфери соціального регулювання завжди були одночасно і правовими»⁵.

¹ Гаджиев, К. С. О пользе и ущербности «универсальных ценностей» [Текст] / К. С. Гаджиев // Мировая экономика и междунар. отношения. – 2008. – № 5. – С. 21.

² Мальцев, Г. В. Нравственные основания права [Текст] / Г. В. Мальцев. – М. : Изд-во СГУ, 2008. – С. 90.

³ Там само. – С. 95.

⁴ Там само. – С. 107.

⁵ Там само. – С. 109.

Багато послідовників природного права як першооснову загально-людських моральних цінностей розглядають категорію *справедливості*. М. В. Цвік визначає право «як засновану на уявленні про справедливість міру свободи й рівності, що відображає потреби суспільного розвитку, яка у своїй основі склалася в процесі повторюваних суспільних відносин і визнається й охороняється державою»¹. С. І. Максимов зазначає, що «з усіх цілей інститутів політико-правової системи суспільства справедливість посідає пріоритетне місце, вона являє собою безумовну цінність, яка не може бути принесена в жертву міркуванням їх ефективності або гарної організації»². С. П. Погребняк пише: «Попит на справедливість існує у всіх сферах людських відносин (як у відносинах конкуренції, так і відносинах кооперації), оскільки при цьому виявляються суперечливі інтереси, домагання та зобов'язання і виникає конфлікт»³. Він указує, що «справедливість є певним моральним мінімумом, який люди мусять визнавати як борг одного щодо іншого. Саме тому справедливість – це та соціальна обов'язковість, на яку люди не лише сподіваються, а й вимагають, саме її вони винні один одному. ...Доброзичливість, співчуття та солідарність починаються там... де люди дотримуються справедливості. Отже, справедливість не випадково називають ферментною цінністю людського спільного життя»⁴.

Про справедливість можна говорити як про вищу й універсальну цінність для розвитку світового співтовариства. Її особливе значення у встановленні морального громадського порядку полягає в тому, що вона виступає тим засобом, який урівноважує інші загальнолюдські цінності. С. І. Максимов зазначає, що такі загальні цінності, як воля й інтерес, особистість і суспільство, свобода й рівність самі по собі феномен права ще не становлять. Для того щоб вони органічно доповнювали одна одну і не домінували одна над одною, необхідний особливий механізм, яким і виступає справедливість⁵. Не випадково поняття «право» є похідним від поняття «справедливість» (*ius, iuris*. – лат. «право», *iustus* – лат. «справедливість»). Так, С. І. Максимов пише про

¹ Цвік, М. В. Загальне вчення про право [Текст] / М. В. Цвік // Загальна теорія держави і права: підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 183.

² Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монографія] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 292.

³ Погребняк, С. П. Основоположні принципи права (змістова характеристика) [Текст] : монографія / С. П. Погребняк. – Х. : Право. – С. 43, 44.

⁴ Там само. – С. 44.

⁵ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монографія] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 277.

універсальну справедливість, до змісту якої включає: по-перше, вимогу рівності («діяти однаково в однакових умовах»); по-друге, взаємозв'язок вчиненого та відплати за нього (рос. – «воздаяния»); і по-третє, вимогу рівноваги між втратою та придбанням¹. Крім того, він зазначає: «Універсальну справедливість характеризують насамперед визнання таких правових цінностей, як *життя, власність, свобода*, які втілюються у визнанні прав людини»². М. А. Вороніна відносить справедливість до загальнолюдських (цивілізаційних) принципів права. Вона пише, що справедливість «як спеціально-юридична категорія... розглядається в масштабі відповідності, пропорційності, збалансованості і певної гармонійності між здійсненими витратами, зусиллями, звершеннями людей і відповідною реакцією на це суспільства, вираженої у вигляді винагороди, захоочення чи осудження»³.

У міжнародному праві розвиток ідеї справедливості простежується з додержавного періоду і спочатку закріплюється в міжнародно-правовому принципі еквівалентності (принципі правової відповідності), який стає «генеральним принципом взаємовідносин первісних (додержавних) утворень»⁴. Згодом він стає таким для міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин давніх держав Близького Сходу, Давнього Єгипту, Давньої Греції. О. В. Буткевич зазначає, що «у Давній Греції взагалі була розвинена ідея правової відповідності в міжнародних відносинах, справедливості, яка стала для греків основою їх правосвідомості»⁵. Учена підкреслює прямий і безпосередній зв'язок між установленням у Давньому світі принципу правової відповідності та формуванням у міжнародному праві ідеї справедливості й рівності. «У мові давнього Аккада, – пише вона, – ще з 4-го тисячоліття до н. е. існувало поняття «установити рівність». Воно означало встановлення справедливих відносин, основаних на рівності. Таке поняття зустрічається і в кодексі Хаммурапі, і в більш ранніх джерелах. Найчастіше, однак, воно міститься в джерелах міжнародного характеру – переважно в листуванні месопотамських правителів»⁶.

¹ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монография] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 279.

² Там само. – С. 279.

³ Вороніна М. А. Принципи в праві [Текст] / М. А. Вороніна // Загальна теорія держави і права : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 196.

⁴ Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 201.

⁵ Там само. – С. 204.

⁶ Там само. – С. 248.

Привертає увагу те, яким чином категорія «справедливість» закріплена в найважливіших сучасних універсальних міжнародно-правових документах, якщо порівнювати її, приміром, із зобов'язаннями з дотримання прав людини. Як правило, справедливість згадується в преамбулах документів як основна ідея міжнародного права. Зокрема, у преамбулі Статуту ООН сказано: «Ми, Народи Об'єднаних Націй, сповнені рішучості... створити умови, за яких можуть дотримуватися справедливість і повага до зобов'язань, що випливають із договорів й інших джерел міжнародного права...». Преамбула Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. починається зі слів про «прийняття до уваги, що визнання гідності, властивої всім членам людської родини, та рівних і невід'ємних прав є основою свободи, справедливості й загального миру». З таких саме слів починається преамбула Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. У преамбулі Декларації принципів, якими держави-учасниці керуватимуться у взаємних відносинах, Заключного акта НБСЄ від 1 серпня 1975 р. держави-учасниці «підтвердили свою прихильність миру, безпеці й справедливості та процесу дружніх відносин і співробітництва».

Як бачимо, ніде чітко не вказується, які ж конкретно умови, що забезпечують справедливість, маються на увазі? Що взагалі ховається у міжнародному праві за цим поняттям? Але при цьому широко визнано, що положення Статуту й перш за все цілі й принципи Організації Об'єднаних Націй (статті 1 і 2) саме і є втіленням ідеї справедливості в міжнародному праві. Разом з тим права людини в цілому і особиста свобода зокрема у сучасному міжнародному праві максимально повно конкретизовані на універсальному та регіональному рівнях.

Тут хотілося б звернути увагу на те, що володіння високими моральними якостями є однією з основних вимог, які висуваються до кандидатів на посади суддів у міжнародні судові й арбітражні органи. Наприклад, згідно зі ст. 2 Статуту Міжнародного суду ООН, «Суд складається з колегії незалежних суддів, обраних, незалежно від їх громадянства, з числа осіб високих моральних якостей, які задовольняють вимогам, що висуваються у їх країнах для призначення на вищі судові посади, або є юристами з визнаним авторитетом в галузі міжнародного права». Наголосимо, що «високі моральні якості» поставлені перед професійною підготовкою. Імовірно, у цьому випадку мова йде про щось більше, ніж просто зразкову поведінку кандидатів у по-

всякденному житті, у побуті (хоча й про це теж). Можна припустити, що високоморальна поведінка суддів передбачає їх глибоке розуміння й прихильність загальнолюдським цінностям, реалізацію цих цінностей у професійній діяльності. Такі вимоги висуваються до кандидатів на судові посади в переважній більшості міжнародних судів¹.

По суті, аналогічне спостереження зробили А. Болдизар (A. Boldizar) і О. Корхонен (O. Korhonen), вивчаючи питання про вплив етики, «як моральної філософії», на професійну поведінку й складання професійних кодексів. Вони зазначають, що в цьому сенсі є типовою норма п. 2 ст. 17 Статуту Міжнародного суду ООН, яка забороняє члену Суду брати участь у вирішенні будь-якої справи, у якій він раніше брав участь як представник, повірений або адвокат однієї зі сторін, або член національного або міжнародного суду, слідчий комісії або в будь-якій іншій якості. У цьому, підкреслюють вони, завдяки етиці виявляється коливання (oscillation) між формалізмом й ідеалізмом у правовій аргументації².

На мою думку, такий стан речей переконливо свідчить про спільну міжнародну правосвідомість, що сформувалася. Сучасні освічені люди з будь-яких країн, які сповідують різні релігії, зміст поняття «справедливість» як найважливішої морально-правової категорії розуміють однаково.

Ф. Фукуяма, досліджуючи процес появи соціальних норм (насамперед норм моралі), акцентує увагу на тому, що норми, які виникають спонтанно, набагато більшою мірою відповідають інтересам людей, ніж ті норми, які «є продуктом соціального вибору». Він, зокрема, пише: «Очевидно, раціональне обговорення може привести до невдалого вибору, що не служить справжнім інтересам людей, які роблять цей вибір, у той час як нераціональні норми можуть бути цілком функціональними – як у тому випадку, коли релігійна віра сприяє підтримці соціального порядку або економічному зростанню»³. Причини появи неправильного рішення, прийнятого раціональним шляхом, можуть бути всілякими. Однією з головних є помилкова або неповна

¹ Див., напр.: п. 1 ст. 13 Статуту Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії, п. 1 ст. 12 Статуту Міжнародного трибуналу з Руанди, п. 3 (а) ст. 36 Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду, п. 1 ст. 21 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та ін.

² Boldizar, A. Ethics, Morals and International Law [Text] / A. Boldizar, O. Korhonen // European Journal of International Law. – 1999. – Vol. 10, № 2. – P. 290.

³ Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 203.

інформація. Зрештою Ф. Фукуяма вказує на те, що люди просто не в змозі у кожний момент свого життя здійснювати раціональний вибір¹.

Імовірно, Ф. Фукуяма, говорячи про переваги «спонтанних» норм, зовсім не мав на увазі, що вони створюються як би бездумно, без участі мислення людини. У такому разі формування будь-якої соціальної норми, будь-якого правила поведінки, що регулює відносини між людьми, було б абсолютно неможливе. Як зазначав П. Сорокін, «соціальне явище є соціальний зв'язок, який має психічну природу і реалізується у свідомості індивідів»².

У цьому випадку мається на увазі те, що людина, зіштовхуючись із певними життєвими ситуаціями, прагне діяти здебільшого інтуїтивно. У думках оцінивши події, вона вибирає той чи інший варіант поведінки, зіставивши власні інтереси з пануючими в даному суспільстві нормативно-ціннісними настановами, що сформувалися природно упродовж тривалого періоду часу.

Можна стверджувати, що в такий саме спосіб формуються і норми міжнародних звичаїв, але з тією лише різницею, що регульовані відносини в більшості випадків іншого порядку. Але й представники держав, національно-визвольних рухів, міжнародних міжурядових організацій, займаючи позицію з різних зовнішньополітичних проблем, повинні прагнути того, щоб вона відповідала загальнолюдським моральним принципам. Історія вже переконливо довела, що виявлення волі всупереч моралі – шлях у глухий кут.

Раніше радянська доктрина відкидала такий підхід до утворення правових норм. Так, Г. М. Даниленко категорично не згодний із тим, що міжнародні звичаї створюються спонтанно: «Теза про спонтанність міжнародного звичаєвого нормоутворення неприйнятна з ряду міркувань теоретичного характеру і не підтверджується сучасною практикою держав»³. При цьому причини, з яких Г. М. Даниленко займає таку позицію, різні. По-перше, він повністю ототожнює поняття «спонтанний» і «неусвідомлений»⁴. Для нього – це слова-синоніми, що абсо-

¹ Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 205.

² Сорокин, П. А. Человек. Цивилизация. Общество [Текст] : пер. с англ. / П. А. Сорокин ; общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Соколова. – М. : Политиздат, 1992. – С. 39.

³ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1998. – С. 18.

⁴ Г. М. Даниленко, зокрема, пише: «...міжнародне звичаєве нормоутворення в цілому є свідомим правотворчим процесом. У працях ряду юристів почасти проводиться думка, що звичай на відміну від міжнародного договору служить неусвідомленим або спонтанним процесом створення норм» (див.: Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1998. – С. 17).

лютно неправильно. Спонтанність (від лат. *spontaneous* – добровільний, довільний) – це мимовільність, саморух, викликаний не зовнішніми факторами, а внутрішніми причинами¹. Отже, людина, діючи спонтанно, поводиться самостійно, внутрішньо усвідомлено та, що немаловажно, добровільно. А, по-друге, на думку Г. М. Даниленка, «концепція спонтанності міжнародного звичаю принципово несумісна з поглядами, згідно з якими звичай – це правоутворюючий процес, оснований на узгодженні воль держав»². Цими словами Г. М. Даниленко заявляє про свою принципово позитивістську позицію, що зводить міжнародне право виключно до продукту волевиявлення держав.

Відповідно, для виникнення моральних норм абсолютну цінність має особиста свобода людини. У сучасному філософсько-правовому мисленні визнання особистої свободи людини стало однією з фундаментальних цінностей суспільно-політичного устрою. В. М. Шафіров відносить «відкриття, визнання й утвердження прав особистості до найбільших досягнень земної цивілізації»³.

Тільки те суспільство, у якому визнається право особистості вільно розпоряджатися своєю долею, має сильний внутрішній механізм до саморозвитку й ефективного подолання проблем, що постають перед ним. Тоталітарні суспільства, які прагнуть максимально повно регламентувати й контролювати життя своїх громадян, уже переконливо довели свою нежиттєздатність і надзвичайну небезпеку в нинішньому взаємозалежному світі. А. Дж. Тойнбі, розглядаючи проблеми розпаду цивілізацій, пише: «Попередні досвіди переконали нас, що критерій росту не залежить від міри контролю за оточенням, фізичним або соціальним, так само як критерієм розпаду не може бути втрата цього контролю. Ретельний емпіричний аналіз показав також, що не існує суворой відповідності між здатністю суспільства контролювати оточення та процесами надлому й розпаду цивілізації. Навпаки, є зворотні свідчення, які говорять на користь того, що якщо зв'язки такого роду й існують, то вони полягають у тому, що в міру зміцнення влади над оточенням починається процес надлому й розпаду, а не зростання»⁴.

¹ Советский энциклопедический словарь [Текст] / гл. ред. А. М. Прохоров. – 3-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1984. – С. 1254.

² Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1998. – С. 18.

³ Шафіров, В. М. Право в человеческом измерении [Текст] / В. М. Шафіров // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 202.

⁴ Тойнби, А. Дж. Постигание истории [Текст]: сб. / А. Дж. Тойнби ; пер. с англ. Е. Д. Жаркова. – 2-е изд. – М. : Айрис-пресс, 2002. – С. 346.

Поведінка членів вільного суспільства, за ідеєю, має глибоку внутрішню мотивацію, у своїй основі зумовлену не факторами зовнішнього примусу, а самостійним і вільним вибором, відповідальність за результати якого індивід свідомо бере на себе. Людина як би сама себе зобов'язує поводитися певним чином, і це самозобов'язання не є наслідком страху перед можливим покаранням. Учасники відносин самостійно, без впливу держави, вирішують для себе, яким відносинам надавати правового характеру, а яким ні.

Ця точка зору поступово знаходить визнання у вітчизняній теорії права. «Усупереч поширеним твердженням, – підкреслює М. В. Цвік, – формальна означеність не є загальною конститутивною ознакою права, властива не всім його проявам»¹. Правовідносини складаються не з волі держави, а на основі взаємодії окремих осіб і соціальних груп. Нормативного характеру вони набувають не завдяки зовнішньому впливу держави, а в результаті їх *постійної повторюваності*. Інакше кажучи, право споконвічно формується шляхом *саморегулювання* суспільних відносин², і звичай – це первинний і головний результат такого саморегулювання.

У дореволюційній російській літературі П. І. Новгородцев, досліджуючи первісні суспільства як «первісні епохи суспільного розвитку», саме звичай виділяв як основне джерело, що свідчить про формування «твердих начал права». Він зазначав: «Із часом життя вносить і в ці відносини деяку визначеність; на місці довільних рішень старших воно створює вироблені часом звичаї, у яких ці рішення знаходять для себе відомі обов'язкові межі... Поява звичаїв, як деяких твердих норм для судових рішень, являє собою тільки перший крок до самостійності права; тому що на цій стадії свого розвитку право перебуває ще в значній залежності від коливань морального почуття, у зв'язку з яким створюються та застосовуються звичаєві норми»³.

О. В. Буткевич у зв'язку з цим звертає увагу на те, що протягом історії людства існували різні джерела міжнародного права, але саме звичай виявився найбільш стабільним із них. Вона доводить свою позицію таким чином: «Таку стабільність звичаю можна пояснити тим, що він відбиває уроджені, властиві людині риси, ґрунтується на одвіч-

¹ Цвік, М. Про сучасне праворозуміння [Текст] / М. Цвік // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 7.

² Там само. – С. 3.

³ Новгородцев, П. И. Право и нравственность [Текст] / П. И. Новгородцев // Сб. по обществ.-юрид. наукам. – Вып. 1. – СПб. : Книгоизд-во и кн. магазин О. Н. Поповой, 1899. – С. 119, 120.

ному світогляді людей і застосовується щодо ключових відносин. Випробування часом звичай проходив уже в процесі свого створення; а процес цей полягав у тривалій і однаковій практиці застосування. Тому міжнародні звичаї формувалися саме для регулювання ключових, життєво важливих питань міжнародних відносин; тому найбільш важливі ідеї міжнародного права, його імперативні принципи мають звичаєве походження»¹.

Згодом відбувається поділ звичаїв на *правові* й *неправові*. Якщо право розглядати як «концентроване вираження ідеалів справедливості, втілення моральних принципів, які панують у суспільстві»², то до правових звичаїв необхідно відносити ті спонтанно сформовані в суспільстві нормативні установлення, які забезпечують реалізацію цих ідеалів. Від самого початку форми правових звичаїв набували найбільш категоричні (імперативні) моральні вимоги, що виражають ставлення до загальнолюдських цінностей (заборони позбавляти людину життя, свободи, порушувати мирний порядок у суспільстві, обов'язок дбайливо ставитися до навколишнього середовища і т. ін.), і лише потім, через час, багато які з них знаходять свій розвиток (деталізуються, уточнюються) у нормах позитивного права. Деякі фахівці такі правові звичаї російською називають «нравы». О. А. Титарчук пише з цього приводу: «В міру ускладнення соціальних взаємин виникли норми, які увібрали в себе не тільки освячені часом традиційні настанови, а й особистісний світ людини, враховували її власне прагнення до соціальної справедливості, стабільності, що, як відомо, в історичному масштабі тільки зовсім нещодавно перестало бути розкішшю для людства. Ці норми – “нравы” – являють собою звичаї, які мають моральну цінність»³.

І. О. Ільїн бачив причини поділу звичаїв на правові й неправові у внутрішній моральній роботі людини над собою, спонуканні її до любовного, доброго, братнього ставлення до ближнього. Він зауважує, що «виявляється дуже важливим, щоб у житті людей поступово склалися *добрі звичаї та морально вірні “нравы”*»⁴. Учений пише, що «з розвитком і поглибленням освіти шкідливе й безглузде поступово

¹ Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 260.

² Цвік, М. Про сучасне праворозуміння [Текст] / М. Цвік // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 9.

³ Титарчук, А. А. Обычай и право (Вопросы взаимосвязи и взаимодействия) [Текст] : дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Титарчук. – Харьков, 1995. – С. 68.

⁴ Ильин, И. А. Теория права и государства [Текст] / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 98.

відпадає, і свідомість: «так треба, хоча ніхто й не наказав», пов'язується тільки з тими звичаями, які *полегшують завдання моралі й права*. „Нрави” народу відповідають тому, що ми називаємо «характером» в окремої людини: це властиві йому, стійкі способи внутрішнього життя, які й виражаються у вигляді зовнішніх *звичаїв*. І от, у міру духовного розвитку народу, вдачі все більше вдосконалюються і знаходять собі вираження в гарних і добрих звичаях..., а добрі звичаї сприяють, у свою чергу, вихованню в людях шляхетних і м'яких “нравов”¹.

Правові звичаї становлять основу для формування звичаїв міжнародного права. Їх поєднує єдина нормативна свідомість учасників правовідносин (як внутрішніх, так і міжнародних). Ця теза яскраво наведена в міркуваннях А. К. Бялецького у ХІХ ст. про розмежування правових і неправових міжнародних звичаїв. «Міжнародні звичаї, – підкреслював він, – є не завжди вірним вираженням істини. Так напр., ми знаємо, що були часи, коли на підставі загальноприйнятого звичаю дозволялося під час війни грабувати майно мирних громадян, умертвляти полонених, захоплювати викинутий бурєю на берег товар і т. п.»². У зв'язку з цим учений заявляє: «Тільки такі звичаї можуть вважатися істинним вираженням міжнародного права, які підтверджуються не тільки подібністю дій у різний час і у різних народів, але які, крім того, узгоджені з вимогами справедливості»³.

На необхідність «облагороджування міжнародних звичаїв» також указував І. Блюнчлі. «Якщо існуючі звичаї, – писав він, – суперечать вічним основам природного людського права, або якщо вони відкидаються правосвідомістю цивілізованих народів, вони перестають бути обов'язковими для окремих держав і повинні бути виправлені»⁴. Пояснюючи свою думку, учений навів як приклад рабство й право військової здобичі – стародавні звичаї держав, які «поступово знищилися внаслідок морального розвитку народів»⁵.

У наш час єдина нормативна свідомість людей закріплюється через утвердження цінності особистої свободи, яка стала наріжним каменем

¹ Ильин, И. А. Теория права и государства [Текст] / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 98, 99.

² Бялэцкий, А. К. О значении международного права и его материалов [Текст] / А. К. Бялэцкий. – Варшава : Тип. К. Ковалевского, 1872. – С. 163-164.

³ Там само. – С. 164.

⁴ Блюнчли, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса [Текст] : монография / И. Блюнчли ; пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского. – М. : Тип. К. Индриха, 1876. – С. 73.

⁵ Там само.

побудови теорії плюралістичної демократії. У міжнародно-правовій площині вона набула розвитку у становленні *свободи вибору* як принципу сучасного загального звичаєвого міжнародного права, сформульованого в українській доктрині М. В. Буроменським¹. «Свобода, – пише він, – є дійсно вища, універсальна цінність, яка споконвічно властива і людині, і народові»².

У сучасному міжнародному праві захист універсальних моральних цінностей забезпечується, головним чином, за допомогою захисту основних прав і свобод людини, які мають природне походження. Як зазначає В. М. Шафіров, «права й свободи [людини] виникли й розвивалися на основі біологічної (анатоמו-фізіологічної), психологічної та соціальної сутності людини, а звідси вони мають природний характер, невідчужувані»³. Насамперед до них належать універсальні норми із захисту прав і основних свобод людини в мирний час і норми, що забезпечують захист прав людини у воєнний час (норми міжнародного гуманітарного права). Другі, на відміну від перших, на нашу думку, уже припустимо кваліфікувати як незаперечні імперативні норми загального міжнародного права. Норми із захисту прав і основних свобод людини в мирний час ще утверджуються в такій якості. Постулювання багатьма фахівцями принципу поваги прав людини як основного принципу сучасного міжнародного права є цьому свідченням.

Безпосереднього нормативного втілення принцип поваги прав людини набув у численних універсальних міжнародно-правових актах, серед яких Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. посідає центральне місце. Широко поширена думка про те, що положення Декларації є нормами міжнародного звичаєвого права⁴. Ця думка не є беззаперечною. Детальний аналіз змісту цього документа показує,

¹ Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монография / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – С. 54–110.

² Там само. – С. 57.

³ Шафиров, В. М. Право в человеческом измерении [Текст] / В. М. Шафиров // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 202.

⁴ Див., напр.: Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменсько-го. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 189; Міжнародне право: основні галузі [Текст] : [підручник] / за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2004. – С. 201; Дмитрієв, А. І. Міжнародне публічне право [Текст] : навч. посіб. / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 392; Международное право [Текст] : учеб. / отв. ред. В. И. Кузнецов. – М. : Юристь, 2001. – С. 226; Международное право [Текст] : учеб. / отв. ред.: Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Междунар. отношения, 1998. – С. 407 та ін.

що лише деякі положення загальноновизнані як універсальні звичаї. У російській науці такої точки зору дотримується Д. І. Нурумов¹. У зарубіжній літературі про це пише П. Сигхарт (P. Sieghart). Він, зокрема, переконаний, що тільки чотири різновиди прав, а точніше свобод, можуть вважатися такими: свобода від рабства, геноциду, расової дискримінації та катувань². Звичайно, цей перелік не можна вважати повним, хоча б тому, що в ньому відсутнє право на життя, звичаєво-правову природу якого на основі природно-правової теорії в українській науці намагалася довести О. А. Мірошніченко³, а також право на особисту недоторканність. У кожному разі навіть ті права і свободи, які згадані тут, демонструють, що за своєю суттю вони покликані забезпечити людині її вільне фізичне існування. Саме фізична недоторканність надає людині гарантії самостійного розвитку. І хоча дискусія про її зміст і про зміст окремих універсальних прав і свобод людини триває⁴, у цілому можна погодитися з думкою Л. Міллера (L. H. Miller), який заявляє про загальносвітовий консенсус, що сформувався стосовно багатьох стандартів, які розуміють однаково, в галузі прав людини. Він пише: «Цей консенсус не є вираженням повної домовленості стосовно пріоритетів, які значною мірою мають культурні особливості та виявляються у деяких дискусіях з прав людини. Разом з тим ніхто не зможе стверджувати, що надалі можна буде сховатися за доктринами суверенітету, щоб ігнорувати авторитет цих стандартів»⁵. В українській доктрині на цю тему писав М. В. Буроменський: «Людство мало при-

¹ Нурумов, Д. И. Особенности формирования в международном праве норм защиты прав человека [Текст] / Д. И. Нурумов // *Международ. право.* – 2001. – № 5 – С. 138–151.

² Sieghart, P. *The Lawful Rights of Mankind* [Text] / P. Sieghart. – N.Y., U.S.A. : Oxford University Press, 1986; printed in Great Britain by Richard Clay (The Chaucer Press) Ltd. – P. 60–62.

³ Мірошніченко, О. А. Право людини на життя (теорія та практика міжнародного співробітництва) [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. А. Мірошніченко. – Х., 2005. – 18 с.

⁴ Див., напр.: Аннан, К. Сохранились ли у нас всеобщие ценности? [Текст] / К. Аннан // *Международ. публич. и част. право.* – 2004. – № 1. – С. 5–7; Гусейнов, А. А. О чем мы говорим, когда говорим о диалоге цивилизаций [Текст] / А. А. Гусейнов // *Международ. право.* – 2008. – № 3. – С. 34–43; Жданов, Н. В. Исламская концепция миропорядка [Текст] / Н. В. Жданов. – М. : *Международ. отношения*, 2003. – С. 355–357; Скачков, А. С. Диалог между культурами и цивилизациями. Альтернатива силовому сценарию [Текст] / А. С. Скачков // *Международ. жизнь.* – 2007. – № 7–8. – С. 144–151; Engle, K. Culture and Human Rights: The Asian Values Debate in Context [Text] / K. Engle // *New York University Journal of International Law & Politics.* – 2000. – Vol. 32, № 2. – P. 291–333.

⁵ Miller, L. H. *Global Order. Values and Power in International Politics* [Text] / L. H. Miller. – 4th ed. – U.S.A., Westview Press, A Member of Perseus Books, L.L.C., 1998. – P. 191.

йти і прийшло до необхідності загальноцивілізаційного розуміння демократії. Саме це розуміння, що жодною мірою не ображає і не ущемляє національні й релігійні почуття народів, проникає в міжнародне право»¹. І далі: «Наскільки вірно те, що демократична традиція не далека всім культурам, настільки ж істотна функція міжнародного права, завдяки якій ця традиція зберігається та відбивається в сучасному її розумінні. Тому не буде перебільшенням говорити, особливо стосовно демократичної традиції в міжнародному праві, що це право відбиває інтереси всього людства»².

Разом з тим слід зазначити, що проблематика *прав* людини тісно переплетена з проблематикою *обов'язків* людини. Остання, на відміну від першої, тільки одержує обґрунтування у вітчизняній доктрині. Але вже зараз можна констатувати, що фахівці обґрунтовують її юридичну природу в релігійних і моральних почуттях людини, які мають загальний характер. Так, Г. М. Вельямінов і В. С. Семенов, які одними з перших звернули свою увагу на тему обов'язків людини в міжнародному праві, зазначали: «Показово, що саме обов'язки кожної людини становлять ядро будь-яких божественних заповідей, будь то одкровення Мойсея, Будди, Христа, Мухаммеда, і на таких одкровеннях ґрунтується вся загальнолюдська мораль. Тих же висновків та ідей доходять і великі моралісти – Кант, Марк Аврелій, Толстой, Торо й ін. Увесь світ підлеглий одному закону, і у всіх розумних істотах єдиний розум – стверджував ще Марк Аврелій. „Основа всіх вір та сама”, – пише Л. М. Толстой. Здивування й преклоніння викликає те, що моральний імператив – рівний закону, первісно поданий різними вустами й у різних краях землі, всупереч, здавалося б, цьому, в основах своїх єдиний, виходить з очевидністю з одного загального Джерела»³. Підбиваючи підсумки своїх міркувань, учені пропонують прийняти Хартію Добра, яка, за їх словами, «могла б стати зводом глобальних фундаментальних цінностей на протигагу регіональному або іншому соціально-обмеженому фундаменталізму всіх видів. Це був би не черговий звід прав людини, але кодекс її фундаментальних обов'язків перед Богом, людьми і самою собою»⁴.

¹ Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монография / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – С. 117.

² Там само.

³ Вельяминов, Г. М. Бог и право (много- или однополярный мир?) [Текст] / Г. М. Вельяминов, В. С. Семёнов // Моск. журн. междунар. права. – 1999. – № 3 (35). – С. 31.

⁴ Там само. – С. 39.

Про важливість обов'язків людини пише Е. Л. Кузьмін. Він указує на становлення нової концепції прав людини, «основаної на російській духовній традиції, яка припускає поєднання свободи з відповідальністю та не допускає вседозволеності¹». Учений у зв'язку з цим підкреслює, що «багато моральних орієнтирів лягли в основу базових принципів міжнародного права, які формувалися протягом тривалого часу, – імперативних норм»².

Вивченню обов'язків людини в конституційному праві України присвятив свою монографію Л. І. Летнянчин. Він довів, що багато конституційних обов'язків людини й громадянина виступають як морально-правові вимоги суспільства і держави до поведінки громадянина у відповідних сферах життя та орієнтуються на міжнародно-правові стандарти в галузі прав людини³. Л. І. Летнянчин, зокрема, робить висновок про те, що «складовою характеристики юридичної природи основних обов'язків є те, що вони являють собою морально-етичні вимоги суспільства до людини спрямувати свою поведінку в русло суспільно необхідних вимог, узгоджувати її з інтересами інших людей»⁴.

Концепція прав людини і постановка проблеми про обов'язки людини за своїм значенням наповнення є повністю застосовними до питань юридичного захисту будь-яких інших суб'єктів міжнародного права (держав, національно-визвольних рухів, державоподібних утворень, міжнародних організацій). Як і щодо людини, основні права цих суб'єктів покликані забезпечувати їх недоторканність, мирне співіснування, право вільно визначати свою політику на міжнародній арені, будувати справедливі та взаємовигідні відносини між собою.

У міжнародній практиці й теорії міжнародного права вже здійснювалися спроби сформулювати перелік прав і обов'язків держав. На регіональному рівні 26 грудня 1933 р. прийнято Міжамериканську конвенцію про права та обов'язки держав. У рамках ООН Комісією міжнародного права був підготовлений проект Декларації прав і обов'язків держав, який у 1949 р. Генеральна Асамблея своєю резолюцією 375 (IV) винесла на розгляд держав – членів ООН. Проект не

¹ Кузьмин, Э. Л. Международное право на распутье [Текст] / Э. Л. Кузьмин // *Международ. жизнь.* – 2007. – № 7–8. – С. 131.

² Там само. – С. 132.

³ Летнянчин, Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики [Текст] : монографія / Л. І. Летнянчин. – Х. : Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. – С. 7–31.

⁴ Там само. – С. 21.

прийнятий і дотепер. Серед доктринальних розробок з даної проблеми слід назвати проект Кодексу основних прав і обов'язків держав, підготовлений групою російських учених¹.

На підставі зазначених документів можна виділити такі права держав: на суверенну рівність у відносинах з іншими державами; на незалежність, територіальне верховенство й вільне здійснення всіх своїх прав; на співробітництво; на індивідуальну й колективну самооборону та ін. Цим правам кореспондують обов'язки: поважати суверенітет інших держав; не втручатися у справи, що входять у внутрішню компетенцію інших держав; поважати територіальну цілісність і недоторканність інших держав та ін.

Незважаючи на те, що права й обов'язки держав не одержали втілення на універсальному рівні в нормах міжнародного позитивного права, вони повністю реалізували себе в загальному звичаєвому міжнародному праві. Наприклад, Міжнародний суд Організації Об'єднаних Націй у справі *про військову та напіввійськову діяльність (Нікарагуа проти США, 1996 р.)* після докладного аналізу дійшов висновку про існування таких універсальних міжнародно-правових звичаїв: заборона використовувати силу та право на самооборону; принцип невтручання у внутрішні справи інших держав; право на колективні контрзаходи у відповідь на збройне втручання; державний суверенітет². У справі *про нафтові платформи (Іран проти США, 2003 р.)* Суд підтвердив існування міжнародно-правового звичаю щодо права на самооборону та розвинув його зміст³.

Наведена дискусія цілком виразно вказує на існування у сучасних народів (держав, суспільств), які мають іноді досить значні культурні розходження, низки єдиних морально-ціннісних орієнтирів. Їх встановлення й визнання за ними універсальності вимагало тривалої практики міжнародних відносин на будь-яких рівнях (від міжособистісного до міждержавного). У міжнародному праві ці орієнтири можуть мати різні втілення: міжнародно-правовий звичай, міжнародний договір, резолюція міжнародної міжурядової організації. Однак найбільш стабільною формою їх зовнішнього вираження, що узагальнює практику,

¹ Див.: Кодекс основных прав и обязанностей государств (проект) [Текст] // Моск. журн. междунар. права. – 1996. – № 4. – С. 179–186.

² Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986 [Text] // I.C.J. Reports, 1986. – Paras. 187–201, 202–209, 210–211, 212–214.

³ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran/United States of America), Judgment of 06 November 2003 [Text] // I.C.J. Reports, 2003. – Paras. 51, 74, 76.

надає їй міцності й оберігає від непередбачуваних змін, може бути тільки звичай міжнародного права, який не можна змінити миттєво на догоду будь-чийм швидкоплинним інтересам.

Таким чином, правова природа міжнародно-правових звичаїв має глибоку природно-правову основу. Її стрижнем є визнання ідентичності й загальності людської природи, що виявляється в наявності єдиної нормативної свідомості людства, яка відбиває природні потреби людської цивілізації в цілому й кожної людини окремо у своєму збереженні та 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, забезпечують потреби суспільства в мирному й прогресивному розвитку та розкриваються в змісті філософсько-правових категорій свободи, рівності та справедливості.

Формування міжнародно-правових звичаїв

3.1. Практика та *opinio juris* – основні елементи міжнародно-правових звичаїв

Процес формування норм міжнародного звичаєвого права характеризується важливою особливістю, а саме відсутністю попередньо встановлених формальних процедур, які б чітко регламентували порядок створення цих норм. У зв'язку з цим багато фахівців, які так чи інакше торкаються питань міжнародного звичаєвого права, вважають за потрібне докладно обговорювати умови (фактори, критерії, елементи, ознаки), що, на їх думку, є необхідними для кваліфікації того чи іншого правила поведінки, яке склалося у міжнародних відносинах, як юридично обов'язкового.

На сьогоднішній день основні умови міжнародного звичаєво-правового нормоутворення вважаються виділеними. Більшість фахівців виходять зі змісту формулювання п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, яким визначено «міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Незважаючи на відомі труднощі, викликані некоректністю формулювання¹, на його основі виокремлюють два основних елементи міжнародно-правового звичаю: власне *практику* та *opinio juris sive necessitatis* (переконаність у правомірності або необхідності). Перший являє собою об'єктивну (матеріальну) сторону звичаю, другий – суб'єктивну (психологічну).

Міжнародний суд підтвердив свою позицію стосовно головних елементів міжнародно-правового звичаю в низці своїх рішень. Так, у п. 77

¹ Так, І. І. Лукашук зазначає: «Що ж стосується формули Статуту Міжнародного суду, то в ній міжнародний звичай кваліфікується як доказ практики, визнаної правовою нормою. Виходить, що одна норма є доказом іншої норми... Аналізуючи формулу Статуту міжнародного суду, зазначають її нелогічність, яка полягає насамперед у тому, що перевернуто логічний зв'язок явищ, „оскільки саме загальна практика, прийнята як право, утворює свідчення звичаєвої норми”» (див.: Лукашук, І. І. Норми міжнародного права в міжнародній нормативній системі [Текст] / І. І. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 218).

рішення у справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.) Суд указав, що «не тільки відповідні акти (acts) ведуть до встановлення практики, але вони також мають бути такими або мають здійснюватися таким чином, щоб могли бути доказом норми права, яка вимагає цього. Необхідність у такій вірі (belief), тобто наявність суб'єктивного елемента, мається на увазі в самій ідеї (notion) *opinio juris sive necessitatis*»¹. У пункті 27 рішення у справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, 1985 р.) Суд заявив про необхідність пошуку доказів наявності двох основних елементів звичаю як про цілком зрозумілі речі, що не потребують яких-небудь пояснень: «Звичайно, вже стало аксіомою, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у реальній практиці та *opinio juris* держав, навіть якщо багатосторонні конвенції відіграють важливу роль у фіксації й визначенні норм, що походять від звичаїв або розвивають їх»². У пункті 183 рішення у справі про військову та напіввійськову діяльність в і проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США, 1986 р.) Суд зазначив: «Беручи до уваги цей висновок, наступне, що повинен зробити Суд, це розглянути питання про норми звичаєвого міжнародного права, які можуть бути застосовані до цього спору. Для цієї мети він має сфокусувати свою увагу на практиці та *opinio juris* держав»³.

Повне переконання в найбільшій поширеності такого підходу демонструють Нгуен Куок Динь, П. Дайє і А. Пеле. Вони заявляють: «Зрозуміло, усі згодні з тим, що звичаєво-правовий процес може бути здійсненим тільки завдяки сполученню двох факторів. Як указував Міжнародний суд, сутність звичаєвого міжнародного права слід шукати насамперед у фактичній практиці й у правовому мисленні держави...»⁴. Про це ж, по суті, пише І. І. Лукашук: «Практично в усіх концепціях міжнародно-правового звичаю центральне положення посідають два елементи: практика й визнання за сформованим у практиці правилом юридичної сили (*opinio juris*). Власне

¹ North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark & Netherlands), Judgment of 20 February 1969 // I.C.J. Reports, 1969. – P. 45.

² Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985 // I.C.J. Reports 1985. – P. 29–30.

³ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 97.

⁴ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр.: [у 2 т.] / Нгуен Куок Динь, Патрик Дайє, Алэн Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1 : кн. 1.: Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 192.

кажучи, трактування цих елементів і їх співвідношення визначає суть концепцій звичаю і їх правові наслідки»¹. Таку ж позицію зайняв Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створений у рамках Асоціації міжнародного права, – у своїй остаточній доповіді він виділяє й докладно аналізує тільки два вищевказаних елементи міжнародно-правових звичаїв². Р. Бернхардт (R. Bernhardt) зазначає, що державна практика, поєднана з *opinio juris vel necessitates*, уже довгий час становить два елементи звичаєвого міжнародного права. «Це, – пише він, – дотепер домінуюча точка зору в практиці держав, літературі та судових рішеннях»³. Він також звертає увагу на те, що «елементи, що становлять звичаєве право, схожі у всіх правових системах, оскільки практика та *opinio juris* розглядаються як необхідні для існування зобов'язуючих звичаєвих норм»⁴.

Певна річ, існування загальноприйнятої позиції стосовно умов формування звичаїв у міжнародному праві не може й не повинне виключати інших точок зору, однак, як вбачається, більшість із них у своїх основних рисах може бути об'єднана в рамках зазначених елементів. Наприклад, елементи звичаїв, які виділяв Г. І. Тункін, – повторення, тривалість («елемент часу»), безперервність – сам же вчений об'єднав поняттям практики⁵. Три з чотирьох ознак («реквізитів») звичаю, які виділяє Я. Броунлі, безпосередньо стосуються розкриття змісту об'єктивного елемента – практики: «тривалість існування практики», «однаковість, постійність практики», «загальний характер практики». Четвертий «реквізит» – «*opinio juris et necessitates (переконаність у правомірності й необхідності)*»⁶.

¹ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М.: Спарк, 1997. – С. 221.

² International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 13–42 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

³ Bernhardt, R. Customary International Law [Text] / R. Bernhardt // Encyclopedia of Public International Law / ed. by R. Bernhardt. – Vol. 1. – North-Holland et al.: Elsevier Science Publishers, 1992. – P. 899.

⁴ Ibid. – P. 898.

⁵ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 99–101.

⁶ Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 28–33.

У тому ж «ключі» пише М. В. Буроменський. Він прямо вказує, що виділювані ним критерії міжнародного звичаю змістовно тільки витлумачують основні два, зазначені у Статуті Міжнародного Суду: «Визначення міжнародно-правового звичаю наводиться у ст. 38 Статуту Міжнародного суду і свідчить про те, що звичай формується у практиці міжнародного спілкування. Для того щоб була визнана наявність звичаю, потрібне дотримання низки умов, які підтверджують існування практики, що визнається як правова норма: відносної тривалості практики, її ідентичності, загального характеру практики, її правомірності»¹.

В. Г. Буткевич вважає, що «для підтвердження наявності міжнародного звичаю, як правило, указують на три головних фактори: а) міжнародна практика (прецеденти); б) *opinio juris sive necessatis* – думка, що визнає цю практику (прецеденти) за юридичну норму; в) фактор часу (тривалість застосування)»².

Також три елементи міжнародно-правового звичаю (практика, *opinio juris* і елемент часу) виділяє А. Кассезе (A. Cassese)³. При цьому перші два він називає «фундаментальними» (fundamental), а стосовно третього вказує: «Відверто кажучи, елемент часу (time element) у формуванні звичасвих норм може змінюватися залежно від обставин справи й інтересів держав на цей момент. Що, однак, однозначно має значення, так це те, щоб були в наявності два вищевказаних елементи, а саме суб'єктивний елемент (переконавання в тому, що новий стандарт поведінки є необхідним або вже обов'язковим) і об'єктивний елемент (тобто поширена державна практика)»⁴.

Тут потрібно зазначити, що без фактора (елемента) часу існування ані практики, ані *opinio juris* як якихось відособлених від тимчасових рамок елементів звичаю неможливо. Фактор часу органічно властивий їм. Безумовно, він «може змінюватися залежно від обставин справи», але разом з тим це не означає, що ним можна зневажати й повністю виключити з процесу формування звичасвої норми. Аналіз показує, що спроби звести його до мінімуму (у зв'язку з чим у доктрині міжнародного права виникла теорія «моментальних звичаїв») більшою мірою

¹ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 46.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підруч. / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 121, 122.

³ Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 157–160.

⁴ Ibid. – P. 158.

мають характер наукових гіпотез, на мій погляд, досить віддалених від реального життя¹.

Три ознаки міжнародного звичаю, які розрізняє С. В. Черніченко («загальність визнання, однаковість застосування, визнання як юридично обов'язкового правила (*opinio juris*)»²), також є розвитком двох основних і тому можуть бути ними охоплені. Як вбачається, учений дещо штучно розділив перший і третій елементи. Визнання, якщо суворо додержуватися положень п. 1 (б) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, від змісту якого у своїх міркуваннях відштовхувався і сам С. В. Черніченко, саме і є «загальним». Зауважу, що деякі труднощі в тлумаченні слова «загальний», дійсно, мали місце й у зв'язку з діяльністю Міжнародного суду й у доктрині. Вони стосувалися партикулярних (насамперед, двосторонніх) звичаїв. Але вони не призвели до відмови від характеристики звичаїв як норм «загальних», а тільки уточнили зміст даного слова в контексті міжнародного звичаєвого права³.

Винятковою спробою повністю відійти від загальноприйнятих уявлень про структуру міжнародно-правових звичаїв стала концепція американського юриста-міжнародника А. Д'Амато (A. D'Amato)⁴ (якої він, до речі, дотримується дотепер⁵). Проте детальний аналіз його концепції значною мірою дозволяє піддати сумніву її «абсолютну унікальність», що водночас зовсім не виключає очевидних заслуг дослідника в тому, що він привернув увагу науковців до низки нагальних проблем, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням двох основних загальновизнаних елементів⁶.

¹ Див. розділ 3.3 цієї монографії.

² Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черничко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 83.

³ Див. розділ 4 цієї монографії.

⁴ D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. – P. 74–87.

⁵ Див., напр.: D'Amato, A. The Concept Of Special Custom In International Law [Text] / A. D'Amato // 63 American Journal of International Law (1969) Code A69b – P. 211–223; D'Amato, A. Trashing Customary International Law [Text] / A. D'Amato // American Journal of International Law. – Vol. 81. – 1987. – No.1 – P. 101–105; D'Amato, A. Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms [Text] / A. D'Amato // Georgia Journal of International and Comparative Law. – Vol. 25. – Fall, 1995 / Winter, 1996. – P. 47–98; D'Amato, A. Customary International Law: A Reformulation [Text] / A. D'Amato // International Legal Theory. – Vol. 4. – 1998. – P. 1–6.

⁶ У вітчизняній літературі про концепцію А. Д'Амато див.: Щёкин, Ю. В. Качественный и количественный элементы международного-правового обычая у А. Д'Амато [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – X. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80. – С. 188–196.

Серцевиною концепції А. Д'Амато є виокремлення «якісного» і «кількісного» елементів міжнародно-правових звичаїв замість загальноприйнятих об'єктивного (практики) і суб'єктивного (*opinio juris*).

Найбільшу увагу вчений приділяє розгляду першого – «якісного» (*qualitative*) елемента, інакше названого «формулюванням» або «визначенням» (*articulation*)¹ норми міжнародного права². Цей елемент, на його думку, має прийти на зміну *opinio juris*. Але всі його подальші міркування про те, яким вимогам повинен відповідати запропонований елемент (*правомірність (legality)*); тлумачення правомірності тільки з позиції міжнародного, а не внутрішнього права; при пасивній поведінці держави вказівка у формулюванні на його юридичну обов'язковість; необхідність для держави, що діє або утримується від дій, бути мотивованою в тому, щоб знати формулювання юридичної норми), не залишає сумнівів, що мова йде саме про суб'єктивний елемент звичаю. Заслуга вченого полягає в тому, що він акцентував увагу на деяких проблемних питаннях, що стосуються *opinio juris*³.

Схожий збіг спостерігається і стосовно другого елемента, запропонованого А. Д'Амато, – «кількісного» (*quantitative*) елемента, інакше він його називає «дія» (*act*)⁴. У цьому випадку вчений указує на необхідність реального втілення в життя якісного елемента (формулювання), чим цілком виразно торкається проблем тлумачення іншого загальновизнаного елемента міжнародно-правового звичаю – практики, і особливо – проблем її відмежування за змістом від іншого елемента – *opinio juris*⁵.

Своєрідним підтвердженням широкого визнання формування міжнародно-правових звичаїв на основі двох взаємозалежних елементів – об'єктивного і суб'єктивного – можуть служити спроби змоделювати процес утворення звичаєвої норми математично, що набули за

¹ З приводу термінології зазначу, що, на мій погляд, точнішим у даному контексті перекладом з англійської терміна «articulation» будуть «формулювання» або «визначення», оскільки мова йде про чіткий, ясний, зрозумілий для всіх учасників міжнародного правотворчого процесу, зміст звичаєвих норм. У зв'язку з цим варіанти перекладу – «проголошення», «характеристика», запропоновані Г. М. Даниленком, є менш вдалим (див.: Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 104–105).

² D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. – P. 74–87.

³ Докладн. аналіз див. розділ 3.1.1 цієї монографії.

⁴ D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. – P. 87–98.

⁵ Докладн. див. підрозділ. 3.1.2 цієї монографії.

останнє десятиліття великої популярності¹. Незважаючи на деякі термінологічні розбіжності (які, наприклад, можуть полягати у тлумаченні *opinio juris* з позиції вигідності або невикладності участі в утворенні того або іншого звичаю; адже вирішення питання про вигідність, безсумнівно, також є виявом особистого (внутрішнього, психологічного) ставлення суб'єкта), в основі моделювання лежать ті ж самі основні елементи – практика й *opinio juris*².

Виходячи з вищевказаних міркувань, подальший розгляд проблем формування звичаєвих норм сучасного міжнародного права буде здійснюватися, головним чином, у руслі вивчення різних питань взаємодії основних елементів міжнародно-правових звичаїв – об'єктивного (практики) і суб'єктивного (*opinio juris*).

3.1.1. Проблеми розмежування смислового змісту практики та *opinio juris*. Практика як фактична підстава міжнародно-правових звичаїв

Розмаїття підходів до тлумачення основних елементів міжнародно-правового звичаю свідчить про те, що їх відмінності не є настільки очевидними, як це може здатися на перший погляд. Суть існуючих протиріч

¹ Див., напр.: Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1113–1177; Goldsmith, J. L. The Limits of International Law [Text] / J. L. Goldsmith, E. A. Posner. – N.Y. : Oxford University Press Inc., 2005. – 262 p.; Guzman, A. T. Saving Customary International Law (final type) [Text] / A. T. Guzman // Michigan Journal of International Law. – Spring 2006. – Vol. 27, № 1. – P. 1–62; Swaine, E. T. Rational Custom [Text] / E. T. Swaine // Duke Law Journal. – 2002. – Vol. 52. – P. 559–627; Trachtman, J. P. The Customary International Law Supergame [Електронний ресурс] / J. P. Trachtman, G. Norman // ExpressO Preprint Series. – 2004. – Paper 241. – 51 p. – Режим доступу: <http://law.bepress.com/expresso/eps/241>; Parisi, F. The Formation of Customary Law [Електронний ресурс] / F. Parisi // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper No. 01-06. – 2001. – 39 p. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262032; Fon, V. Stability and Change in International Customary Law [Електронний ресурс] / V. Fon, F. Parisi // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper No. 03-21. – 2003. – 31 p. – Режим доступу: http://ssrn.com/abstract_id=399960 та ін.

² У вітчизняній літературі аналіз цих концепцій див.: Щёкин, Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр [Text] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законности. – X. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 114–122; Щёкин, Ю. В. Формирование международно-правовых обычаев с позиции методологии либерально-экономического анализа международных правоотношений (на примере концепции В. Фона и Ф. Паризи) [Text] / Ю. В. Щёкин, С. В. Поляков // Пробл. законности. – X. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 86. – С. 176–185.

полягає у тлумаченні поняття практики, що формує норми міжнародного звичаєвого права. Можна сказати, що ці протиріччя зводяться до двох точок зору. Відповідно до першої, серед прихильників якої можна виділити А. Д'Амато, К. Волфке, Дж. Голдсмита, Д. П. О'Коннелла, Е. Познера, Б. Стерн, Х. Тирлвея, до практики належать тільки фактичні дії суб'єктів міжнародного права. Відповідно до другої – крім фактичних дій, практика включає офіційні позиції держав, міжнародних організацій, національно-визвольних рухів, виражені в різних документах. Цю позицію підтримують Е. Х. де Аречага, В. Г. Буткевич, П. Дайє, Г. М. Даниленко, М. Діксон, Р. Мюллерсон, І. І. Лукашук, І. П. Лукін, П. Маланчук, Нгуен Куок Динь, А. Пеле, Г. І. Тункін, Л. Р. Шаммасова, І. А. Ширер. Її ж зайняв Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створений у рамках Асоціації міжнародного права у складі двадцяти семи осіб (далі – Комітет із загального звичаєвого права).

Відмінності у тлумаченні об'єктивного елемента прямо впливають на розуміння суб'єктивного елемента. Багато з тих, хто дотримується другої, більш широкої точки зору на практику, як правило, схильні недооцінювати значення *opinio juris*. Причому ця недооцінка найчастіше простирається аж до постановки питання у досить радикальному плані: чи потрібний суб'єктивний елемент узагалі?

У вітчизняній доктрині такого висновку дійшов Г. М. Даниленко. Він, зокрема, зазначав: «Оскільки як створення правила поведінки, так і його визнання як юридично обов'язкової норми здійснюється безпосередньо актами, що входять у практику, то є підстави для твердження, що в принципі міжнародний звичай має лише один конститутивний елемент, а саме практику держав (виділене мною. – Ю. Щ.). Звичасве право є продуктом практики, і тільки практики»¹.

Інші фахівці хоча й не висловлювалися так однозначно, проте досить виразно демонстрували підтримку такої позиції. Так, Нгуен Куок Динь, П. Дайє та А. Пеле, розглядаючи значеннєвий зміст поняття «поведінка» суб'єктів міжнародного права, що формує матеріальний зміст звичаю (практику), зазначають: «Під *поведінкою*... слід мати на увазі не тільки позитивні або негативні види поведінки, але також і будь-яке вираження думки щодо доцільності або законності вчинків інших суб'єктів міжнародного права»². Далі вчені навели види поведінки, що

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 65.

² Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр.: [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 194.

утворюють практику: а) акти держави (заяви, дипломатична пошта, інструкції, що направляють дипломатам, висловлювання урядових посадових осіб у ході міжнародних судових процесів і в рамках міжнародних організацій, законодавчі й адміністративні акти держав, міждержавні акти); б) акти міжнародних органів (рішення міжнародних судів та арбітражів, внутрішня практика організацій, резолюції з предмета діяльності міжнародних організацій»¹.

Подібним чином розмірковує І. І. Лукашук. Спочатку він пише: «Практика означає дію або утримання від дій суб'єктів, їх органів. Це – поведінка суб'єктів, у процесі якої формується практика – норма міжнародного права»². І далі, характеризуючи саму поведінку, яка становить практику, він підкреслює, що «для встановлення звичаю все більшого значення набувають такі форми практики, в яких позиція суб'єктів виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»³.

В. Г. Буткевич характеризує практику головним чином через форми її зовнішнього вираження: заяви держав щодо їх позиції з тієї або іншої проблеми, протести, дотримання або ігнорування певних правил, прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних та виконавчих органів і т. ін.⁴

Такої ж думки дотримується І. А. Ширер (I. A. Shearer). Він вважає, що звичаєві норми кристалізуються з узвичаєнь (usages) або практики, що розвивається з: а) дипломатичних зносин між державами, виражених в актах або деклараціях представників держав, думках юридичних консультантів, двосторонніх договорах, прес-релізах і т. ін.; б) практики міжнародних органів, реалізованої за допомогою або власної поведінки (conduct), або через прийняття декларацій; с) законів держав, рішень державних судів, практики державних військових або адміністративних органів⁵.

По суті, тим же шляхом пішов і Комітет із загального звичаєвого права, який навів розуміння практики як об'єктивного елемента між-

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр.: [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 194–196.

² Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [Текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 74.

³ Там само. – С. 75.

⁴ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 122.

⁵ Shearer, I. A. *Starke's International Law* [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 32, 33.

народно-правового звичаю через перерахування її виявів: усні акти, а не тільки фізичні акти (*verbal acts, and not only physical acts*) держав; у відповідних обставинах упушення (*omissions*); акти фізичних осіб (*individuals*), корпорацій і т. ін., якщо вони здійснювалися за згодою держави; акти територіальних державних утворень, що не мають самостійної міжнародної правосуб'єктності, якщо вони були здійснені від імені держави або були схвалені нею; практика виконавчих, законодавчих і судових органів держави; практика міжнародних судів і трибуналів (оскільки свої повноваження вони, зрештою, отримують від держав); практика міжнародних міжурядових організацій (див. п. 4–11 доповіді)¹. Комітет підтримав ідею про першорядність практики у створенні міжнародно-правових звичаїв. *Opinio juris* у його доповіді поданий як такий елемент звичаю, що у ряді випадків просто важко ігнорувати. Наприклад, у п. 4 попередніх зауважень до частини III доповіді, присвяченої суб'єктивному елементу, Комітет підкреслив, що більшість його членів згодні з таким: там, де існуюча практика задовольняє умовам, викладеним у частині II («Об'єктивний елемент: державна практика»), і не покривається хоча б одним із винятків, зазначених у п. 17 (частина III), необхідності доводити наявність *opinio juris* немає².

Висновку про необхідність найширшого тлумачення практики дійшов П. Маланчук: «Отже, кращим поглядом виявляється такий, що практика держав складається не лише з того, що держави роблять, але й з того, про що вони кажуть»³. Його думка особливо цікава тим, що у своїх міркуваннях він прямо акцентував увагу на ролі та співвідношенні між собою «слів і справ держав» у формуванні міжнародно-правових звичаїв. Однак, на жаль, висновок ученого не ґрунтувався на глибокому аналізі проблеми. Для нього здалося достатнім, по-перше, послатися на два судових рішення (рішення Міжнародного суду ООН у спорі між Великою Британією та Ісландією (1974 р.) і рішення Нюрнберзького трибуналу 1947 р. у частині, що стосується визнання злочином агресивної війни), які, втім, прямих підтверджень позиції П. Маланчука не містили⁴. І по-друге, як аргумент учений зазначив, що «практика держав охоплює також бездіяльність; багато норм між-

¹ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 13–20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

² Там само. – P. 31.

³ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 80.

⁴ Там само.

народного права забороняють державам вчиняти певні дії, і при доказі такої норми слід дивитися не лише на те, що держави роблять, а й на те, чого вони не роблять»¹.

М. Діксон (M. Dixon) вважає, що будь-яка спроба визначити поняття «державна практика» майже завжди буде неповною. Як загальний підхід він пропонує включати в практику «фактичну діяльність (дії й утримання [від них]), заяви, зроблені стосовно конкретних ситуацій або спорів, зроблені абстрактно заяви про правові принципи, такі як ті, що передували прийняттю резолюцій Генеральною Асамблеєю, національне законодавство та практику міжнародних судових організацій»².

Досить суперечливу позицію з досліджуваного питання зайняла сучасний російський фахівець Л. Р. Шаммасова. З одного боку, вона зазначає про наявність неясності та двозначності у традиційному, «широкому», розумінні об'єктивного (як вона пише, «першого») елемента міжнародно-правового звичаю. На її думку, значеннєвий зміст, що вкладається зараз у цей елемент, відповідає поняттю «„практика в широкому сенсі“, на підставі якої робиться висновок про наявність *opinio juris*»³. У зв'язку з цим учена пропонує, по-перше, замінити термін «практика» поняттям «загальне правило поведінки»⁴ і по-друге, розмежовувати розуміння практики в широкому й вузькому сенсі. У поняття практики в широкому сенсі, як пише Л. Р. Шаммасова, «входять як акти, на підставі яких формулюється правило поведінки, так і акти, за допомогою яких здійснюється визнання такого правила поведінки, як юридично обов'язкової норми»⁵. Для того щоб звузити зміст поняття «практика», учена виокремлює з нього «другий елемент – *opinio juris*, пов'язаний саме з визнанням правила поведінки як правової норми». У результаті «практика» буде розглядатися вже у вузькому сенсі «як сформоване у взаємодії суб'єктів правило, якому вони визнають за краще слідувати, незважаючи на відсутність у нього юридичної чинності»⁶.

Однак, з другого боку, подальший хід міркувань Л. Р. Шаммасової, покликаний обґрунтувати такий поділ, повернувши її до вихідного,

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 81.

² Dixon, M. Textbook on International Law [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 28.

³ Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – С. 5.

⁴ Там само.

⁵ Там само. – С. 17.

⁶ Там само. – С. 17–18.

традиційного й найпоширенішого тлумачення об'єктивного елемента. Уже в наступному абзаці вчена заявляє, що «багато чого з того, чим вона (практика у вузькому сенсі. – Ю. Ш.) характеризується, може бути віднесене також і до практики в широкому сенсі»¹. Далі йдуть: а) вказівка на домінуючі у сучасних міжнародних відносинах суб'єкти міжнародного права – держави й міжнародні міжурядові організації (з наявністю інших суб'єктів практики формування міжнародно-правових звичаїв Л. Р. Шаммасова не погоджується²); б) такий висновок: «У поняття практики автор включає як фактичні дії держав, так і інші акти держав, у тому числі їх офіційні заяви, у такий спосіб не погоджуючись із думкою, що останні не формують практику (М. Фіцморис, А. Д'Амато) або не завжди формують її (Тирлвей)»³.

Досить суперечливою щодо цього питання також є позиція Р. Мюллерсона (R. Müllerson). Спочатку він демонструє чітке розуміння складності проблеми: «Що є практика? Чи складається вона тільки з «фактичних» дій, чи вона являє собою практику в широкому сенсі, яка включає дипломатичні акти, офіційні заяви голів держав, урядів і міністрів закордонних справ, які голосують в ООН, та інші аналогічні акти, що можуть бути названі дипломатичною практикою?»⁴.

Але далі вчений не пропонує ясного розмежування основних елементів звичаю за змістом. *Opinio juris*, у його розумінні, – це тільки один з аспектів практики держав. Він зазначає: «Що б держава не робила у міжнародних відносинах, усе це є державною практикою, яка має два аспекти: видима, заявлена, спостережувана поведінка держав (або інших суб'єктів) і їх суб'єктивне ставлення до цієї поведінки, яка може передаватися іншим державам за допомогою різних актів поведінки, що, у свою чергу, складають державну практику відмітного виду»⁵. Пояснення вченого, що відразу йде за цим твердженням, виглядає досить

¹ Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – С. 18.

² Вона пише: «Актори (видатні представники доктрини МП, міжнародні неурядові організації, внутрішньодержавні громадські організації і т. д.), які не є суб'єктами міжнародного права, можуть тільки опосередковано впливати на формування звичаю» (див.: Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – С. 18).

³ Там само.

⁴ Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law [Text] / R. Müllerson // International Law : Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy / Ed. by Karel Wellens. – The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – P. 161.

⁵ Ibid. – P. 165.

плутаним: «Звичайно, різні категорії державної практики можуть мати різну вагу в процесі формування звичаю. Як правило, значить більше те, що держави роблять, ніж те, що вони говорять, але, з іншого боку, принаймні в міждержавних відносинах, говорити – це теж робити»¹.

Не зрозуміло, на чому ґрунтується така впевненість. З ученим можна було б беззастережно погодитися, якби світова *фактична* практика міждержавних відносин переконувала в тому, що слова держав ніколи (або, принаймні, у переважній більшості випадків із принципових питань міжнародної політики) не розходяться зі справою. Не потрібно навіть наводити прикладів, щоб розуміти, що це не так. Здавна одне з головних завдань дипломатії будь-якої держави полягало в тому, щоб «прикрити» і «заговорити» її часто неправомірну поведінку на міжнародній арені. І чим далі вдається відвести загрозу притягнення до відповідальності від своєї держави, тим більше кваліфікованою і митецькою вважається робота дипломата.

Убачається, що таке занадто широке тлумачення практики не дозволяє виявити специфіку міжнародного звичаєвого нормоутворення. У ньому відсутня вказівка на особливі характеристики цього явища, які вирізнять його не тільки з-поміж інших міжнародно-правових джерел, а й взагалі з існуючих правових понять у рамках самого ж процесу утворення міжнародно-правових звичаїв.

Наприклад, І. А. Ширер звертає увагу читача на немаловажні відмінності в тлумаченні понять «звичай» і «узвичаснення»: «Терміни „звичай” і „узвичаснення” (usage) часто вживають як взаємозамінні. Точно кажучи, між ними існує певна технічна відмінність. Узвичаснення являє первинну стадію звичаю. Звичай утворюється там, де узвичаснення стає загальним. Узвичаснення – це міжнародна звичка діяти (an international habit of action), яка ще не отримала повного юридичного підтвердження»². Цю ж позицію він підтримує й далі, коли розглядає психологічний «аспект» звичаю, але потім, буквально в тому ж абзаці, різко змінює її: «У той же час *opinio juris* не є істотним (essential) елементом звичаю, але якщо він присутній, він є корисним (helpful) для відмежування звичаю від способу дії, що є наслідком довільного (arbitrary) вибору або з інших причин»³. В обґрунтування такої раптової зміни вчений посилається на рішення Постійної палати міжнародного правосуддя у *справі Лотоса* (1927 р.), у якому, за

¹ Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law [Text] / R. Müllerson // International Law : Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy / Ed. by Karel Wellens. – The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – P. 166.

² Shearer, I. A. Starke's International Law [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 31.

³ Ibid. – P. 34.

його словами, вказано на те, що «висновок про наявність *opinio juris* робиться на основі всіх обставин, а не тільки окремих актів, що становлять матеріальний елемент заявленої звичаєвої норми»¹.

Навряд чи можливо визнати таку позицію послідовною. «Корисність» психологічного елемента має не факультативний, а імперативний характер. Без нього «розсипається» вся нормативно-правова конструкція звичаю, оскільки зі зникненням *opinio juris* фактична соціальна практика «не піднімається» до рівня правової норми. Інакше кажучи, зникає значеннєве розмежування між цими поняттями. «Звичай» і «звичасення» у правовому розумінні стають термінами-синонімами. І витяг із рішення Постійної палати міжнародного правосуддя скоріше спростовує, ніж підтверджує позицію І. А. Ширера.

Широке тлумачення елемента практики веде до того, що зусилля юристів з пошуку доказів її наявності або відсутності спрямовуються і на з'ясування реальних подій, що мали місце на міжнародній арені, і на виявлення матеріальних закріплень результатів інтелектуальної праці офіційних представників держав, міжнародних організацій і національно-визвольних рухів. Але оскільки встановлення фактів завжди являє складний процес, що має чималі труднощі, пов'язані з пошуком і поданням доказів, неважко припустити, що в центрі уваги опиняються такі форми практики, як письмові й усні заяви, резолюції організацій, тексти міжнародних договорів, що набрали і не набрали чинності, і т. п. Власне, те ж стверджує І. І. Лукашук, торкаючись вимоги визначеності, яка висувається до практики. Він пише: «Проблема визначеності – одна з головних для звичаєвого права, що характеризується недостатньою чіткістю, розпливчастістю. У цьому одна з причин того, що при встановленні звичаю і визначенні його змісту все більшого значення набувають ті форми практики, у яких позиція держав виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»². Про це ж заявляє Комітет із загального звичаєвого права: «Усні акти, що означають здійснення [усних] заяв, а не фізичних дій, насправді являють більш поширені форми державної практики, ніж фізична поведінка (physical conduct)»³.

¹ Shearer, I. A. *Starke's International Law [Text]* / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 34.

² Лукашук, И. И. *Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст]* / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 223.

³ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. *Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000)* – P. 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

Така позиція викликає ряд заперечень. По-перше, за влучним висловом А. Д'Амато, «є фундаментальна різниця між тим, що ми як спостерігачі думаємо про те, що думає держава, і тим, що насправді держава думає або почуває або в чому вона переконана»¹. Так, держава офіційно може заявляти одне, а насправді діяти зовсім по-іншому. Держава на словах може засуджувати геноцид, але в конкретній ситуації буде відмовчуватися, ніяк не виявляючи своєї позиції. Тут можна повністю погодитися з Р. Мюллерсоном, що «є різниця, скажімо, між державою, яка проголошує право мирного проходу через територіальні води інших держав, з одного боку, і здійсненням такого проходу – з другого. Ця відмінність може навіть більше впадати в очі: голосування в Організації Об'єднаних Націй за засудження катувань – це різновид дипломатичної практики, однак вона значно відрізняється від практики багатьох держав, де катування практикуються»².

По-друге, як і раніше, залишається невирішеною проблема співвідношення всіляких офіційних заяв і фактичних дій держав та інших суб'єктів міжнародного права на міжнародній арені, які суперечать одна одній. На це звертають увагу, зокрема, Дж. Голдсміт (J. Goldsmith) і Е. Познер (E. Posner). Вони пишуть про існування «широко відомих труднощів» у традиційному тлумаченні практики. Указуючи на такі види практики, як політичні заяви, міжнародні договори, доктрину, резолюції Генеральної Асамблеї ООН, інші незобов'язуючі заяви, вони зазначають значну частку вибірковості в їх використанні³. Тому як один з основних компонентів для побудови математичних моделей міжнародних звичаїв Дж. Голдсміт і Е. Познер використали тільки фактичні дії держав⁴.

Слід особливо підкреслити, що широке тлумачення об'єктивного елемента значно дискредитує саму ідею формування міжнародно-правових звичаїв на основі реального життя, ідею невігаданості цих норм, ідею спонтанності в їх утворенні. У міркуваннях більшості вчених (у тому числі й членів Комітету із загального звичаєвого права), які під-

¹ D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – P. 73.

² Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law [Text] / R. Müllerson // International Law : Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy / Ed. by Karel Wellens. – The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – P. 161.

³ Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1117.

⁴ Див.: Ibid. – P. 1113–1177; Щёкин, Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законности. – X. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 114–122.

тримують широке тлумачення й одночасно із цим надають практиці особливого значення (аж до заперечення *opinio juris*), відбулася серйозна підміна понять, підміна змісту. Декларуючи першорядність практики, на перше місце вони ставлять не події реального життя, не ті фрагменти міжнародних відносин, що мали місце в дійсності й зберегли способи поведінки тих чи інших суб'єктів міжнародного права у виразно схожих між собою ситуаціях, а те, що ці суб'єкти, й не тільки вони, думають про ці події або, більше того, що вони думають про ті події, яких ніколи не було, але існує ймовірність, що коли-небудь вони відбудуться. Тому, власне кажучи, ці вчені не практиці надають особливо важливого значення, а *opinio juris* держав, причому в його найпримітивнішому розумінні – як формі ситуативного політичного реагування¹.

Ясна річ, кваліфікувати практику лише на підставі декларацій, заяв, міжнародних договорів, що набрали й не набрали чинності, різних дипломатичних документів набагато зручніше, простіше, менш трудомістко, ніж по крупицях збирати докази реальних фактичних діянь. Можна погодитися з тим, що такі документальні джерела можуть бути використані як докази, але вони не повинні бути єдиними або домінуючими при встановленні подій, що мали місце в дійсності, інакше бажане може бути видане за дійсне. Тому, приміром, навряд чи слід повністю поділяти оптимізм Е. Х. де Аречаги у зв'язку з «полегшенням доступу» до практики держав за допомогою їх «публічного опитування», до якого він відніс зауваження урядів по проектах Комісії міжнародного права, дебати в Шостому комітеті Генеральної Асамблеї ООН, заяви представників держав на міжнародних конференціях з кодифікації міжнародного звичаєвого права².

Недоліки занадто широкого тлумачення практики стають очевиднішими при дослідженні її якісних характеристик, розглянутих у літературі, – повторюваності, тривалості, загальності, безперервності, визначеності. Наприклад, Г. І. Тункін так міркував про повторюваність: «Звичаєва норма виникає в результаті повторюваних дій держав. Елемент повторення є вихідним моментом формування правила поведінки. У більшості випадків саме повторення певних дій в аналогічних ситуаціях може привести до закріплення такої практики як правила поведінки»³.

¹ Див. підрозділ 3.1.2 цієї монографії.

² Аречага, Э. Х. де, Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 43.

³ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 99.

Цілком очевидно, що, говорячи про повторюваність, Г. І. Тункін мав на увазі конкретні правовідносини сторін, які можуть полягати, наприклад, у наданні кредитів, гуманітарної допомоги, проведенні військово-політичних акцій, виробництві яких-небудь матеріальних благ і т. ін. Повторюваність буде характеризувати не кількість заяв держав (або організацій) про намір надати кредит або гуманітарну допомогу, а кількість цілком визначених фактів з надання кредитів або гуманітарної допомоги. Держава не заявляє офіційного протесту заради самих дій із заявлення протесту. Протест є формою вираження ставлення держави до певної ситуації, що склалася на міжнародній арені, до конкретних дій учасників міжнародних правовідносин. Так само й офіційні заяви, проголошені державами на засіданнях органів міжнародних організацій, під час міжнародних конференцій, робляться не заради самих заяв, а у зв'язку з конкретними подіями й діями (діями й бездіяльністю).

Міжнародний суд ООН у своїх рішеннях неодноразово підкреслював важливість саме реальної практики. Так, у рішенні у *справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, 1985 р.)* Суд прямо вказав: «Звичайно, уже стало аксіомою те, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у *фактичній* (actual) (виділено авт. – Ю. Щ.) практиці та *opinio juris* держав» (para. 27)¹. У рішенні у *справі про військову та напіввійськову діяльність (Нікарагуа проти США, 1986 р.)* Суд підкреслив, що «простого факту, що держави декларують своє визнання певних правил не достатньо для того, щоб Суд прийняв їх як частину звичаєвого міжнародного права і застосував їх як такий для цих держав» (para. 184)².

Об'єктивність (матеріальність) практики як елемента міжнародно-правового звичаю стосується реальних життєвих ситуацій, подій, які дійсно мали місце в міжнародному житті. Не випадково деякі вчені синонімом практики як елемента міжнародно-правового звичаю вживають слово «прецеденти»³.

¹ Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985 // I.C.J. Reports 1985. – P.29.

² Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Text] Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 97.

³ Див., напр.: Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 121; Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 81; Тускоз, Ж. Міжнародне право [Текст] : підручник [пер. з фр.] / Ж. Тускоз. – К. : АртЕк, 1998. – С. 204.

На те, що в міжнародному праві поняття «прецедент» має набагато ширше значення, ніж просто судові рішення, звертають увагу І. П. Блищенко і Ж. Доріа. Під прецедентом вони розуміють «вирішення того чи іншого конкретного питання міжнародних відносин у рамках і на основі міжнародного права будь-якими способами й засобами. Питання може бути вирішене міжнародним або національним судом, за допомогою переговорів або шляхом укладання договору»¹. З даного визначення випливає, що кожний прецедент пов'язаний із певними життєвими спорами, які виникли на міжнародній арені й були врегульовані на основі міжнародного права. Прецедент є результатом застосування абстрактних норм міжнародного права до вирішення реальних проблем міжнародних відносин.

Про важливість врахування фактичних дій держав говорить А. Д'Амато. Вважаючи, що виокремлення практики й *opinio juris* є не зовсім вдалим, він пропонує замість них такі елементи міжнародно-правового звичаю: а) «articulation of a rule of international law» («articulation») – формулювання норми міжнародного права (формулювання) і б) «act», що можна перекласти як «вчинок» або «дія»². Останній, на думку цього вченого, набагато краще виражає сутність матеріального елемента звичаю. А. Д'Амато зазначає: «Можливе існування безлічі суперечливих правил, але держава може діяти певним способом тільки один раз. Дія (act) є конкретною і, як правило, недвозначною. Після здійснення дії раніше сформульоване правило, що відповідає цій дії, знаходить життя як норма звичаєвого права, а ті правила, які суперечать йому, залишаються у сфері [політичних] спекуляцій. Дія держави є очевидною, реальною і значною; вона кристалізує політику й демонструє, яку з можливих норм права держава, що діє у певний спосіб, вирішила декларувати»³.

Д. П. О'Коннелл вважає, що «звичаєве право... у більшій частині складається з норм, викликаних фактичною практикою»⁴. Він указує на існування смислового розмежування між поняттями «практика» і «звичай». Учений зазначає, що «термін «практика» використовується для того, щоб визначити сукупність кроків, що формують право, тоді

¹ Блищенко, І. П. Прецеденты в международном публичном и частном праве [Текст] / И. П. Блищенко, Ж. Дориа. – 2-е изд., доп. – М.: Издат. МНИМП, 1999. – С. 11–12.

² D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – P. 73–98.

³ Ibid. – P. 87–88.

⁴ O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London : Stevens and Sons, 1970. – P. 6.

як термін «звичай» визначає право як таке. У цьому сенсі «практика» повинна відрізнятися від політики, що проводиться даною державою»¹. Учений вбачає усталений звичай тільки в тому випадку, «коли традиція діяти [певним чином] супроводжується переконанням, що їй необхідно слідувати з огляду на її значущість у розвитку міжнародного права... У цьому сенсі слово «практика» є описовим стосовно факту сукупності юридично значущих актів»².

Б. Стерн визначає міжнародний звичай як певний фактичний стан, якому надано значення права³. Вона ставить запитання: «Дійсно, що таке звичаєва норма, якщо немає певної фактичної ситуації, яка отримала певну кваліфікацію, певний суб'єктивний зміст: певну мотивацію виконавця дій, певну інтерпретацію [цих дій] іншими особами?»⁴.

У кожному разі, незалежно від того, який термін вживається – «практика», «прецеденти» або «дія», маються на увазі конкретні життєві обставини, що впливають на правовідносини сторін. У теорії права такі ситуації традиційно розглядають як *юридичні факти*. За визначенням О. Р. Дашковської, «юридичні факти – це конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, припинення або зміну правових відносин»⁵. Вона зазначає, що юридичні факти є необхідною матеріальною умовою виникнення правовідносин. Вони знаходять свій вияв у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу, прямо або опосередковано передбачені нормами права й викликають обумовлені юридичні наслідки⁶. На думку А. Чувакової, «у сучасному правознавстві під юридичними фактами розуміють конкретні соціальні обставини (події, дії, стани), що викликають згідно з нормами права настання певних правових наслідків – виникнення, зміну або припинення правових відносин»⁷. В. Г. Буткевич з цього питання зазначає, що «юридичні факти – це зовнішні для правовідносин елементи, які дають змогу встановити, коли такого роду правові

¹ O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London : Stevens and Sons, 1970. – P. 8.

² Ibid. – P. 9.

³ Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / B. Stern // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 89–90.

⁴ Ibid. – P. 101.

⁵ Загальна теорія держави і права [Текст] : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 345.

⁶ Там само. – С. 345–346.

⁷ Чувакова, А. Идентификация юридических фактов [Текст] / А. Чувакова // Юрид. вестн. – 2002. – № 3. – С. 82.

зв'язки виникають і припиняються – взагалі, чи є вони можливими і за яких обставин»¹.

Процес визнання якогось соціального факту юридичним органічно вплетений у процес формування норми міжнародного звичаєвого права. Тільки в нашому випадку на певному етапі, а саме на етапі формування міжнародно-правової звичаєвої норми, він має не правозастосовний, а правоутворюючий характер. У цьому головна відмінність, а вже після того, як відносно усталене правило поведінки набуває властивостей норми права (тобто стає загальновизнаним міжнародно-правовим звичаєм), воно одночасно із цим одержує здатність виступати як нормативний юридично обов'язковий зразок, необхідний для правозастосовної діяльності. Подальші соціальні відносини, які зачіпають предмет регулювання міжнародно-правового звичаю, що склався, будуть зіставлятися з ним.

Раніше в доктрині міжнародного права на правоутворюючі (а не тільки правореалізуючі) властивості юридичних фактів звертав увагу С. В. Черніченко. Він зазначав: «Зрозуміло, факт створення правової норми або факт виникнення певного суб'єкта, на якого норма починає поширювати свою дію, – теж юридичний факт»². У зв'язку із цим він розрізняв юридичні факти в широкому й вузькому розумінні. «Очевидно, – писав він, – юридичні факти слід підрозділяти, не заглиблюючись у їх докладну класифікацію, на факти, що стосуються виникнення (створення), припинення й взагалі дії правової норми, та факти в більш вузькому розумінні, що відкривають дорогу до реалізації існуючої правової норми»³. При цьому С. В. Черніченко підкреслював, що найчастіше поняття юридичного факту використовується саме у вузькому розумінні, тобто коли «уже існуюча норма пов'язує з тією або іншою життєвою обставиною юридичні наслідки»⁴. Разом з тим учений не став розвивати ідею «юридичних фактів у широкому сенсі», а обмежився тільки вказівкою на безперечне їх існування. Ми ж підемо далі.

Докладніше пояснити ідею правоутворюючих юридичних фактів у контексті формування міжнародно-правових звичаїв можна таким чином.

Як відомо, кожний юридичний факт має подвійний зміст. Одна його сторона являє собою конкретну життєву обставину, реальну подію або

¹ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 456.

² Черніченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. [Т. 1 : Современные теоретические проблемы] / С. В. Черніченко. – М. : НИМП, 1999. – С. 76.

³ Там само. – С. 77.

⁴ Там само.

дію, факт соціальної дійсності, соціальну ситуацію. За визначенням В. Б. Исакова, «соціальна ситуація – локалізований у просторі й часі фрагмент соціального життя, що характеризується якісною визначеністю свого змісту та відносно стабільним складом учасників»¹. В. М. Синюков визначає цю сторону юридичних фактів як «факт-явище»².

Інша сторона юридичного факту – це правова модель, яка закріплюється в різних актах компетентних органів, що надає явищам соціальної дійсності юридичного значення. Це «факт-модель», за термінологією В. М. Синюкова³. Він пише, що «факт-модель виступає юридичним відбиттям реального явища. З погляду змісту, факт-модель складається з юридичних ознак факту-явища»⁴. Інакше кажучи, у нормі права закріплюються (моделюються) конкретні життєві обставини (ситуації, події), з настанням яких для суб'єктів, що беруть участь у них, виникають певні заздалегідь передбачені юридичні наслідки.

Питання в тому, як створюється «факт-модель». Вона може з'явитися в результаті вольового (позитивістського) припису, що відбиває чий-небудь політичний інтерес. А може – в результаті глибоко усвідомленого правила поведінки, яке пройшло сито соціального відбору, необхідність існування якого стала загальновизнаною й навіть очевидною. У цьому випадку «факт-явище» прямо впливає на встановлення «факту-моделі», оскільки його соціальна цінність обґрунтована і доведена реальним застосуванням. Тому ефективність дотримання норми, яка вироблена другим шляхом, буде значно вище за ефективність дотримання норми, установленної першим шляхом. Хоча це, звичайно, зовсім не означає, що норма, установлена політично вольовим приписом, не може бути обґрунтованою та далекоглядною. Ідеальною (з погляду ефективності подальшого дотримання норми) вбачається ситуація, коли обидва шляхи привели до встановлення ідентичної за змістом правової норми.

Однак у цілому ж наявність самих соціальних ситуацій як «локалізованих у просторі й часі фрагментів соціального життя» є необхідною умовою формування міжнародно-правового звичаю. А. Чувакова зазначає, що «практичний сенс і наукова цінність вивчення юридичних

¹ Исаков, В. Б. Проблемы теории юридических фактов [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра. юрид. наук / В. Б. Исаков. – Свердловск : Б. и., 1985. – С. 14.

² Синюков, В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / В. Н. Синюков. – Свердловск : б. и., 1984. – С. 7.

³ Там само.

⁴ Там само.

фактів полягають у тому, що вони пов'язують право із соціальною реальністю, дозволяють відбити у правовій сфері або виключити з неї відповідні події або дії»¹. У розрізі нашої теми науково-практичні сенс і цінність вивчення соціальних фактів визначаються тим, що вони не тільки «пов'язують право із соціальною реальністю», а й (і це головне) формують право на підставі соціальної реальності. Сукупність певних соціальних ситуацій саме і являє собою ту соціальну практику, складову об'єктивну основу звичаєвого права (як міжнародного, так і внутрішньодержавного).

Так, об'єктивний елемент звичаєво-правового зобов'язання держав вирішувати свої міжнародні спори мирними засобами буде виявлятися не в заявах (офіційних і неофіційних) цих держав про важливість, необхідність, загальновизнаність цього неписаного правила поведінки на міжнародній арені, а в конкретних діях, спрямованих на вирішення спору саме в такий спосіб (переговорами, участю в процедурах примирення, зверненням до міжнародних судових органів тощо). Так само міжнародне звичаєво-правове зобов'язання з дотримання міжнародних договорів – *pacta sunt servanda* – у контексті практики як елемента міжнародно-правового звичаю – це реальне втілення положень цих договорів у життя, а не декларації або навіть односторонні юридично зобов'язуючі акти (наприклад, у формі прийняття національних законів) про необхідність так поводитись. Якщо норми національних законів, прийнятих на виконання норм міжнародних договорів, виявляються «не працюючими», вони не можуть розглядатися як практика, що формує зазначену звичаєву норму.

Різноманітні акти правотворчої і правозастосовної діяльності держав можуть належати до практики в такому вузькому розумінні тільки у двох випадках: або як безпосередня частина правила поведінки, що становить норму звичаю; або як докази наявності об'єктивного елемента.

На необхідність урахування такого розмежування цілком справедливо вказував Г. М. Даниленко. «Слід мати на увазі, – писав він, – що докази звичаю можуть належати як до актів, що становлять звичаєво-правову практику держав і мають пряме правотворче значення, так і до факторів, які безпосереднього значення для процесу створення звичаю не мають. Поняття «практика» держав і поняття «доказ» звичаю не є тому ідентичними. Коли мова йде про практику, то мається на увазі

¹ Чувакова, А. Идентификация юридических фактов [Текст] / А. Чувакова // Юрид. вестн. – 2002. – № 3. – С. 83.

офіційна поведінка держав і інших суб'єктів міжнародного права, що веде до створення звичаю. Докази звичаю пов'язані насамперед із установленням такої поведінки, але в той же час можуть належати і до явищ, які хоча й не входять у нормотворчий процес, проте, прямо або непрямо служать свідченням наявності необхідних елементів звичаю»¹.

Але далі вчений не став розвивати свою думку та буквально вже в наступному абзаці заявив про існування «у принципі» одного конститутивного елемента звичаю – практики². Така поспішність призвела до того, що коли він торкнувся питання про фактичні дії суб'єктів міжнародного права як форму практики, його точка зору виявилася досить суперечливою.

Так, з одного боку, Г. М. Даниленко накинувся з різкою критикою на позицію А. Д'Амато, який зробив акцент, як ми вже зазначали, на необхідності фактичних дій в утворенні звичаїв³. Наприклад, він писав: «В основі даної концепції лежить штучне розмежування між діями та заявами держав. Логічним наслідком такого підходу є заперечення для розвитку звичаєвого права цілого ряду актів держав, зокрема, заяв на міжнародних конференціях і в міжнародних організаціях, а також офіційних протестів. У дійсності, однак, зазначені акти, будучи лише за формою заявами, проте в міжнародному плані є діями держав і роблять самий безпосередній вплив на формування звичаєвих норм»⁴. Уразливою Г. М. Даниленко назвав і позицію Х. Тирлвея (H. Thirlway), який підкреслив, що заяви та претензії держав входять у практику тільки в тому випадку, якщо вони не є абстрактними, а розглядаються в контексті конкретної ситуації та прямо впливають на правовідносини сторін⁵. Свою незгоду вчений пояснив тим, що, по-перше, такі заяви й декларації являють собою своєрідний переговорний процес держав зі створення міжнародно-правових звичаїв, а, по-друге, «держави ніколи не проголошують існування або бажаність існування певної норми міжнародного права просто для того, щоб проголосити її»⁶.

Однак, з іншого боку, висновок Г. М. Даниленка виявився абсолютним не відповідним наведеній критиці: «У зв'язку з цим теоретично

¹ Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 65.

² Там само.

³ Там само. – С. 74–77.

⁴ Там само. – С. 75.

⁵ Там само. – С. 76.

⁶ Там само. – С. 77.

обгрунтованою вбачається така оцінка цієї форми практики: загальні заяви держав з політичних і правових проблем міжнародних відносин втрачають у плані оцінки звичаю своє прецедентне значення, якщо вони не підтверджуються фактичною практикою»¹. А як же, запитується, «своєрідні “переговори” між державами»?

Тут буде доречно звернути увагу й на те перекручене уявлення про концепцію А. Д'Амато, що склалося у радянській доктрині міжнародного права багато в чому у зв'язку з роботами за цією тематикою Г. М. Даниленка. Зокрема, цей учений на підставі дослідження монографії Д'Амато 1971 р. написав таке: «Своєрідна концепція, близька до точки зору, що звичай має лише один конститутивний елемент – практику держав, висунута американським юристом А. Д'Амато, який зробив спробу повного перегляду теорії звичаю. Замість елемента *opinio juris* А. Д'Амато формулює умову, відповідно до якої повинне бути наявне «проголошення» або «характеристика» того, що та або інша практика має юридично значущий характер. На думку А. Д'Амато, звичаєве право виникає на основі однієї лише фактичної практики, якщо практика здійснюється в галузях, які «охарактеризовані» або державами, або доктриною міжнародного права як такі, що мають правове значення»².

Як впливає з докладного вивчення концепції А. Д'Амато³, вона нічого спільного з точкою зору про наявність у міжнародно-правового звичаю тільки одного конститутивного елемента – практики держав – не має. Навпаки, у міркуваннях А. Д'Амато червоною ниткою проходить бажання абсолютизувати *opinio juris*. Про це, до речі, він сам написав у 1998 р. (через 27 років після опублікування своєї нині широко відомої концепції). Він підкреслив, що «намагався поставити *opinio juris* на об'єктивну основу, доводячи, що вона вимагає комбінації кількісного і якісного елементів у практиці держав»⁴.

Наголошуючи на розвитку суб'єктивного елемента міжнародно-правових звичаїв, А. Д'Амато усвідомлював, що спирається на позитивний філософсько-правовий фундамент⁵, який передбачає пріоритет

¹ Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 78.

² Там само. – С. 104, 105.

³ Див., напр.: Щёкин, Ю. В. Качественный и количественный элементы международного-правового обычая у А. Д'Амато [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законности. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80. – С. 188–196.

⁴ D'Amato, A. Customary International Law: A Reformulation [Text] / A. D'Amato // International Legal Theory. – Vol. 4. – 1998. – P. 1.

⁵ D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. – P. 49.

волі держав у формуванні міжнародних звичаїв та у визнанні тих чи інших міждержавних відносин звичаєво-правовими нормами. У його концепції не практика веде до формування звичаєвого права, а, навпаки, *opinio juris*. Незважаючи на те, що він прямо не заявляє, що держави повинні попередньо погоджувати, які правила поведінки будуть розглядатися ними як звичаєві норми, а які ні, до цієї думки підводить одна з основних тез ученого про необхідність «формулювання» («визначення») міжнародно-правової звичаєвої норми до здійснення державами позитивних дій або одночасно з ними¹.

Другий, «кількісний» елемент у даній концепції саме домінуючим не є. Більше того, навіть кількість прецедентів, необхідних для формування міжнародно-правових звичаїв, учений знижує до одного. Такий підхід є цілком логічним не тільки тому, що дійсно неможливо визначити число прецедентів, потрібних для встановлення існування звичаїв, а й тому, що самі прецеденти у пропонованій концепції виконують функцію підтвердження вже сформульованого правила поведінки. Їх завдання не в тому, щоб підштовхнути до думки про звичай, що складатиметься а, навпаки, щоб продемонструвати існування заявленої норми та одночасно із цим завершити процес створення міжнародного звичаю. Дотримуючись такої логіки, будь-яке правило, сформульоване в будь-якому міжнародному документі (багатосторонньому або односторонньому, політичному або юридичному) і реалізоване на практиці, має всі підстави називатися міжнародно-правовим звичаєм.

У цьому плані висновки, яких дійшов А. Д'Амато, надзвичайно важливі й цікаві, оскільки, по-перше, він переконливо продемонстрував неможливість формування міжнародно-правового звичаю у відриві від реальної (фактичної) соціальної практики, і, по-друге, він обґрунтував важливість змістового розмежування його основних елементів.

На відміну від практики, *opinio juris* – це нематеріальний (психологічний) елемент міжнародно-правового звичаю. Його специфіка полягає в тому, що він виражає суб'єктивне *переконання* в правомірності якої-небудь поведінки учасників міжнародних відносин. У пункті 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН *opinio juris* закріплюється як *визнання* загальної практики як правової норми. *Opinio juris* характеризує ментальне ставлення суб'єктів міжнародного права до якого-небудь діяння (дії або бездіяльності), що має значення для правового регулювання міжнародних відносин.

¹ Див.: D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – P. 74–87.

Незважаючи на «внутрішній» характер вироблення переконаності (перебіг психічних процесів за своєю природою прихований від сторонніх очей), *opinio juris* завжди повинне мати якусь форму зовнішнього вираження. Інакше ставлення суб'єкта до чого-небудь залишиться невідомим для оточуючих.

Будь-який психічний процес є внутрішнім відбиттям ставлення суб'єкта до навколишньої дійсності. Він завжди пов'язаний із практикою в найширшому розумінні цього поняття. Як зазначає С. Л. Рубінштейн: «Думка, яка в основному додержується “принципу задоволення” всупереч “принципу реальності”, належить вже до сфери патології»¹. У цьому сенсі *opinio juris* виступає як певний етап формування суспільної практики й повністю охоплюється нею.

Стосовно розглянутої теми *opinio juris* – це реакція суб'єктів міжнародного права на події, що відбуваються. Вона безпосередньо пов'язана із практичною діяльністю і являє зовні виражене ставлення до неї, що закріплюється переважно в різних офіційних документальних джерелах: заявах, протестах, текстах міжнародних угод, резолюціях міжнародних організацій, підсумкових документах міжнародних конференцій, політичних домовленостях і т. п.

Можна погодитися з тим, що оголошення офіційної заяви з якого-небудь приводу або вираження протесту також являє собою певного роду дії, які зовні мають матеріальний характер. Але в той же час вони не становлять самостійних суспільних відносин, а тільки супроводжують їх, наділяючи їх якістю правових. *Opinio juris* визначає суб'єктивні права і юридичні обов'язки сторін, тобто воно формує юридичний зміст міжнародних відносин, надаючи їм правового характеру. Можна стверджувати, що саме тут проходить межа між об'єктивним і суб'єктивним елементами міжнародно-правового звичаю. Саме по собі *opinio juris* без фактичного (матеріального) наповнення не може визначати міру можливої та/або належної поведінки суб'єктів міжнародного права і має абстрактний характер.

Строго кажучи, до такого ж висновку підштовхує і логічний аналіз формулювання п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН: «...міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою». Тобто спочатку виникає стала «загальна» соціальна практика, а потім вона наділяється правовим значенням через закріплення у вигляді міжнародно-правового звичаю.

¹ Рубінштейн, С. Л. Основы общей психологии [Текст] / С. Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2004. – С. 317.

Р. А. Каламкарян, який досліджував міжнародно-правове значення односторонніх юридичних актів держав, зазначає: «Акт визнання сам по собі не в змозі створювати свій об'єкт, а припускає його існування й тим самим виконує роль фактора, що констатує, визнання має декларативний характер»¹. Він підкреслює, що визнання не може мати конститутивного характеру, хоча і має обов'язкові правові наслідки: «Якби це було так, то акт визнання покривав би собою який-небудь порок, властивий визнаній фактичній ситуації»².

У традиційній моделі міжнародно-правових звичаїв первинне завдання *opinio juris* полягає в тому, щоб найбільш адекватно, без переключень зафіксувати (описати) відносини, що становлять практику. При цьому фіксація повинна містити насамперед основні, сутнісні характеристики практики, тому що *opinio juris* не прив'язано до одиничного соціального факту, у зв'язку з яким було поставлено питання про існування звичаю. Для того щоб установити, що в даному конкретному випадку сторони діяли в силу правового переконання, суб'єкти, що встановлюють наявність міжнародно-правового звичаю, прагнуть оцінити безліч фактів, що мали місце, як правило, у минулому. У ході такої оцінки з них виокремлюються («захоплюються») ті фрагменти, які дозволяють сформулювати змістовні характеристики подій, що сталися, ідентифікувати в майбутньому випадки аналогічної поведінки, надати їм статусу юридичних фактів.

Далі через *opinio juris* формується ставлення до виділених фрагментів реального життя. Воно може або закріпити за даною соціальною практикою нормативно-правовий характер, або, навпаки, визнати цю практику протиправною. Прикладом першого виду може служити визнання в сучасному дипломатичному праві міжнародно-правового звичаю, що допускає організацію внутрішньої охорони в дипломатичних представництвах³. Прикладами другого виду є заборона агресії, військових злочинів, навмисного забруднення навколишнього середовища та ін.

Усілякі документальні джерела (заяви, протести, резолюції міжнародних організацій та ін.) є насамперед засобом фіксації *opinio juris*. Вони закріплюють волевиявлення суб'єктів міжнародних правовідносин і служать матеріальними доказами цих волевиявлень. Такого ж вис-

¹ Каламкарян, Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств [Текст] / Р. А. Каламкарян. – М. : Наука, 1984. – С. 44.

² Там само. – С. 44.

³ Докладніше див.: Демин, Ю. Г. Статус дипломатических представительств и их персонала [Текст] : учеб. пособие / Ю. Г. Демин. – М. : Междунар. отношения, 1995. – С. 158–160.

новку дійшов і Р. А. Каламкарян. Він пише: «Значення односторонніх юридичних актів визнання й протесту в процесі формування норм звичаєвого права визначається, таким чином, більшою мірою доказом наявності суб'єктивного елемента, ніж суто матеріальною якістю прецеденту звичаю»¹. Тому посилання на документальні джерела, по суті, являють собою апелювання до *opinio juris* суб'єктів міжнародного права, а не до реальної практики.

Якщо взяти до уваги сучасні тенденції у міжнародному звичаєвому нормоутворенні, коли *opinio juris* уже не стільки закріплює практику, скільки активно формує її², потреба у вузькому тлумаченні елементів міжнародно-правових звичаїв стає ще більш очевидною. Позиції суб'єктів міжнародного права, що виражені переважно в різних зовнішньополітичних документах, потребують втілення в реальних суспільних відносинах. Інакше вони залишаться добрими намірами, зафіксованими на папері.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що практика та *opinio juris* при розгляді їх як структурних елементів міжнародно-правового звичаю повинні тлумачитися у своєму вузькому значенні: *практика* – це 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), а *opinio juris* – це переконання цих суб'єктів у юридичній обов'язковості або протиправності передбачуваних чи здійснених ними фактичних дій.

3.1.2. Особливості формування *opinio juris*

Основна відмінність суб'єктивного елемента міжнародно-правового звичаю від об'єктивного (практики) полягає в тому, що він апелює до позицій суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. Його «психологізм» полягає у пошуку певного «внутрішнього» ставлення учасників міжнародних правовідносин до подій на міжнародній арені.

Термінологія, що використовується для характеристики суб'єктивного елемента, досить різноманітна. Відповідно до п. 1 (b) ст. 38

¹ Каламкарян, Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств [Текст] / Р. А. Каламкарян. – М. : Наука, 1984. – С. 125.

² Див.: Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 219.

Статуту Міжнародний суд ООН застосовує «міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної (тут і далі виділено мною. – Ю. Ш.) правовою нормою». В англійському варіанті цієї ж норми говориться про практику, «прийняту як право» (accepted as law). У рішенні Міжнародного суду в *справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.)* говориться про «віру» (belief) у те, що практика є обов'язковою для існування звичаєвої правової норми (para. 77)¹. У цілому ж у рішеннях Міжнародного суду суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю позначається латинським висловом *opinio juris sive necessitates* (скорочено – *opinio juris*), який, слід зазначити, не має коренів у класичному римському праві і з'явився завдяки «винаходу» французького вченого Ф. Жене (F. Geny) наприкінці XIX ст.² Буквально цей вислів можна перекласти як «думку про правомірність або необхідність». А. Кассесе у зв'язку з цим пише про *opinio juris* або *opinio necessitates*³. Я. Броунлі у цій формулі сполучник «sive» («або») замінює сполучником «et» («і»)⁴.

В остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створеного в рамках Асоціації міжнародного права, звертається увага на те, що крім згаданих варіантів суб'єктивний елемент часто розглядається і як «згода» (consent), і як «воля» (will)⁵.

Л. А. Алексидзе, узагальнюючи погляди західноєвропейських учених на природу суб'єктивного елемента, додатково зазначає такі його тлумачення: «переконаність», «упевненість», «заява», «консенсус»⁶.

¹ North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark & Netherlands), Judgment, 20 February 1969 // I.C.J. Reports. – P. 45.

² Див., напр.: Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы jus cogens [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 244; Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems [Text] / J. Kammerhofer // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 3. – P. 534 та ін.

³ Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 157.

⁴ Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 30.

⁵ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 30 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

⁶ Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы jus cogens [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 244–259.

При цьому він сам схиляється до розуміння суб'єктивного елемента як «згоди держави» або «визнання»: «...тому що як інакше можна тлумачити термін „визнання”»¹.

Р. Мюллерсон також наводить безліч тлумачень суб'єктивного елемента: «Віра, поступливість, мовчазне визнання, згода мають одне спільне – вони всі виражають суб'єктивне ставлення держав або до їх власної поведінки, або до поведінки інших держав у світлі міжнародного права»².

Велика кількість визначень красномовно свідчить про наявність у суб'єктивного елемента безлічі значеннєвих відтінків. Разом з тим їх вдумливе прочитання дозволяє звернути увагу на те, що в більшості з них присутня різна змістовна спрямованість, завдяки якій вони, скоріше, доповнюють один одне за змістом, ніж розкривають нюанси одного й того ж явища. Наприклад, *визнання*, що найчастіше використовується вітчизняною доктриною для характеристики *opinio juris*, є логічним наслідком *віри* або *угоди* (*консенсусу*). Воно ґрунтується на них. У свою чергу, *заява* може бути однією з форм вираження визнання. А якщо спробувати зіставити поняття «визнання» з поняттям «воля», то з'ясується, що останнє має набагато складніше значеннєве наповнення, що включає механізм прийняття й реалізації рішень, у якому власне визнання становить тільки один з етапів формування і вираження вольового наміру. Відповідною ілюстрацією зазначеного можуть бути слова Г. М. Даниленка, в яких передано загальну позицію, що панувала в радянській доктрині: «...у сучасному міжнародному праві термін *opinio juris* може вживатися у двох основних значеннях: по-перше, він позначає виявлену зовні волю окремої держави, спрямовану на визнання юридично обов'язкового характеру звичаєвої норми; по-друге, він уживається для позначення результату процесу узгодження воль держав щодо визнання того чи іншого правила поведінки, що практикується, як звичаєвої норми міжнародного права»³.

Тут слід зазначити, що поняття «воля» серед вказаних визначень посідає особливе місце. Й у своєму суто науковому розумінні воно може охоплювати як близькі за змістом слова (*віра*, *упевненість*, *пере-*

¹ Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 252.

² Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law [Text] / R. Müllerson // International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy / Ed. by Karel Wellens. – The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – P. 163.

³ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 107.

конаність), так і взаємодоповнюючі (наприклад, угода – визнання – заява). Тому природно, що переважній більшості дослідників саме вольовий аспект бачиться головним у розумінні природи *opinio juris*.

У принципі, вольова сутність суб'єктивного елемента не могла б викликати будь-яких заперечень (вияв волі є нормальною реакцією психіки людини, а *opinio juris* – це психологічний елемент), якби не той силовий (волюнтаристський) зміст, яким його традиційно наділяють у світовій доктрині міжнародного права. На думку багатьох фахівців, вияв волі в міжнародних відносинах – це прагнення до політичного домінування в міжнародних відносинах. За цією логікою узгодження воль сторін є єдиним розумним способом у досягненні мирного і взаємовигідного співіснування держав. Саме так міркували радянські вчені¹.

У сучасній зарубіжній (переважно північноамериканській та європейській) юридичній літературі вольове (як волюнтаристське) тлумачення *opinio juris*, незважаючи на зникнення одного із двох полюсів сили, не тільки не припинилося, а навіть посилилося, набувши при цьому таких гіпертрофованих форм, які не допускалися навіть у роботах учених країн соціалістичного табору. Так, Б. Стерн стверджує: «Фактично... зміст *opinio juris* кожної держави залежатиме від того місця, яке посідає його сила (power) у рамках міжнародного порядку. Воля держави, навіть якщо вона й не припускає вияву сили, однаково несе в собі елемент сили. Таким чином, одні держави відчуватимуть себе зобов'язаними, тому що вони хочуть цього, тому що вони погодилися на це, а інші держави, навпаки, відчуватимуть себе зобов'язаними, навіть коли вони не хочуть цього, тільки тому, що норма накладає на них свої зобов'язання... *Норма міжнародного звичаю розглядається як така за волею тих держав, які в змозі нав'язати свою точку зору* (виділено самою Б. Стерн. – Ю. Ш.)»². Загальний висновок, якого дійшла Б. Стерн, такий: «*Opinio juris*... являє собою домінуючу ідеологію міжнародного співтовариства, прийняту всіма, навіть якщо вона бажана для одних і лише терпима для інших. Імовірно, тільки в цьому сенсі вислів *opinio juris sive necessitates* знаходить своє повне значення. Виходячи зі своєї силової позиції в міжнародному співтоваристві, держави добровільно братимуть участь у формуванні

¹ Див., напр.: Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 185–190; Василенко, В. А. Основы теории международного права [Текст] / В. А. Василенко. – Киев : Выща шк., Головное изд-во, 1988. – С. 120–143.

² Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / B. Stern B // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 108.

міжнародного звичаю, або з почуття причетності до створення *права*, або з почуття підпорядкування *необхідності*, що виникатиме з волі тих держав, які вважають, що вони створюють право»¹.

Такі твердження викликають категоричні заперечення. Право має морально-ціннісну, а не силову основу. Підміна права силою (за влучним висловом британського вченого Г. Симпсона (G. Simpson), «сили права на право сили»²) веде до зникнення права як такого. Вимога дотримання справедливості часто йде врозрід із волею найбільш могутніх світових держав. Не можна безапеляційно стверджувати, що будь-яка невелика держава, яка не має надсучасних озброєнь або/і можливостей зовнішньо-економічного тиску, буде «знати своє місце» і безмовно погоджуватися з неприйнятною для неї політикою будь-якого «яструба» міжнародної арени. Якщо ж прийняти це за аксіому, то під великим сумнівом опиниться суверенітет такого роду політико-територіального утворення. Воно вже не буде відповідати критеріям, що застосовуються до поняття держави. Власне, і необхідність у його *opinio juris* як самостійній позиції щодо тих або інших питань міжнародного життя відпаде через непотрібність.

З волюнтаристської (позитивістської) точки зору *opinio juris* стосовно об'єктивного елемента відіграє першочергову роль³. Воно, а не практика, стає первинним. Але ця первинність має свою специфіку, не пов'язану із глибоким науковим розумінням внутрішніх психологічних механізмів формування волі. Первинність ототожнюється з можливостями певних держав за допомогою військової сили нав'язати свої зовнішньополітичні інтереси іншим державам.

Так, М. Байерс переконаний: «якщо розглядати державну практику як первинний елемент звичаєвого міжнародного права, то досить важко не враховувати розходження в добробуті й військовій силі в процесі формування звичаєвих норм»⁴. *Opinio juris*, на його думку, поперше, дозволяє відрізнити практику, що відповідає праву держав, від тієї, що не відповідає йому; а, по-друге, використовується для контролю за зловживанням силою з боку держав у процесі створення між-

¹ Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / B. Stern B // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 108.

² Simpson, G. The Situation on the International Legal Theory Front: The Power of Rules and the Rule of Power [Text] / G. Simpson // European Journal of International Law. – June 2000. – Vol. 11, № 2. – P. 439.

³ Див.: D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – P. 47–56.

⁴ Byers, M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law [Text] / M. Byers. // Duke Journal of Comparative & International Law. – Fall/Winter 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 84.

народного звичаєвого права. Завдяки *opinio juris* тільки деякі випадки державної практики зараховуються для цілей звичаєвого нормоутворення, а величезна частка державної практики, що могла б вплинути на розвиток і зміну звичаєвих норм, виключається¹.

Що стосується змістовної характеристики *opinio juris*, то М. Байєрс стверджує, що воно є «ключовим моментом у трансформації сили (power) у зобов'язання»². *Opinio juris* являє собою якийсь «дифузний (diffuse) консенсус, набір домовленостей держав, що поділяються ними, щодо «юридичної доречності» (legal relevance) різних видів поведінки в різних ситуаціях»³. Цей консенсус складається у процесі створення звичаїв, коли поведінка держави в будь-якому конкретному випадку оцінюється іншими державами. А врешті встановлюється, наскільки чийсь приватний інтерес збігається з іншими приватними інтересами. При цьому М. Байєрс підкреслює, що дана концепція можлива в силу презумпції, згідно з якою держави поводяться тільки відповідно до своїх власних інтересів⁴.

Таким чином М. Байєрс приходять до *теорії угоди*, зусилля прихильників якої зосереджені переважно на пошуку поточних інтересів, що збігаються, і мало враховують результати реальної і тривалої фактичної та юридичної практики.

Вольовий аспект є ключовим і в міркуваннях О. Еліаса (O. Elias)⁵. І хоча, на відміну від вищерозглянутих концепцій, його теорія безпосередньо не стосується політичної (волюнтаристської) доцільності при тлумаченні *opinio juris*, вона, проте, зводить звичай до угоди держав, оскільки спрямована на обґрунтування важливості встановлення їх згоди стосовно кожного конкретного правила поведінки, що претендує на статус норми міжнародного звичаєвого права, і виключає можливість формування цих норм поза їх вольовим впливом.

Характеристику позиції О. Еліаса почнемо із загального висновку, який увінчує весь хід його міркувань: «принаймні, *функціонально*» різниці між *opinio juris* і згодою (consent) не існує; питання про вико-

¹ Byers, M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law [Text] / M. Byers. // Duke Journal of Comparative & International Law. – Fall/Winter 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 86.

² Byers, M. Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law [Text] / M. Byers. – U.K. : Cambridge University Press, 1999. – P. 18.

³ Ibid. – P. 19.

⁴ Ibid. – P. 19–20.

⁵ Elias, O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law [Text] / O. Elias // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 44. – July 1995. – P. 501–520.

ристання того чи іншого терміна – це питання вибору відповідної стратегії аргументації (*argumentative strategy*) при доведенні наявності суб'єктивного елемента¹. «Інакше кажучи, – пише він, – для більш переконливого „об'єктивування” норми краще спробувати змістити тягар доведення [її наявності] іншим чином на іншу сторону»². Він пояснює: «Краще сказати, що „кожний згодний з тим, що x – це факт”, ніж сказати, що „врешті я думаю x »³.

Обґрунтування настільки неординарному висновку О. Еліас намагався знайти в пошуку відповіді на добре відому логічну головоломку теорії міжнародного звичаєвого права, що стосується проблеми встановлення моменту виникнення *opinio juris*: яким чином звичай може стати правовою нормою, якщо його психологічний елемент припускає, що діяння, що становлять зміст звичаю, споконвічно (тобто до або безпосередньо в момент факту (події) діяння) повинні відбуватися з переконанням у їх правомірності?⁴

Поділивши теоретичні підходи до встановлення значеннєвого змісту *opinio juris* на два основні – *декларативний* і *конститутивний*⁵, учений заявив, що пошук відповіді в рамках першого з них є безперспективним. У рамках декларативної теорії «єдиний шлях в обхід цієї проблеми полягає в припущенні, що впродовж формування «нової» норми держави діють, будучи під впливом помилкової та хибної впевненості в тому, що їх дії відповідають праву, хоча насправді це було не так»⁶. Щоб суб'єктивний елемент виконував роль, яка традиційно відводиться йому, безпосередньо в момент формування практики, що становить звичай, він, по-перше, має бути конститутивним, а, по-друге, його тлумачення має сприяти доказу наявності звичаєвої норми. Можна навіть так охарактеризувати другу позицію: воно має бути «зручним» для доведення. При цьому така «зручність» бачиться вченому виключно в контексті позитивного світогляду: «Для того щоб *opinio juris* враховувалося в правоутворенні (*law-creation*), воно стає тим же самим, що і претензії (*claims*) держав, що означає, що між *opinio juris*

¹ Див.: Elias, O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law [Text] / O. Elias // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 44. – July 1995. – P. 520.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid. – P. 502.

⁵ На думку О. Еліаса, в рамках декларативної теорії міжнародного звичаєвого права *opinio juris* служить тільки для того, щоб продемонструвати існування міжнародно-правового звичаю, а в рамках конститутивної – щоб створювати право («або виключно, або в поєднанні з іншими елементами, такими як державна практика») за допомогою *opinio juris* держав (див.: Elias, O. Op. cit.).

⁶ Elias, O. Op. cit. – P. 503.

і волею держав можна поставити знак рівності»¹. А, у свою чергу, закономірним виявом волі держави є насамперед згода, тобто «вибір (з боку сторони, що погоджується), який означає угоду, поступливість, узгодженість або дозвіл щодо такого стану справ. *Opinio juris* з цієї точки зору ідентичне згоді»².

Розвиваючи свою ідею, О. Еліас витрачає чимало зусиль на те, щоб продемонструвати неадекватність інших термінів, традиційно використовуваних для характеристики суб'єктивного елемента. Так, на його думку, такі терміни, як «визнання» (recognition), «переконання» (conviction), «почуття правового зобов'язання» (sense of legal duty) або «свідомість» (consciousness), більшою мірою відбивають декларативний підхід до розуміння *opinio juris*³. У своєму загальноприйнятому значенневому розумінні вони є малозастосовними для теорії міжнародного звичаєвого права. Наприклад, термін «визнання» у традиційному розумінні зовсім не обов'язково означає «погоджене прийняття» (consensual acceptance). «Визнання факту, що сонце встає щодня, у жодному разі не означає, що хто-небудь погоджується на схід сонця», – дотепно зауважує вчений⁴. «Таким чином, – продовжує він, – визнання для наших цілей означає визнання того, що дана практика є обов'язковою для сторони, що визнає, а не просте визнання того, що практика існує або є обов'язковою для інших держав. Отже, якщо *opinio juris* є необхідним і воно визначається як визнання чого-небудь як правового, із цього випливає, що те, що не визнано, правовим не є... Це ж можна стверджувати стосовно будь-якого терміна, використовуваного для опису *opinio juris*»⁵.

Підсумок цих міркувань такий: «Якщо... *opinio juris* повинне дозволити створення нових норм звичаєвого права, воно не відрізняється від волі/згоди»⁶.

Дозволимо собі ще одну велику цитату, що розкриває позицію О. Еліаса. Вона цікава тим, що в ній учений захищає своє прагматично-раціональне розуміння суб'єктивного елемента (*opinio juris* як згода) у порівнянні з його найбільш нераціональним розумінням (*opinio juris* як віра (belief)). Він пише: «Коли держава здійснює нове домагання або

¹ Elias, O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law [Text] / O. Elias // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 44. – July 1995. – P. 509.

² Ibid.

³ Ibid. – P. 511.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. – P. 512.

⁶ Ibid. – P. 513.

діє по-новому, набагато простіше... оцінити можливі правові наслідки цього, ніж ставити собі запитання про те, чи вірила насправді ця держава в правомірність своїх домагань або передбачуваних дій. Наприклад, якщо держави від А до М навмисне експлуатують ресурси виключних економічних зон держав від N до Z, було б легше сказати, що держави від А до М мали волю/погоджувалися з різним режимом або мали *opinio juris*, що відрізняється від попереднього, ніж потрібно було б доводити, що дані держави вірили, що їх дії відповідають існуючій нормі права. ... Віра робить незручним пояснення змін у звичаєво-правовому регулюванні. Згоду/волю, вбачається, довести набагато легше, ніж віру»¹.

Як логічний розвиток ідей, що абсолютизують раціональний вибір в інтерпретації суб'єктивного ставлення держав до міжнародних звичаєво-правових норм, що формуються, можна назвати концепції міжнародного звичаєвого права, побудовані із застосуванням методів математичного моделювання. Першою з них назвемо широко використовуваний в економічних науках ігровий підхід до розуміння міжнародного звичаєвого права, запропонований американськими вченими Дж. Голдсмітом і Е. Познером². У його основі – інтерпретація поведінки держав виключно як раціонального вибору. Держава, переконані вони, у своїй зовнішній політиці керується тільки прагненням до вигоди. Тому міжнародні звичаї можливі лише тоді, коли вигоди держав будь-яким чином збігаються³.

У зв'язку з тим, що ігровий підхід широко обговорюється в сучасній західній доктрині стосовно теорії міжнародного звичаєвого права і має багато прихильників⁴, а також тим, що уявлення про суб'єктивний

¹ Elias, O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law [Text] / O. Elias // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 44. – July 1995. – P. 515.

² Див.: Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1113–1177; Goldsmith, J. L. The Limits of International Law [Text] / J. L. Goldsmith, E. A. Posner. – N.Y. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 23–43.

³ Мою думку про ігровий підхід, запропонований Дж. Голдсмітом і Е. Познером, див.: Щёкин, Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законности. – X. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 114–122.

⁴ Див., напр.: Parisi, F. The Formation of Customary Law [Text] / F. Parisi // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper № 01-06. – 2001. – P. 7–18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262032; Swaine, E. T. Rational Custom [Text] / E. T. Swaine // Duke Law Journal. – 2002. – Vol. 52. – P. 559–627; Trachtman, J. P. The Customary International Law Supergame [Text] / J. P. Trachtman, G. Norman // ExpressO Preprint Series. – 2004. – Paper 241. – 51 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.bepress.com/expresso/eps/241>; Guzman, A. T. Saving Customary International Law (final type) [Text] / A. T. Guzman // Michigan Journal of International Law. – Spring 2006. – Vol. 27, № 1. – P. 1–62.

елемент у ньому нівельоване практично до рівня безумовного рефлексу, зупинимося на ньому докладніше.

Суть теорії ігор полягає в тому, щоб за допомогою математичного апарата виробити формальні стратегії, які допомогли б людям як споконвічно егоїстично налаштованим істотам знайти взаєморозуміння та перейти до спільних дій. Основоположник цієї теорії – Джон вон Ньюманн (John von Neumann). Теорія розвиває погляди на витоки суспільства, висловлені Гоббсом, Локком і Руссо, які думали, що суспільство у своєму природному стані являє сукупність ізольованих егоїстичних індивідів¹.

Класичний приклад, що демонструє теорію ігор, називається «дилема ув'язненого» (prisoner's dilemma). Уявімо, два ув'язнені склали план втечі. Якщо обоє будуть додержуватися його, втеча буде успішною. Але якщо тільки один буде додержуватися плану, а другий «стукане» на нього начальству в'язниці, то перший буде суворо покараний, а другий заохочений. При цьому обоє залишаться сидіти у в'язниці. Тому кожному зі змовників вигідно дотримувати первісного плану. Втім у той же час кожний з них ризикує бути обманутим своїм товаришем².

Дж. Голдсміт і Е. Познер стверджують, що така ж «дилема ув'язненого» найкраще відбиває суть міждержавних відносин: «...кожна з двох держав одержить через більш тривалий час більшу вигоду в тому випадку, якщо обидві будуть утримуватися від спокуси обдурити одна одну для задоволення своїх швидкоплинних інтересів»³. Свою позицію вони обґрунтовують, аналізуючи численні як суто гіпотетичні (вигадані) ситуації, так і конкретні історичні приклади із практики міждержавного спілкування.

Основним прикладом, яким Дж. Голдсміт і Е. Познер пояснюють свою теорію, є норма міжнародного звичаєвого права, що забороняє державам захоплювати прибережні рибальські судна, власниками яких

¹ Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : [пер. с англ.] / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 207–210, 233–236.

² Ситуація, що виражає «дилему ув'язненого», має деякі варіації, які не змінюють її суті. Наприклад, окрім уже наведеної, вона може викладатися також таким чином: поліція затримала двох подільників, підозрюваних у вчиненні злочину. Якщо обидва будуть мовчати, то напевне їх відпустять. Якщо будь-хто з них «заговорить», то скоріш за все отримає якісь поблажки від поліції, але врешті обидва опиняться на лаві підсудних.

³ Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1115.

є цивільні особи ворожих держав¹. Для «зручності та ясності» вчені аналізують процес формування цієї норми тільки в рамках двосторонніх відносин держав. Хоча й багатостороння дипломатія не залишилася поза їх увагою.

Спочатку Дж. Голдсміт і Е. Познер досліджують ситуацію, за якої інтереси держав збігаються. Презюмується, що кожна з них прагне одержати переваги (вигоду) з кожної своєї конкретної дії. Для аналізу пропонується така таблиця:

| | | Держава «і» | |
|-------------|-------------------|-------------|-------------------|
| | | атака | відсутність атаки |
| Держава «j» | атака | -2, -2 | -1, 2 |
| | відсутність атаки | 2, -1 | 3, 3 |

Таблиця, на їх думку, наочно описує відносини двох держав, що між собою воюють, які мають військово-морський флот, що патрулює прибережні морські простори, які також використовуються цивільними судами обох держав. Учені обумовлюють, що обслуговування державних військових кораблів коштує дорого, тому вони використовуються тільки для якихось важливих і надзвичайних випадків (наприклад, для відбиття ворожого вторгнення), а цивільні судна дорогими не є. Із цього випливає, що кожна держава одержить найбільшу вигоду в тому випадку, якщо вона не зверне уваги (*ignore*) на цивільні судна іншої держави, що оцінюється у 3 бали. Якщо держава все-таки атакує судна іншої держави, передбачається, що вона втрачає 4 бали і, таким чином, одержує -1 бал (3-4). Якщо цивільні судна держави атаковані, це тягне додаткову втрату ще 1 бала. Отже, сума балів становить уже -2. Якщо судна першої держави атакуються, але при цьому його військово-морські сили не атакують судна другої держави, перша держава втрачає 1 бал, але зберігає 4 бали, тому кінцева сума дорівнює 2 балам (3-1)².

Для визначення балансу гри (*equilibrium of the game*) пропонується такий приклад. Припустимо, що один гравець (держава «j») атакує судна іншого гравця (держава «і»). Держава «і» одержує вище бал (2),

¹ Це неписане зобов'язання було підтверджено як міжнародний звичай рішенням національного суду США у 1900 р. (якого саме суду – не вказується).

² Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1122.

якщо його військово-морський флот проігнорує цивільні судна держави «j», замість того щоб самому атакувати й захоплювати його судна (-2). Тепер припустимо, що держава «j» зневажає судами держави «i». Держава «i» одержує вищий бал (3), якщо вона не звертає на це уваги, замість того щоб атакувати у відповідь (-1). Отже, держава «i» не атакує судна держави «j», незалежно від її поведінки. Тоді як бали держави «j» дорівнюють балам держави «i», держава «j» також не атакує судна держави «i». Таким чином, обидві держави не атакують цивільні судна одна одної, що й розглядається як досягнення балансу гри. Під «балансом» учені розуміють ситуацію, за якої обидві держави дотримуються даної поведінки доти, доки сума балів не змінюється. Отже, робиться висновок, досягнення балансу вказує на збіг поведінки, що, врешті, веде до формування звичасвої норми, за якої одна держава не нападає на цивільні судна іншої держави¹.

Аналогічним чином Дж. Голдсміт і Е. Познер розглядають відносини примусу, коли зіштовхуються інтереси нерівноцінних за своєю могутністю держав², відносини співробітництва³, відносини з координації інтересів⁴ та інші ситуації.

Наприклад, у випадку координації інтересів логіка дослідників виглядає так.

При координації інтересів для держави її найкращий крок на зовнішньополітичній арені буде залежати від дій іншої держави. Знову звернемося до таблиці:

| | | Держава «i» | |
|-------------|-------|-------------|-------|
| | | дія X | дія Y |
| Держава «j» | дія X | 3, 3 | 0, 0 |
| | дія Y | 0, 0 | 3, 3 |

Держава воліє здійснити дію X, якщо інша держава також вважає за потрібне чинити дію X, і, навпаки, держава прагне вчинити дію Y, якщо таку ж дію здійснює інша держава. Отже, можливі дві ситуації,

¹ Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1122, 1123.

² Ibid. – P. 1123, 1124.

³ Ibid. – P. 1124–1127.

⁴ Ibid. – P. 1127, 1128.

за яких досягається шуканий баланс інтересів: {X, X} і {Y, Y}. Як зазначають учені, головна проблема в цьому випадку полягає в тому, яка дія буде вчинена першою. Але в цілому постійне повторення гри, незважаючи на різні нюанси, може перебороти в гравців (держав) спонукання шахраювати¹.

Конкретні історичні приклади для аналізу Дж. Голдсміт і Е. Познер вибирали переважно із трьох сфер міжнародних відносин, у регулюванні яких основну роль довгий час відігравали міжнародно-правові звичаї: нейтралітет, надання дипломатичних імунітетів та питання встановлення юрисдикції над морськими просторами.

Проблеми нейтралітету розглядалися на прикладі міжнародно-правового звичаю, що забороняє захоплювати майно, котре перебуває на борті судів нейтральних держав, включаючи майно ворожої держави, але за винятком контрабанди (принцип «вільні судна, вільні товари» – «free ships, free goods»). Дія цієї норми була проаналізована в період громадянської війни в США (1861–1865 рр.), Іспано-Американської війни (1898 р.), Англо-Бурської війни (1899–1904 рр.), Російсько-Японської війни (1904–1905 рр.) і Першої світової війни².

Учені звернули увагу на те, що держави, особливо напередодні або в перші дні війни, у більшості випадків декларували прихильність даній нормі. Однак у період воєнних дій поводитися згідно зі складними обставинами. Висновок, якого дійшли дослідники, полягає в такому: якщо й дотримувалася дана норма під час зазначених війн, то не з переконання в її юридичній обов'язковості, а переважно виходячи із швидкоплинних інтересів держав³.

Проаналізувавши причини формування міжнародних звичаїв, що наділяють дипломатів імунітетами в державі перебування, Дж. Голдсміт і Е. Познер дійшли висновку, що така норма стала результатом превалювання довгострокових інтересів держав над їх короткостроковими інтересами. Якщо держава і втрачала, наприклад, авторитет в очах своєї громадськості, коли не притягала в якомусь випадку дипломата іноземної держави до кримінальної відповідальності, вона незрівнянно більше виграла, зокрема, від того, що не погіршувала або не розривала стосунків із державою, яка направила цього дипломата⁴.

Тема міжнародного морського права була представлена розглядом звичаєво-правової норми, яка визначає ширину територіальних вод при-

¹ Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1127, 1128.

² Ibid. – P. 1137–1147.

³ Ibid. – P. 1148, 1149.

⁴ Ibid. – P. 1151–1158.

бережної держави. На думку вчених, у цьому випадку взагалі проблематично говорити про будь-яку сталу міжнародну практику. У різних ситуаціях держави діяли по-різному – відповідно до їх інтересів і впливу на міжнародній арені. Поведінка держав неодноразово змінювалася протягом нетривалих відрізків часу. Якщо й була будь-яка більш-менш стала міжнародна практика, що дозволяла визначити ширину територіальних вод, вона стосувалася тільки трьох морських миль, відлічуваних від берега. При цьому дана практика була сформована значною мірою під примусом з боку таких держав, як Сполучені Штати і Велика Британія¹.

Загальний висновок, якого доходять Дж. Голдсміт і Е. Познер, такий: «І теорія, й вивчення конкретних справ свідчать про те, що коли держави досягають спільних цілей, найбільш правдоподібне пояснення цьому може бути знайдене в координації на двосторонньому рівні та в дії моделей за типом «дилеми ув'язненого». Теорія та вивчення справ також дозволяє припустити, що більшість прикладів можливого співробітництва найкраще пояснюються як збіг інтересів або дія під впливом успішного примусу (successful coercion). У цілому, міжнародне звичаєве право має реальне наповнення, але воно є набагато менш визначеним, ніж думають учені, що підтримують традиційну позицію, і воно виражається в різних формах»².

Перш ніж коментувати дану теорію в контексті розуміння суб'єктивного елемента звичаю, необхідно зробити деякі принципові зауваження, що стосуються характеристики цієї теорії як такої.

Теорія ігор являє собою один із найбільш складних математичних методів дослідження соціальних явищ, що характеризується тим, що пошук оптимального рішення ведеться серед безлічі можливих варіантів за відсутності якої-небудь точної інформації про їх ймовірність. Теорія ігор – це пошук рішення в умовах конфлікту й невизначеності. Причому саме невизначеність робить гру абстрактною, відірваною від реального життя, а її результати – повною мірою умовними. Це відбувається тому, що надзвичайно складно задати всі вихідні параметри для розроблюваної математичної моделі. Як зазначали Ю. Я. Баскін і Д. І. Фельдман, «теорія ігор не в змозі принципово охопити все різноманіття міжнародних конфліктних ситуацій»³.

¹ Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1158–1167.

² Ibid. – P. 1176, 1177.

³ Баскин, Ю. Я. Международное право: проблемы методологии: очерки методов исследования [Текст] / Ю. Я. Баскин, Д. И. Фельдман. – М. : Междунар. отношения, 1971. – С. 101.

У зв'язку з цим привертає увагу значною мірою надуманість розрахунків Дж. Голдсмита і Е. Познера, їх прагнення підігнати свої обчислення під необхідний результат. Визнаючи існування якої-небудь звичаєвої норми, вони вже заздалегідь ставили правовідносинам, що підтверджують цю норму, вищі бали, а потім точно орієнтувалися на них. Така математика допоможе перевірити, наскільки дотримується те або інше загальновизнане як міжнародний звичай правило поведінки, але навряд чи вона допоможе встановити за правовідношенням, що складається, якість міжнародного звичаю. Тому, по суті, Дж. Голдсміт і Е. Познер переконливо довели, що, по-перше, безумовна орієнтація на практику міжнародних правовідносин, тобто на існуюче, а не на належне, привести до формування міжнародного звичаю не може; а по-друге – що *opinio juris* у своєму найпримітивнішому розумінні (як політичне ситуативне рефлексування) ніякої об'єднаної осмислюючої ролі, яка б узагальнювала соціальну практику і виводила з неї певні соціально значущі моделі поведінки (як належне), грати не може. Виходячи з цього, врешті-решт, теорія ігор з усією очевидністю руйнує теорію міжнародного звичаєвого права, не пропонуючи нічого замість. Про це свідчить, зокрема, і те, що той дійсно величезний обсяг роботи, виконаної американськими вченими, за ідеєю, мав був завершитися якими-небудь математичними формулами або рівняннями (у цьому випадку їх теорія виглядала б завершеною), однак цього зроблено не було. Як вбачається, єдиний позитивний результат даної теорії – це акцентування уваги на проблемі змістового розмежування основних елементів міжнародно-правових звичаїв¹.

Таким самим, на мою думку, «тупиковим» є математичне моделювання міжнародно-правових звичаїв, запропоноване іншими американськими вченими В. Фоном (V. Fon) і Ф. Паризи (F. Parisi), прихильниками ліберально-економічного напрямку в міжнародному праві². Досліджуючи питання про значення протестів держав у прийнятті на себе зобов'язань за міжнародно-правовими звичаями, учені вивели «формулу вигоди», що, власне, і являє собою формулу суб'єктивного елемента звичаю в його найраціональнішому розумінні. Наведу лише

¹ Див. підрозділ 3.1.1 цієї монографії.

² Див.: Fon, V. Stability and Change in International Customary Law [Text] / V. Fon, F. Parisi // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper № 03–21. – 2003. – 31 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ssrn.com/abstract_id=399960.

витяг з їх дослідження, де міститься безпосередній опис процесу виведення зазначеної формули¹.

Спочатку вчені задають ряд умовних значень:

- i – гіпотетична держава;
- ai – імовірність того, що держава « i » одержить вигоду від того, що інша держава буде погоджувати свою поведінку зі звичаєм, що формується;
- βi – імовірність, що держава « i » буде виконувати зобов'язання за звичаєм, який формується, і отже, нести витрати на його створення;
- e – зусилля (витрати), які затрачає держава на виконання зобов'язань з виконання звичаю (наприклад, надання кому-небудь допомоги); Величина буде для всіх однаковою, якщо держави, що беруть участь у звичаї, первісно однорідні (homogeneous);
- ei – зусилля (витрати), які затрачає держава « i » на виконання зобов'язань за звичаєм.

Учені вважають, що якщо допомагати будуть державі « i », то вона одержить вигоду в розмірі bei , де b – це якась константа; а якщо держава « i » буде допомагати кому-небудь, то вона понесе деякі витрати, рівні aei^2 , де a – також якась константа. Крім цього, В. Фон та Ф. Паризи без яких-небудь пояснень вводять якусь дисконтну величину (discount rate) – знижку, що виражена r і завжди більше 0 ($r > 0$).

(Слід зазначити, що вчені у своєму дослідженні не пояснюють більшість вихідних формул і величин. Зокрема, ніяк не пояснюється формула ae^2 . Чому e у квадраті? Так само нічого не сказано про a і b . Про хід міркувань В. Фона і Ф. Паризи можна тільки здогадуватися. Наприклад, формулу ae^2 можна було б пояснити таким чином: чим більше витрати тих, хто виконує зобов'язання, тим більше й вигода тих, хто одержує; отже, вигода є якоюсь залежністю від витрат. Припустимо (без пояснень, як і все інше), що ця залежність така:

$$\begin{aligned} \text{Вигода} &\sim a/b * \text{Витрати}^2, \text{ звідси} \\ b * \text{Вигода} &\sim a * \text{Витрати}^2, \end{aligned}$$

тобто при зусиллях e держави затрачають ae^2 , а одержують be .)

¹ Докладніше див.: Щёкин, Ю. В. Формирование международно-правовых обычаев с позиции методологии либерально-экономического анализа международных правоотношений (на примере концепции В. Фона и Ф. Паризи) [Текст] / Ю. В. Щёкин, С. В. Поляков // Пробл. законности. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 86. – С. 176–185.

На думку цих учених, ідеальний для держави «*i*» рівень участі у звичаї визначається вирішенням такої формули:

$$\max Pi = 1/r(aibei - \beta iaei^2). \quad (a)$$

З формули можна зробити висновок, що вигоди держави *i* визначаються формулою *aibei*, а витрати – $\beta iaei^2$.

Найоптимальнішими будуть зусилля, вкладені у формування звичаю, у тому випадку, коли загальне математичне очікування (тобто різниця між вигодами й витратами з виконання звичаю) буде максимальним. Тобто якийсь звичай буде влаштовувати державу «*i*» найбільше при такому *ei*, коли вираження $aibei - \beta iaei^2$ буде максимальним.

Для того щоб наочно представити дії цих формул, запропонованих ученими, підставимо в них цифри, що умовно визначають розміри витрат і вигід держави «*i*» з формування гіпотетичного звичаю.

Наприклад, нехай $ei=2$; $a=2$; $b=4$; $ai=0,6$; $\beta i=0,4$.

(Ми будемо виходити, що $\alpha + \beta = 1$. Пояснення таке: або проблеми в держави «*i*» – отже, допомагають їй, або в інших держав – отже, допомагають їм. Розмір допомоги визначається величинами *e* і *a*. Оскільки відбувається або одне, або інше (тобто або надання допомоги, або її одержання), то сума ймовірностей дорівнює повній ймовірності – одиниці. Але в розглянутій нами моделі можна, звичайно, вважати ймовірністю β тільки ті випадки, коли держава «*i*» насправді несе витрати (тобто витрати > 0), у протилежному разі $\alpha + \beta$ може і не дорівнювати 1.)

З ймовірністю *ai* ми одержимо вигоду, дорівнювану *bei*, тобто вигода дорівнює $aibei = 0,6 \times 4 \times 2 = 4,8$.

Витрати держави *i* дорівнюють $\beta iaei^2 = 0,4 \times 2 \times 2^2 = 3,2$.

У підсумку загальна вигода (загальне математичне очікування) держави «*i*» дорівнює: $4,8 - 3,2 = 1,6$.

Отже, звичай, що формується, для держави «*i*» прибутковий.

Якщо ж у цьому прикладі змінити значення зусиль, які затрачає держава «*i*» на виконання зобов'язань за звичаєм (*ei*), і зробити їх дорівнюваними, наприклад, 4, обчислення зміняться таким чином:

Вигода держави «*i*» $aibei = 0,6 \times 4 \times 4 = 9,6$.

Витрати держави «*i*» $\beta iaei^2 = 0,4 \times 2 \times 4^2 = 12,8$.

Загальна вигода буде становити $9,6 - 12,8 = -3,2$. Отже, звичай для держави «*i*» збитковий.

(При цьому слід мати на увазі, що держава не визначає своєї участі у звичаї або неучасті в ньому в категоріях прибутковості або збит-

ковості. Припустимо, якийсь звичай для держави збитковий, але неучасть у звичаї ще більш збиткова або – звичай прибутковий, але неучасть прибутковіша. Визначальною є саме абсолютна величина прибутку або збитку.)

Тепер виведемо формулу для визначення рівня оптимальних зусиль по участі у звичаї, вигідному державі «*i*», тобто формулу визначення ei .

В. Фон та Ф. Паризі вважають, що ідеальний рівень участі, обраний державою «*i*», становить:

$$ei = \frac{\alpha ib}{2\beta ia} . \quad (b)$$

Для визначення формули вигоди, що одержить держава «*i*» у зв'язку з витратами з виконання звичаю, підставимо формулу (b) у формулу (a). Одержимо:

$$Pi(ei) = \frac{\alpha i^2 b^2}{4\beta ia r} . \quad (c)$$

Підкреслимо, що формула (c) і є шуканий результат – математична модель психологічного ставлення держави-суб'єкта до якогось гіпотетичного міжнародно-правового звичаю.

Не можна не погодитися, що, незважаючи на те, що багато моментів доводилося домислювати і коментувати, раціональне зерно в запропонованих розрахунках, звичайно, присутнє. Якщо підставити у формули навіть приблизні числа, то можна переконатися, що вони «працюють» і дійсно дозволяють порівнювати вигоди й витрати з формування звичаїв. Однак повністю прийняти їх можна тільки в тому разі, якщо погодитися з вихідними концептуальними положеннями, що випереджають запропоновані формули. Тому проблема, як бачиться, лежить у площині не аналізу безпосередньо вище розглянутих формул, а більш уважного вивчення загального методологічного підходу ліберально-економічного напрямку в міжнародному праві, гарною ілюстрацією й логічним наслідком якого служать розрахунки його прихильників – В. Фона та Ф. Паризі.

В основі ліберально-економічного осмислення міжнародного права лежить безумовне визнання винятково раціональної поведінки суб'єктів міжнародних правовідносин. Кожний з них прагне покорис-

туватися із взаємодії один з одним і обирає для цього тільки раціональні засоби. Міжнародні відносини розглядаються як гігантський ринок, між учасниками якого здійснюється вільний економічний обмін. Предметом такого обміну може бути абсолютно все. Гуманістичні цінності визнаються, але пріоритетність їх заперечується. Як зазначає О. О. Мережко, «права людини в очах adeptів теорії економічного аналізу являють таку ж цінність, що й будь-які державні інтереси і міркування»¹. У результаті, на що також справедливо вказує цей учений, економічний метод веде до вихолощування гуманістичного змісту права².

На цей же недолік указують учені, які глибоко вивчали лібералізм як особливу філософську доктрину. Так, О. С. Панарін пише: «Ліберальна теорія “раціонального вибору” малює нам людей, взагалі не здатних до скільки-небудь тривалої й стійкої інтеграції. Вона припускає, що до будь-якої проблеми люди приступають як суб’єкти, споконвічно ізольовані та обділені яким би то не було загальним стартовим культурним капіталом. Вони дивляться на будь-яку ситуацію виключно з позицій індивідуальної вигоди, що розуміється раціоналістично, яка спочатку їх усіх розділяє. І як ці спочатку розділені соціальні атоми, що не мають ніякого колективного культурного капіталу, вони й вступають у відносини між собою. Будь-які з цих відносин прийнятні для них лише тією мірою, якою приносять вигоду, і вся проблема зводиться до того, як погодити свої індивідуальні стремління до вигоди таким чином, щоб уникнути „нецивілізованого насильства”»³.

Стосовно міжнародного звичаєвого права даний недолік виявляється особливо яскраво. Прихильники розглянутої теорії моделюють процес формування міжнародно-правових звичаїв як би «з нуля», вибудовуючи відносини держав таким чином, начебто спочатку вони були відділені одна від одної, і ніколи раніше не існувало ніяких історичних, культурних, економічних, політичних та інших відносин між ними й народами, що їх утворюють.

Тому настільки складно, використовуючи запропонований економічний аналіз, який обіграє тільки егоїстичне прагнення до одержання прибутку за допомогою всіляких математичних побудов, пояснити традиційні загальнолюдські цінності, що просочують усе сучасне міжнародне звичаєве право. Мотивація діяльності суб’єктів, побудована

¹ Мережко, А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Юстиниан, 2002. – С. 72.

² Там само.

³ Панарин, А. С. Народ без элиты [Текст] / А. С. Панарин. – М. : Алгоритм, Эксмо, 2006. – С. 195–196.

на раціональному розумінні міжнародно-правових відносин, гранично спрощена, оскільки спрямована на досягнення очевидних вигод (у цьому суть «раціонального вибору»). Така думка, можливо, й відбиває, до певної міри, природну реакцію і людини, і держави на події, що відбуваються. Разом з тим вона не враховує безлічі інших чинників, що справляють безпосередній, а в більшості випадків визначальний вплив на поведінку суб'єктів міжнародних правовідносин. Головними з них є моральні цінності, які втілюють загальнолюдські уявлення про добро і зло, істинне й хибне, справедливе й несправедливе, а також культурну спадщину людей. «Насправді, – пише О. С. Панарін, – реакції людини на подразники сьогодення опосередковані її минулою культурною історією, інтеріоризованою в її свідомості. Саме це гарантує людині вибірковість її поведінки у світі та робить її суб'єктом, уповноваженим – своєю моральною свідомістю і культурою – відбрати події та вибудовувати з них свої ієрархії значущого й незначущого, адекватного і неадекватного, замість того щоб реагувати на них із „собачим автоматизмом”»¹.

Це зауваження має пряме відношення до розуміння внутрішніх, суб'єктивних, *психологічних* механізмів формування у суб'єктів міжнародного права вольових настанов, які глибоко розкриваються тільки психологічною наукою. Її використання в радянській і в сучасній пострадянській доктрині міжнародного права явно недооцінене. Вважається, що науковий термінологічний апарат і методологія досліджень психології застосовні до аналізу тільки міжособистісних відносин. Там же, де у взаємодію один з одним вступають колективні суб'єкти (насамперед держави), її роль досить відносна, що надає міждержавним відносинам штучний, абстрактний, знеособлений характер, а врешті – уводять від проблем, природних і актуальних для кожної людини.

Як приклад можна навести міркування С. В. Черніченка. Він вважає, що не можна змішувати розуміння волі в психологічному, соціальному і юридичному сенсі, «інакше неминучі теоретичні непорозуміння, які можуть привести й до негативних практичних наслідків»². Він погоджується з тим, що «в основі будь-якої волі в соціальному і юридичному сенсі лежить воля в психологічному сенсі, воля індивідів, з тих або інших угод яких, соціально детермінованих (тобто спо-

¹ Панарин, А. С. Народ без элиты [Текст] / А. С. Панарин. – М. : Алгоритм, Эксмо, 2006. – С. 194.

² Черниченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. [Т. 2 : Старые и новые теоретические проблемы] / С. В. Черниченко. – М. : НИМП, 1999. – С. 247.

лучень, що виникли в результаті дій певних соціальних факторів), виникає якісно інший феномен – воля держави в соціальному і юридичному сенсі¹. Однак така воля (у юридичному й соціальному сенсі) має свою особливість – вона цікава «практично, не сама по собі, а у виявленому вигляді, як волевиявлення»². Якщо воля не виявлена і юридично не формалізована, то в юридичному сенсі її не існує.

Волевиявлення індивідуумів-лідерів, особливо коли вони є державними службовцями, що посідають високий щабель в ієрархії державних органів, має величезне значення у формуванні й формулюванні єдиної волі держави. Такий психологізм учений визнає. Але цей психологізм відступає, губиться перед волею маси, більшості, перевага якої, на думку С. В. Черніченка, очевидна: «Волевиявлення лідерів будь-якої соціальної групи, природно, не довільні. Вони відіграють роль у тому випадку, якщо лідер зможе досить точно виразити те, що на думку членів такої групи відбиває її інтереси»³. У такий спосіб психологічний аспект формування волі виявляється тільки на найнижчому рівні – міжособистісних відносин, у тому числі, якщо вони стосуються якої-небудь політичної активності в рамках держави. Далі вчений зауважує: «Шлях формування волевиявлення держави, що виливається в її внесок у міжнародний правотворчий процес, схематично виглядає в такий спосіб: індивідуальні прояви волі у психологічному сенсі, причому соціально значущі (під час виборчої кампанії, у виступах у пресі й т. д.), – волевиявлення держави в соціальному сенсі – волевиявлення держави в юридичному сенсі»⁴.

У результаті вольовий підхід у міркуваннях С. В. Черніченка закономірно набуває позитивних властивостей: «Міжнародне право – об'єктивація погоджених волевиявлень його творців – учасників міждержавних відносин, суб'єктів міжнародного права. Іншими словами, міжнародне право, перш за все його норми, – втілення волевиявлень держав або інших його суб'єктів, результат їх волевиявлень»⁵.

Такий підхід виглядає занадто схематичним і спрощеним. По-перше, він не враховує різноманіття соціальних зв'язків, що не мають прямого відношення до політики, формування яких-небудь органів держави і, отже, безпосереднього відношення до визначення волі держави у внутрішній і зовнішній політиці. Саме такі недержавні відносини становлять основу формування основних правових цінностей –

¹ Черніченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. [Т. 2 : Старые и новые теоретические проблемы] / С. В. Черніченко. – М. : НИМІП, 1999. – С. 247–248.

² Там само. – С. 248.

³ Там само. – С. 249.

⁴ Там само. – С. 252–253.

⁵ Там само. – С. 255.

уявлень про справедливість, рівність, свободу, гуманність, які глибоко психологічні. Уся історія людства – це їх безперервний духовний пошук і душевні муки їх збагнення. Вони, а не формалізована воля держави або якої-небудь соціальної групи, – суть права, корінь правосвідомості, основа для перегляду будь-якого абсурдного, але юридично формалізованого волевиявлення.

По-друге, С. В. Черніченко недооцінює роль сильної особистості у формуванні волі (як позиції) держави на міжнародній арені (як, власне, й у внутрішній політиці), що було занадто характерним для марксистської матеріалістичної філософії. Як зазначає провідний сучасний російський елітолог Г. К. Ашин, «більшість соціальних психологів вважають, що переважна більшість населення (80–90 %) конформні, пасивні, схильні додержуватися зразків, що сконструйовані активною, пасіонарною меншістю, тільки 10–20 % мають здатність усвідомити свої справжні потреби й інтереси та волею реалізувати свої бажання, і тільки невеликий відсоток (називаються цифри від 1 до 5–6 %) мають здатність опиратися зовнішньому тиску, виробити програму дій і повести за собою широкі народні маси шляхом соціальних перетворень»¹. Абсолютно очевидно, що сильна особистість у політиці – це людина із міцною психікою й проникливим розумінням психології людини. Її віра, переконання й визнання часто стають вірою, переконанням і визнанням керованого нею народу.

І, по-третє, відмова в психологічному аналізі поведінки держав, як, власне, і будь-яких інших суб'єктів міжнародного права, що мають похідне від волі й свідомості людей походження, не тільки штучно ускладнює розуміння мотивації їх діяльності в міжнародних відносинах, але головне – також штучно веде до приховання в цих суб'єктах проблем самих людей, і, як наслідок, знімає з порядку денного зовнішньої політики держав – «основних» суб'єктів міжнародного права – проблематику людських інтересів. І. Блюнчлі писав: «Держава, тобто організована народність складається з людських особистостей, і у свою чергу, являє собою колективну особистість, тобто живу, обдаровану волею юридичну істоту, подібно окремій людині. Далі – держава, як і людина, будучи, з одного боку, індивідуумом, а з другого – членом великого цілого – людства. Тому ту ж людську природу й, отже, ту ж правоздатність, якою володіє кожний народ і держава, вони знаходять і у всякому іншому народі й державі. Ця свідомість зв'язує всі

¹ Ашин, Г. К. Элитология [Текст] : учеб. пособие / Г. К. Ашин. – М. : МГИМО-Ун-т МИД России, 2005. – С. 131–132.

народи нерозривними узами, – жоден з них не може ні сам відмовитися від цієї спільної їм природи, не заперечувати її в інших, а ця єдність їх загальнолюдської природи зобов'язує їх до взаємоповаги своєї людської правоздатної істоти»¹.

Отже, психологія довела, що вольові настанови будь-яких взаємодіючих суб'єктів залежать від результатів взаємодії тенденцій *повинності* (рос. – должествования) та *потягу* (рос. – влечения) при виборі цілей, на досягнення яких мають спрямовуватися подальші зусилля.

Так, С. Л. Рубінштейн зазначає, що будь-яка вольова діяльність має цілеспрямований характер². І хоча вибір мети залежить від відповідних спонукань та інтересів конкретного індивіда, постановка мети, а також вибір способів і методів її досягнення обов'язково проходять своєрідний «фільтр» – коригування на суспільно значущі потреби, втілені в моральних нормах. С. Л. Рубінштейн у такий спосіб пояснює психологічні причини цього корегування в поведінці людини: «У людини як суспільного індивіда, як особистості суспільно значуще, що далеко виходить за межі партикулярно-особистісних інтересів й іноді вступає з ними в найжорстокіший конфлікт, стаючи особисто значущим... породжує динамічні тенденції іноді великої діючої сили – *тенденції повинності*, однорідні за своїм динамічним ефектом з *тенденціями потягу*, але істотно відмінні від них за своїм змістом і джерелом. Воля людини – це єдність цих двох компонентів»³.

Таким чином, наукове розуміння природи вольових дій суттєво відрізняється від прийнятого в доктрині міжнародного права, що неприпустимо, оскільки використовується психологічна категорія, а *opinio juris*, за загальним визнанням, є саме психологічним елементом міжнародно-правового звичаю. Суб'єкти міжнародного права у своїй діяльності не можуть не враховувати норми, що мають загальний характер, насамперед основні принципи сучасного міжнародного права. Це об'єктивно необхідно.

Тут важливо зупинитися на тому, чому моральні норми мають явно виражений авторитет для суб'єкта при виборі того або іншого варіан-

¹ Блюнчли, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса [Текст] : монография / И. Блюнчли : пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского. – М. : Тип. К. Индриха, 1876. – С. 2.

² Див.: Рубинштейн, С. Л. Основы общей психологии [Текст] / С. Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2004. – С. 587–590.

³ Там само. – С. 590–591.

та своєї подальшої поведінки, яку він оцінюватиме як правомірну. Навряд чи цю авторитетність можна пояснити *теорією угоди* (консенсусу). Хоча, звичайно, *угода* взаємодіючих суб'єктів у найбільш загальному розумінні цього слова, безумовно, присутня. Однак вона не дає безумовної *впевненості* в правомірності своїх дій, *віри* в них.

Річ у тім, що і мораль, і культура мають ірраціональний характер. І якщо вони «будь-чим зобов'язані» раціональному мисленню, то тільки як попередньому етапу збору й оброблення матеріально-почуттєвої інформації¹. В. А. Бачинін зазначає: «Розумове мислення, будучи раціонально-дискурсивним, націлено на пошук безпосередніх, прилеглих причин речей, явищ і процесів. Його завдання полягає в тому, щоб не просто формулювати свої думки про передбачувані причинні залежності, а й логічно обґрунтовувати їх, тим самим повідомляючи хитким думкам статус сталих знань. Здійснюючи необхідну роботу зі збору інформації та її первинного науково-теоретичного оброблення, розум тим самим випереджає наступні, більш складні й трудомісткі етапи пізнавальної діяльності»².

Увібравши моральні й культурні поведінкові стереотипи до підсвідомого рівня, людина тим самим позбавила себе від щохвилинного обмірковування їх життєвої доцільності. Вона придбала усталені соціальні орієнтири, глибоко повіривши в них. Наприклад, у своєму повсякденному житті люди рідко замислюються про те, що головне призначення моральних норм полягає у збереженні людського суспільства як такого, забезпеченні його виживання і розвитку³. На що, зокрема, указує Дж. Вілсон, який, дослідивши генезис моралі, дійшов висновку, що моральне почуття має адаптаційні властивості: «У протилежному випадку, природний добір працював би проти тих людей, які мали б такі марні властивості, як здатність до співчуття, самоконтроль або бажання бути чесним, і на користь тим, хто мав би протилежні якості»⁴. Тому є природним глибокий зв'язок моралі та права⁵. Про це

¹ Див.: Бачинін, В. А. Морально-правовая философия [Текст] / В. А. Бачинин. – Харьков : Консум, 2000. – С. 40–41.

² Там само. – С. 40–41.

³ Див.: Wilson, J. Q. The Moral Sense [Text] / J. Q. Wilson. – N.Y., USA : The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – P. 23.

⁴ Ibid. – P. 23.

⁵ Див., напр.: Вороніна, М. А. Право в системі соціальних норм [Текст] / М. А. Вороніна // Загальна теорія держави і права : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 229.

пише М. А. Вороніна: «Взаємодія права та моралі полягає в тому, що право, пройняте нормами моралі, ґрунтується на них»¹.

Як поведінка людини визначається інтересами й цінностями суспільства, у якому вона живе, так і поведінка держав, якщо вони, звичайно, прагнуть мирного співробітництва, визначається універсальними цінностями, існування яких доведено в низці сучасних наукових праць². Навіть якщо стати на позицію позитивістського сприйняття міжнародно-правової реальності, у якій держава розглядається як первинний і основний суб'єкт, дотримання норм міжнародної моралі є необхідною умовою ефективного функціонування міжнародно-правової нормативної системи в цілому³. Без нього міжнародні відносини повертаються в епоху державного абсолютизму та права сильного. Тому можна не тільки погодитися з думкою Д. Вагтса (D. F. Vagts), який стверджує, що теорія Дж. Голдсмита і Е. Познера, «по суті, є теорією *проти* звичаєвого права»⁴, а й дати цій теорії більш тверду оцінку – вона проти всього сучасного міжнародного права. До речі, по суті, про це ж пише й Н. Петерсен (N. Petersen): «Однак, якщо існує збіг інтересів, право не потрібне, щоб координувати поведінку держав. Таким чином, Голдсміт і Познер заперечують ефективність звичаєвого міжнародного права»⁵.

Універсальні загальнолюдські морально-етичні норми-принципи, на яких ґрунтуються сучасні концепції природного права і які знайшли

¹ Вороніна, М. А. Право в системі соціальних норм [Текст] / М. А. Вороніна // Загальна теорія держави і права : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 229.

² Див., напр.: Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монография / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – С. 30, 113–117; Жданов, Н. В. Исламская концепция миропорядка [Текст] / Н. В. Жданов. – М. : Международ. отношения, 2003. – С. 356, 357; Engle, K. Culture and Human Rights: The Asian Values Debate in Context [Text] / K. Engle // New York University Journal of International Law & Politics. – 2000. – Vol. 32, № 2. – P. 314.

³ Див., напр.: Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 64–67, 172–173; Дмитриева, Г. К. Принцип справедливости в международном праве [Текст] / Г. К. Дмитриева // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 74; Дмитриева, Г. К. Взаимодействие международной морали и международного права [Текст] / Г. К. Дмитриева // Сов. ежегодник междунар. права, 1977. – М. : Наука, 1979. – С. 150, 151.

⁴ Vagts, D. F. International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence [Text] / D. F. Vagts // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 5. – P. 1031.

⁵ Petersen, N. Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation [Text] / N. Petersen // American University International Law Review. – 2008. – Vol. 23, № 2. – P. 297.

втілення в основних принципах сучасного міжнародного права, настільки глибоко вкоренилися у світовій суспільній свідомості, що стали сприйматися як незаперечні цінності, що вже не потребують доказів суспільною практикою. Загальна практика людства їх сформувала й незліченними прикладами підтвердила їх істинність.

Загальнолюдська значущість низки моральних норм фактично «на віру» була сприйнята творцями міжнародного права після Другої світової війни. Міжнародні судові органи, що компетентні розглядати справи з міжнародних злочинів і порушень норм права збройних конфліктів (Нюрнберзький і Токійський трибунали, Міжнародний суд ООН, Міжнародні трибунали щодо колишньої Югославії і Руанди), майже «бездоказово», тобто без докладного обґрунтування виникнення міжнародно-правових звичаїв до здійснення інкримінованих на їх основі діянь, проголошували моральні норми нормами загального (звичаєвого) міжнародного права і застосовували їх¹.

Це дало деяким ученим можливість заявити про «моментальну» появу, зокрема, звичаєвих норм права збройних конфліктів. У російській доктрині цієї позиції дотримується І. І. Лукашук². З огляду на це він відзначає нову тенденцію у формуванні міжнародно-правових звичаїв, для якої характерне превалювання *opinio juris* над практикою. «Пояснюється ця тенденція, – пише І. І. Лукашук, – потребою забезпечити таке становище, за якого звичаєві норми не відставали б або не дуже відставали б від розвитку міжнародного життя. У зв'язку з цим зростає питома вага нового виду неписаних норм, які не складаються у практиці, а з'являються в результаті визнання державами юридичної чинності за правилами, сформованими в тих або інших міжнародних актах»³.

Як вбачається, пояснення І. І. Лукашука більше схоже на констатацію фактів. На мою думку, проблема тут не в необхідності подолання відставання міжнародно-правових звичаїв «від розвитку міжнародного життя», а в тому, щоб перебороти виключно етатистський підхід до формування цих норм. Іншими словами, у міждержавних звичаях потрібно розгледіти звичаї між людьми. І не просто «розгледіти». Необ-

¹ Див., напр.: Рагинский, М. Ю. Международный процесс главных японских военных преступников [Текст] / М. Ю. Рагинский, С. Я. Розенблит. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1950. – С. 182–187, 204–207; Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 231; D'Amato, A. Trashing Customary International Law [Text] / A. D'Amato // American Journal of International Law. – Vol. 81. – 1987. – № 1 – P. 101–103.

² Див.: Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 231.

³ Там само. – С. 232.

хідно визнати, що міждержавні звичаї у своїй основі є похідними від «міжлюдських» звичаїв і несуть у собі набагато більш давню практику *недержавних* відносин. Саме практика привела до визначення суспільних цінностей і змістових категорій, які закріплені сьогодні в суспільній свідомості, у доктрині міжнародного права обґрунтовуються теорією природного права, а в міжнародному звичаєвому праві виражаються через *opinio juris*.

Той дійсно колосальний вплив *opinio juris* на поточні події міжнародного життя в жодному разі не слід заперечувати. Але цей вплив не веде до переваги якихось абстрактних і утопічних ідей над реальністю. Він є результатом розвитку суспільної практики, закріпленої в теоретичному мисленні у вигляді ціннісних і значеннєвих категорій (принципів). У цьому сенсі можна підтримати позицію Д. П. О'Коннелла, який розглядає *opinio juris* як *повинність* (oughtness). Він пише: «Ця „повинність” є, однак, не просто артефактом мислення, а реальним спонукуванням, що примушує, виходить з необхідності збереження та розвитку суспільного життя¹».

Теоретичне мислення, пройшовши тривалий еволюційний розвиток, з одного боку, вже давно дистанціювалося від власне практики як конкретної матеріально-уречевленої діяльності, але, з іншого боку, зберегло з нею безпосередні глибокі й напружені зв'язки. На підтвердження висловленої ідеї знову звернемося до психологічної науки й процитуємо С. Л. Рубінштейна. Він пише: «Усі розумові операції (аналіз, синтез і т. д.) виникли спочатку як практичні операції і лише потім стали операціями теоретичного мислення. Мислення зародилося у трудовій діяльності й лише згодом виокремилося у відносно самостійну теоретичну діяльність. У теоретичному мисленні зв'язок із практикою зберігається, лише характер цього зв'язку змінюється. Практика залишається основою й кінцевим критерієм істинності мислення; зберігаючи свою залежність від практики в цілому, теоретичне мислення вивільняється з первісної прикованості до кожного одиничного випадку практики»².

Головна особливість теоретичного мислення, що також зазначає С. Л. Рубінштейн, полягає у здатності з висоти накопиченого досвіду передбачати розвиток практики, намітити її загальні й конкретні цілі і за-

¹ O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London: Stevens and Sons, 1970. – P. 6.

² Рубинштейн, С. Л. Основы общей психологии [Текст] / С. Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2004. – С. 311.

вдання (функція планування)¹. Імовірно, саме ця якість привела до популяризації у світовій доктрині міжнародного права ідеї про «миттеву» («моментальну») появу міжнародних космічних звичаїв, яким буде потрібно ще не одне десятиліття, щоб пройти перевірку реальним життям.

Тут необхідно зробити таке принципове уточнення: *opinio juris* не є синонімом теоретичного мислення; воно уособлює тільки частину суспільної свідомості, що стосується цілком певних принципів і норм, які регулюють суспільні відносини. А оскільки специфіка *opinio juris*, за загальним визнанням, полягає в тому, що воно характеризує суб'єктивні уявлення (оцінки) учасників міжнародних правовідносин про їх належну (правильну, правову) поведінку в тій або іншій ситуації, остільки, по суті, *opinio juris* – це вираження правосвідомості суб'єктів міжнародного права. І як правосвідомість *opinio juris* несе в собі не розумове (раціональне), а значеннєве начало в поведінці суб'єктів міжнародного права, яке, важливо зазначити, спирається на велику фактичну практику. І якщо виникає питання про перевагу *opinio juris*, то це, зрештою, є перевага накопиченого практичного досвіду над тими одиничними випадками поточного міжнародного суспільного життя, які з ним не узгоджуються.

Про виникнення природно-правових цінностей і значеннєвих категорій з реального повсякденного життя пише В. А. Бачинін. Він, зокрема, зазначає, що «норми і принципи природного права не є штучним людським винаходом, що вони не придумані людьми, а відкриті. Уже в далекій давнині людина починає виявляти в навколишньому світі істотні закономірності, з якими необхідно рахуватися, за порушення яких доводиться розплачуватися дорогою ціною. Уявлення про суть цих закономірностей і нормативних приписів, що впливають із них, увійшли в архаїчні міфи, релігійні віровчення, у принципи моральності й неписані правила звичаєвого права»².

З цього ж виходить Ж. Пікте, міркуючи про принципи міжнародного гуманітарного права. Він зазначає, що «право частіше слідує за подіями, ніж передус ім. Можна сказати, що один з основних елементів права – це спадкоємність і сталість, тому що саме його реалізація на практиці надає йому необхідної форми»³. Наступні слова Ж. Пікте

¹ Рубинштейн, С. Л. Основы общей психологии [Текст] / С. Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2004. – С. 311.

² Бачинин, В. А. Морально-правовая философия [Текст] / В. А. Бачинин. – Харьков : Консум, 2000. – С. 11.

³ Пікте, Ж. Развитие и принципы международного гуманитарного права [Текст] / Ж. Пікте. – 2-е изд., испр. – М. : Междунар. Комитет Крас. Креста, 2001. – С. 13.

повністю спростовують міф про «моментальність» появи норм права збройних конфліктів: «Коріння гуманітарного права лежать набагато глибше, ніж довгий час думали деякі європейські автори... У дійсності закони війни так само старі, як сама війна, а війна так само стара, як життя на землі»¹. Щоб «побачити» цю багатовікову практику, що підтверджує існування норм міжнародного гуманітарного права, слід відкинути умовності волонтаристського (позитивістського) розуміння міжнародного права, що обмежується лише міждержавними правовідносинами, і досліджувати внутрішню фактичну й правову практику різних держав.

Узагальнивши вищевикладене можна зробити два суттєвих висновки:

1. За вираженням внутрішнього (психологічного) ставлення, що мотивує вольову поведінку будь-яких суб'єктів міжнародного права, у тому числі й таких, як суверенні держави, до певних подій міжнародного життя знаходиться багатовіковий досвід розвитку людської цивілізації, який сформував універсальні морально-правові принципи – ті абсолютні імперативи, що визначають основи правового регулювання міжнародних і внутрішньодержавних відносин.

2. *Opinio juris* – це вияв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, здійснюваний ними на підставі уявлень (переконань, віри, упевненості), сформованих у результаті тривалої міжнародної й внутрішньодержавної суспільної практики, про відповідність праву поведінки в тій або іншій фактичній ситуації на міжнародній арені, і висловлюваний через визнання його як норми міжнародного звичаєвого права.

3.2. Нові тенденції в розумінні строків формування міжнародно-правових звичаїв крізь призму «моментального» нормоутворення

Появу концепції «моментального» («миттєвого») міжнародного звичаєвого права пов'язують переважно зі сферами тих міжнародних відносин, на які активно впливають досягнення науково-технічного прогресу. Мова йде насамперед про співробітництво держав у освоєнні й використанні повітряних, морських і космічних просторів. Уже

¹ Пикте, Ж. Развитие и принципы международного гуманитарного права [Текст] / Ж. Пикте. – 2-е изд., испр. – М. : Международ. Комитет Крас. Креста, 2001. – С. 14.

«класичними» стали приклади таких «моментальних» звичаїв, як суверенітет держав над повітряним простором, розташованим над їх територією, суверенні права прибережних держав стосовно континентального шельфу, що прилягає до їх сухопутних територій, свобода дослідження й використання космічного простору.

Применшення, а по суті — виключення фактора часу з процесу формування міжнародно-правових звичаїв веде до корінного перегляду існуючої теорії міжнародного звичаєвого права. Уже з'явилися пропозиції використовувати концепцію «моментальних» міжнародних звичаїв для вирішення деяких складних проблем сучасних міжнародних відносин. У цьому контексті можна виділити пропозицію американського вченого Б. Ленгілла (B. Langille) про «миттєве» формування міжнародно-правового звичаю, який забороняє надавати допомогу та захисток безпосереднім виконавцям терористичних актів, а також їх організаторам і спонсорам, де б вони не перебували (так звана «доктрина Буша»)¹. Пропозиція вже підтримана і набула певної популярності в американській доктрині. Зокрема, А. Гарвуд-Говерс (A. Garwood-Gowers) з посиланням саме на вищезазначену статтю Б. Ленгілла заявив про формування «нового принципу міжнародного звичаєвого права, який дозволяє використовувати силу як самооборону у відповідь на «збройні атаки», що здійснені недержавними терористичними організаціями»².

Безпосередньою причиною, що спонукала заявляти про такі норми, стали події 11 вересня 2001 р. у Сполучених Штатах. Пропозиції, які, безумовно, викликані добрими намірами, все-таки ще потребують глибоких додаткових досліджень. Так, вчені не пояснюють, наприклад, як запропоновані норми співвідносяться із системою загальноновизнаних принципів міжнародного права і насамперед із принципами невтручання у внутрішні справи інших держав і заборони використання сили або погрози силою, які самі по собі мають звичаєво-правову природу. Чи можлива взагалі «миттєва» зміна (уточнення) імперативних міжнародно-правових звичаїв? Якщо врахувати, що такі норми-принципи є результатом тривалого розвитку людства, еволюції правосвідомості людей у загальносвітових масштабах, проблему можна окреслити шир-

¹ Langille, B. It's «Instant Custom»: How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001 [Text] / B. Langille // Boston College International & Comparative Law Review. – 2003. – Vol. 26, № 1. – P. 145, 156.

² Garwood-Gowers, A. Self-Defence Against Terrorism in the Post-9/11 World [Text] / A. Garwood-Gowers // Queensland University of Technology Law and Justice Journal. – 2004. – Vol. 4, № 2. – P. 177.

ше: чи веде дана концепція до радикальної зміни традиційних уявлень про строки формування звичаїв міжнародного права? Чи існують які-небудь якісні характеристики (критерії) «моментального» звичаєвого нормоутворення, що перешкоджають та/або хоча б обмежують використання цієї концепції для політичних спекуляцій?

Суть концепції «моментальних» звичаїв полягає в особливому порядку їх формування. Він докорінно відрізняється від створення тих міжнародно-правових звичаїв, які з урахуванням нововведення можна віднести до «традиційних». У доктрині міжнародного права загально-прийнята позиція, згідно з якою міжнародно-правовий звичай формується на основі визнання юридично обов'язковим правила поведінки, що склалася у практиці суб'єктів міжнародного права. Спочатку виникає стала практика, а потім їй надається юридично обов'язковий характер. Такий порядок формування міжнародних звичаїв логічно впливає зі змісту п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, відповідно до якого цей судовий орган при вирішенні переданих йому спорів застосовує, у тому числі «міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної як правова норма».

Формування «моментальних» міжнародних звичаїв здійснюється інакше. У цілому можна виділити два способи: із традиційною послідовністю елементів звичаїв (практика – *opinio juris*) та зі «зворотною» послідовністю (*opinio juris* – практика). І в першому, і у другому способі роль практики значно знижена за рахунок скорочення проміжку часу, що відводиться на неї, і зменшення важливості повторів конкретних відносин (прецедентів), які формують практику. Роль *opinio juris*, навпаки, непорівнянно зростає. Слушно зазначає П. Маланчук: «Ця концепція полягає у запереченні важливості практики держав та суттєвості фактора часу у формуванні звичаєвого міжнародного права та спиранні виключно на *opinio juris*, виражену в необов'язкових резолюціях і деклараціях, як складовий елемент звичаю»¹.

І. І. Лукашук характеризує «моментальні» звичаї таким чином: виділяючи їх в особливу групу, він указує, що їх основна відмінність полягає в тому, що юридичною силою наділяються ті неписані правила, які створені «не в результаті тривалої практики, а шляхом визнання декількох або навіть одного попереднього акта»². У більшості випадків

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 83.

² Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 219.

правило спочатку формується в різних, переважно міжнародних політичних документах, які не мають юридично обов'язкового характеру (наприклад, у резолюціях міжнародних органів і організацій), а потім воно реалізується на практиці. Учений зазначає: «У таких норм спільне із традиційними звичаєвими нормами полягає в неписаній формі та в *opinio juris*, відмінність – у тому, що вони не тільки закріплюють сформовану практику, а й покликані її формувати. У них вище питома вага належного, ніж сущого в порівнянні з нормами першого виду»¹.

Що стосується зниження ролі часового фактора, то І. І. Лукашук, як і більшість фахівців, які підтримують концепцію «миттєвих» звичаїв, апелює до рішення Міжнародного суду ООН у *справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії і Нідерландів, 1969 р.)*². У пункті 74 рішення Суд, зокрема, зазначив, що «сплив короткого періоду часу не є обов'язково або сам по собі перешкодою для утворення нової норми міжнародного звичаєвого права»³.

Отже, головна відмінність «моментальних» міжнародно-правових звичаїв полягає в запереченні важливості практики. Незвичайність такого твердження полягає в тому, що воно вступає в явне протиріччя з поглядами, що устоялися як у вітчизняній, так і в закордонній доктрині міжнародного права щодо формування міжнародно-правових звичаїв, відповідно до яких саме практиці надається основне значення. «Той, хто стверджує наявність звичаю, – пише Я. Броунлі, – повинен довести існування загальної практики»⁴. Г. М. Даниленко зазначає, що «звичаєве право є продуктом практики, і тільки практики»⁵.

Усі відомі критерії щодо утворення міжнародних звичаїв переважно стосуються елемента практики: тривалість, повторюваність, загальність, безперервність, визначеність. До цього додамо те широке змістове значення, що традиційно надається поняттю «практика» як елементу міжнародної звичаєвої норми. Зокрема, сам І. І. Лукашук включає до нього найрізноманітніші форми поведінки суб'єктів міжнародного права та їх органів. Причому останнім часом, як вважає цей учений, «все більшого значення набувають такі форми практики, у яких позиція суб'єктів виражена достатньо чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних

¹ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 219.

² Там само.

³ North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark & Netherlands), Judgment of 20 February 1969 // I.C.J. Reports, 1969. – Para. 74.

⁴ Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 31.

⁵ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 65.

органів і організацій)»¹. Якщо залишатися вірним такій позиції та бути послідовним, то видання різних політичних документів, що містять рекомендовані суб'єктами міжнародного права правила поведінки, вже є ні чим іншим, як практикою. У чому ж тоді виявляється особлива роль елемента *opinio juris*? Як вона виражена? Чи можна яким-небудь чином відокремити форми прояву *opinio juris* від практики? Постановка цих питань повертає нас до вже розглянутої вище проблеми розмежування за змістом основних елементів міжнародно-правового звичаю – об'єктивного і суб'єктивного.

Найбільш контрастно зазначені протиріччя виявляються в «моментальних» звичаях міжнародного космічного права. Але перш ніж перейти до їх безпосереднього аналізу, хотілося б привернути увагу на існуюче у вітчизняній юридичній літературі досить значне розмаїття думок не тільки про те, які «космічні» звичаї з'явилися «моментально», а й про те, які звичаї у сфері дослідження й використання космосу існують взагалі.

Так, І. І. Лукашук говорить про «право нешкідливого польоту над територією іноземних держав»². В. Г. Буткевич стверджує про появу «моментального» звичаю, що дає право «для польоту космічного об'єкта через чужу територію»³. Можна припустити, що і в цьому випадку мова йде про право польоту над територією іноземних держав. Хоча, звичайно, існує різниця між польотом у *космосі* над територією іноземних держав і польотом у *повітряному просторі*, який є невід'ємною складовою частиною території будь-якої держави.

Г. В. Ігнатенко говорить про «свободу використання космічного простору»⁴. Про наявність, до речі, саме цієї норми заявляє найбільша кількість учених. В. М. Постишев і А. Г. Ляхов також переконані в тому, що у «становленні принципу дослідження й використання космічного простору» важливу роль відіграв міжнародний звичай⁵. П. В. Саваськов

¹ Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 75.

² Там само. – С. 77.

³ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 122.

⁴ Международное право [Текст] : учеб. для вузов / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, О. И. Тиунов и др. ; под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 1995. – С. 95, 96.

⁵ Постышев, В. М. Международное воздушное и международное космическое право: некоторые аспекты соотношения и взаимодействия [Текст] / В. М. Постышев, А. Г. Ляхов // Рос. ежегодник междунар. права, 1992. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1994. – С. 80, 81.

заявляє про швидке формування «звичаєвої норми міжнародного права, відповідно до якої держави стали володіти свободою дослідження й використання космічного простору»¹.

Існують думки про швидку появу відразу декількох міжнародно-правових звичаїв, що стосуються космосу. А. А. Подаков пише про появу таких звичаїв, як «принцип непоширення державного суверенітету на космічний простір, рівне право всіх держав на дослідження й використання космосу, відповідність космічної діяльності загальному міжнародному праву, міжнародну відповідальність держав за національну космічну діяльність»². М. В. Буроменський стверджує: «Перші та найважливіші міжнародно-правові норми в цій галузі з'явилися ще до укладання міжнародних договорів про космос і були звичаєво-правовими. Вони встановлювали таке: а) космос є загальним спадком людства та не може бути об'єктом державного привласнення; б) космос може використовуватися лише в мирних цілях»³.

Найбільш ґрунтовно й аргументовано підходить до цього питання Н. Р. Малишева. Вона вважає, що до прийняття в 1967 р. Договору про космос статусу міжнародно-правових звичаїв набули два основоположних принципи міжнародного космічного права, щодо яких було досягнуто консенсусу в Юридичному підкомітеті Комітету ООН з мирного використання космічного простору, а саме: 1) свобода дослідження й використання космічного простору і небесних тіл і 2) непривласнення космічного простору і небесних тіл⁴.

Не будемо вступати в дискусію щодо того, які саме норми міжнародного космічного права з'явилися «моментально» або протягом короткого проміжку часу (хоча не можна не зазначити, що вже наявність цієї дискусії сама по собі свідчить не на користь їх «загально-визнаності»). Зупинимося лише на тих аргументах, які найчастіше використовуються як докази максимально коротких строків формування цих норм.

Одним із головних доказів появи «космічних» звичаїв стали резолюції Генеральної Асамблеї ООН, на основі яких був розроблений

¹ Международное право [Текст] : учебник / отв. ред. : Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Междунар. отношения, 1998. – С. 21.

² Международное право [Текст] : учебник / отв. ред. В. И. Кузнецов. – М. : Юристъ, 2001. – С. 355.

³ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 136.

⁴ Малишева, Н. Р. Нариси з космічного права [Текст] / Н. Р. Малишева. – К. : Алерта, 2010. – С. 31.

Договір по космосу 1967 р. Мова йде насамперед про резолюції 1721 (XVI) від 20 грудня 1961 р., 1802 (XVII) від 14 грудня 1962 р. і 1962 (XVIII) від 13 грудня 1963 р. З них особливо виділимо останню, котра називається «Декларація правових принципів, що регулюють діяльність держав з дослідження й використання космічного простору». Одноставне прийняття цих резолюцій дало деяким ученим підставу стверджувати про наявність у них особливих юридичних наслідків. Наприклад, І. П. Бліщенко зазначає: «Резолюції Генеральної Асамблеї ООН мають рекомендаційний характер, однак, прийняті одногосно, вони виражають погоджені позиції держав щодо змісту певного способу дій, дотримуватися якого бажано для міжнародного співтовариства в цілому»¹. Про це ж пише В. Лоу (V. Lowe): «Ці резолюції були схвалені без розбіжностей і свідчать про наявність міжнародного консенсусу стосовно того, які повинні бути правові принципи, що регулюють космічний простір. Відтоді вважають, що підстава зобов'язуючої сили звичаєвого міжнародного права полягає у вільно вираженій згоді держав, що і буде їх зобов'язувати; широко поширене переконання в тім, що ці резолюції ефективно створювали «миттєве» звичаєве міжнародне право»². І далі вчений ставить знак рівності між цими резолюціями і міжнародним договором: «Немає сенсу чекати, щоб пройшов тривалий період часу, протягом якого держави будуть утримуватися від домагань на проголошення суверенітету, наприклад, на Місяці, якщо існує ясна угода (agreement) про те, що такі домагання будуть неправомірними»³.

Можна припустити, що саме уявлення про особливу роль перших резолюцій щодо космосу, прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН одноставно, і послужило розвитку ідеї про новий спосіб формування міжнародно-правових звичаїв, у якому практика має другорядне значення. У міжнародному космічному праві розрив між ідеєю й реальністю, наміром і подією, теорією й практикою виявляється набагато виразніше, ніж в інших галузях міжнародного права. Учені одноставні в оцінці специфіки процесу нормоутворення в цій галузі. Як зазначає І. П. Бліщенко з цього приводу, «...характерна риса процесу нормоутворення в міжнародному космічному праві полягає в тому, що в більшості випадків прийняття норм або передує практиці, або відбуваєть-

¹ Международное космическое право [Текст]: учебник / отв. ред. А. С. Пирадов. – М.: Междунар. отношения, 1985. – С. 27.

² Lowe, V. International Law [Text] / V. Lowe. – N. Y., U.S.A.: Oxford University Press, 2007. – P. 42.

³ Ibid.

ся одночасно з нею, а не слідує за практикою, як це мало місце в інших галузях міжнародного права»¹.

Зазначимо, що таке, «перевернене», уявлення про послідовність виникнення елементів звичаю дозволило Ж. Хенкіну висунути концепцію *цілеспрямованого звичаєвого права* (purposeful customary law). Як пише цей учений, «цілеспрямоване створення звичаю – це радикальна інновація, яка в дійсності відображає радикальну концепцію»². На його думку, «цілеспрямоване нове звичаєве право відбиває бажання великої кількості держав змінити старе право або сформувати нове право в системі, що не має законодавства, без повільного, заплутаного, важкого, коштовного процесу створення права за допомогою багатостороннього договору та без зіткнення з політичними перешкодами до укладення формальних угод, перешкодами як у міжнародній системі, так і в межах національних урядів»³.

Але чи означає це, що міжнародно-правові звичаї можуть з'явитися тільки на основі заяв і декларацій, які не мають юридично обов'язкового характеру? Інакше кажучи, чи можуть міжнародно-правові звичаї по космосу сформуватися лише на основі ідеальних уявлень про бажану майбутню поведінку держав й інших суб'єктів міжнародного права без конкретних прикладів їх фактичної поведінки, що підтверджує заявлену ними раніше позицію?

М. П. Шарф (M. P. Scharf) з цього приводу визначає три проблеми обґрунтування теорії «миттєвого звичаю» у контексті саме міжнародно-правового регулювання міжнародних космічних відносин на підставі лише резолюцій Генеральної Асамблеї ООН. Перша полягає в тому, що у Статуті ООН слово «рекомендувати» стосовно повноважень та функцій Генеральної Асамблеї вжито не випадково. Про намір наділити цей головний орган ООН компетенцією приймати тільки необов'язкові резолюції безпосередньо свідчать протоколи переговорів щодо підготовки тексту Статуту ООН. Друга проблема пов'язана з тим, що держави нерідко голосують за резолюції Генеральної Асамблеї, бажаючи покращити свій імідж або на угоду іншим державам, не очікуючи на те, що міжнародне співтовариство оцінить їх голоси як визнання нової правової норми. І третя проблема, на думку вченого, полягає в «теплих» умовах прийняття таких резолюцій: «Норма,

¹ Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред. А. С. Пирадов. – М. : Междунар. отношения, 1985. – С. 26.

² Henkin, L. International Law: Politics and Values [Text] / L. Henkin. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1995. – P. 37.

³ Ibid.

основана тільки на резолюціях Генеральної Асамблеї, навряд чи досягне істотної підтримки в реальному світі і, отже, буде мати наслідком скоріше послаблення ніж посилення верховенства права»¹.

На мій погляд, одних тільки заяв, декларацій, рекомендаційних резолюцій міжнародних організацій для встановлення наявності міжнародно-правових звичаїв недостатньо. Необов'язкові в юридичному плані міжнародні документи сприяють проясненню політичної позиції держав з будь-якого питання, допомагають виявити думки й інтереси учасників міжнародних відносин, що збігаються. Надалі такі документи стають гарним фундаментом для вироблення норм міжнародного права або за допомогою проведення міжнародних переговорів з метою укладання міжнародних угод, або через здійснення діяльності, що у цілому відповідає заявленій раніше позиції й вела б, таким чином, до формування міжнародних звичаїв. Що, до речі, зовсім не припускає «миттєвого» створення норм. Цей процес нормоутворення потребує часу.

Чим більша узгодженість позицій під час прийняття подібного роду міжнародних політичних документів, тим більше шансів на ефективну взаємодію держав й інших суб'єктів міжнародного права зі створення міжнародно-правових норм. Саме в такому сенсі, на мою думку, слід сприймати резолюції Генеральної Асамблеї ООН, прийняті одногосно або переважно більшістю голосів. У момент прийняття вони не створюють норми міжнародного права. Якби це було так і держави – члени ООН знали про це завчасно, імовірно, далеко не в усіх випадках можна було б очікувати тієї єдності, що вже неодноразово мала місце.

У зв'язку з цим стосовно міжнародного космічного права необхідно звернути увагу на те, що багато фахівців заявляють про переважно договірний шлях формування та прогресивного розвитку даної галузі (Г. П. Жуков², П. І. Лукін³, О. М. Григоров⁴ й ін.). Ці вчені або взагалі заперечують існування міжнародно-правових звичаїв у сфері регулю-

¹ Scharf, M. P. Seizing the «Grotian Moment»: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change [Текст] / М. P. Scharf // Cornell International Law Journal. – 2010. – Vol. 43, № 3. – Р. 447, 448.

² Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред. : Г. П. Жуков, Ю. М. Колосов. – М.: Междунар. отношения, 1999. – С. 11.

³ Международное космическое право [Текст]. – М. : Междунар. отношения, 1974. – С. 59.

⁴ Міжнародне право: основні галузі [Текст] : [підручник] / за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2004. – С. 483.

вання відносин по космосу (як, наприклад, це робить П. І. Лукін¹), або говорять про них досить стримано, вказуючи лише на можливість появи деяких звичаєвих норм при виконанні низки умов, головною з яких є саме практика, а не *opinio juris*. Так, загальноновизнаний фахівець у галузі міжнародного космічного права Г. П. Жуков пише: «У доктрині висловлюється думка, що багато положень Декларації 1963 року, яка в момент прийняття Генеральною Асамблеєю ООН також мала рекомендаційний характер, згодом набули сили міжнародного звичаю. Цьому сприяли такі фактори, як її одностороннє схвалення, наступна розробка на її основі Договору по космосу та, що особливо важливо, практика держав, які підтримують і дотримують принципи Декларації протягом тривалого часу незалежно від того, чи є вони учасниками Договору 1967 року, чи ні»².

Відповідно, практику «протягом тривалого часу», за словами Г. П. Жукова, не можна виключати з процесу створення міжнародно-правових звичаїв, що значно підриває основу розглянутої концепції. Такої ж думки і Г. М. Даниленко: «Концепція „моментального” звичаю не враховує специфіки міжнародного звичаєвого нормоутворення. Оскільки звичай створюється практикою держав, „моментального”, або „миттєвого”, звичаю в реальному житті бути не може»³. П. Маланчук, розглядаючи концепцію «моментальних» звичаїв, зазначає: «Зважаючи на природу децентралізованої системи міжнародного права та складову роль практики держав як об'єктивного елемента у формуванні звичаєвого права, що дозволяє відрізнити її від зобов'язань, що не мають обов'язкової сили, *opinio juris* сама по собі, навіть за умови, що деякими державами вона визнана за суб'єктивний елемент, є недостатньою, щоб установити загальний звичай у суперечних випадках»⁴. Нгуен Куок Динь, П. Дайє та А. Пеле теж переконані, що «поняття „миттєвого”, або „негайного”, звичаю слід відхилити», тому що «окремий прецедент не може привести до народження звичаєво-правової норми»⁵.

¹ Международное космическое право [Текст]. – М. : Междунар. отношения, 1974. – С. 63–66.

² Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред.: Г. П. Жуков, Ю. М. Колосов. – М.: Междунар. отношения, 1999. – С. 12–13.

³ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 99.

⁴ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 84.

⁵ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр.: [у 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 197.

Підкреслимо, що і пункт 74 рішення у *справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.)*, який часто цитується прихильниками концепції «моментальних» звичаїв, крім вказівки на можливість формування міжнародно-правових звичаїв протягом короткого проміжку часу, у тому числі, містить вимогу до практики: «Практика держав, включаючи ті держави, чий інтереси порушені, повинна бути одночасно широкою (extensive) і дійсно одноманітною (uniform)»¹.

Тут можна повністю погодитися з Е. Х. де Аречагою, який, на відміну від прихильників концепції «моментальних» звичаїв, коментуючи нове ставлення Міжнародного суду в цій справі до елемента часу, не відокремив його від важливості у формуванні міжнародно-правових звичаїв практики як такої, а тільки підкреслив її нове, уточнене розуміння. «Не прийнявши концепцію так званого „моментального звичаю“, – зазначив учений, – Суд, проте, визнав за можливе виходити з того, що практика держав, яка нараховує близько п'ятнадцяти років, є вже достатньою для утворення звичаєвої норми міжнародного права. Ця позиція Міжнародного суду служить підтвердженням того, що традиційна вимога про тривалість міжнародної практики є не самоціллю, а лише засобом доказу її загальності й однаковості»².

Аналогічної позиції дотримується Комітет із загального звичаєвого права Асоціації міжнародного права. У пункті 12 (i) своєї Остаточної доповіді Комітет указав, що «загальне звичаєве міжнародне право створюється державною практикою, що є одноманітною, широкою та представницькою за своїм характером»³. У наступному пункті – п. 12 (ii) – Комітет торкнувся критерію часу: «Хоча звичайно деякий час спливе перш ніж з'явиться достатня практика, яка задовольнятиме цим критеріям, визначеної кількості часу не вимагається»⁴.

У коментарях до цих пунктів Комітет погодився з тим, що «деякі звичаєві норми виникли досить швидко: наприклад, суверенітет над повітряним простором і режим континентального шельфу, тому що

¹ North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark & Netherlands), Judgment of 20 February 1969, Para. 74 // I.C.J. Reports, 1969. – P. 44.

² Аречага Э. Х. де, Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 42.

³ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 20 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

⁴ Там само.

істотна й представницька кількість державної практики з'явилася швидко у відповідь на нову ситуацію»¹. Але далі він застеріг від того, щоб його позицію тлумачили як визнання самої можливості міжнародно-правового звичаю з'являтися занадто швидко: «Однак, природна річ, буде нормально необхідним, щоб спливи якийсь час, перш ніж практика дозріє до норми... Навіть у сучасну епоху доступних і миттєвих (instantaneous) комунікацій, якщо держави або група держав погоджується із практикою, іншим потрібен [час], щоб обміркувати, як вони вважають за необхідне відреагувати на неї»².

Практика як основа для формування звичаєвої норми не може тривати одночасно. Одних намірів, виражених у політичних документах, явно недостатньо. Переконання у правоті дій (або утриманні від них), здійснюваних в аналогічних життєвих ситуаціях, формується поступово. Процес формування переконання є багатоплановим, 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 тверезо й неупереджено оцінити його результати. Це, у свою чергу, веде або до закріплення цієї поведінки як нормативного зразка (формування норми права), або відбраковує її³. Моментально (миттєво) цей процес відбутися не може.

З чим, однак, не можна не погодитися, так це з тим, що процес формування звичаю може бути деякою мірою (але навряд чи дуже значно) прискорений завдяки «доступним і миттєвим комунікаціям» (як сказано в доповіді Комітету із загального звичаєвого права), які поширюють новий поведінковий досвід і можуть, що, до речі, зовсім не обов'язково, привести до його широкого запозичення – однакового застосування. Але, знов-таки, повторимось, тільки за умови проходження всіх етапів (суб'єктивного й об'єктивного) формування такої норми.

¹ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 20 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

² Там само. – P. 20, 21.

³ Докладніше див. підрозділ 3.1 цієї монографії.

Примітно, якщо відволіктися від тематики «космічних» відносин і застосувати аргументацію прихильників «моментального» звичаєвого нормоутворення до відносин, міжнародно-правове регулювання яких має в сучасному суспільстві найбільш високу моральну підтримку – норм міжнародного гуманітарного права, – будемо змушені констатувати, що сумніви в «миттєвому» походженні таких норм існують навіть серед переконаних прихильників цієї концепції. Причому, здавалося б, у найочевидніших випадках. Про це, наприклад, свідчить дослідження, проведене вченими С. Бенеском (S. Benesch), Г. Макгроу (G. McGrory), К. Родригесом (C. Rodriguez) і Р. Слоуном (R. Sloane) з приводу «прискороеного» формування в міжнародному звичаєвому праві норми, що забороняє протипіхотні міни¹.

З одного боку, вищевказані вчені апелюють до концепції «моментальних» звичаїв як до такої, що не вимагає в цей час будь-яких особливих доказів. Вони просто сприймають її, як то кажуть, «на віру». Втім, з другого боку, вони утримуються від тверджень, що норма, яка забороняє протипіхотні міни, уже сформована як міжнародно-правовий звичай. І це за наявності, як вони самі зазначають, універсальної Конвенції про заборону застосування, нагромадження запасів, виробництва та передачі протипіхотних мін та про їх знищення 1997 р., що набрала чинності 1 березня 1999 р., підписаної 134 державами та ратифікованої на момент опублікування їх дослідження 65 з них². Учені лише роблять припущення про можливість формування цих норм найближчим часом, супроводжуючи їх різними застереженнями та умовами. Зокрема, вони пишуть: «Існує миттєвий імпульс (rapid momentum) до [формування] звичаєвої норми проти використання протипіхотних мін. Важко передбачити, як швидко норма кристалізується і яке припущення негайно стане предметом дискусії, але ми думаємо, що більшість учених-

¹ Див.: Benesch, S. International Customary Law and Antipersonnel Landmines: Emergence of a New Customary Norm [Електронний ресурс] / S. Benesch, G. McGrory, C. Rodriguez, R. Sloane. – Режим доступу: http://www.icbl.org/lm/1999/appendices/custom_law.html.

² На сьогоднішній день Конвенцію про заборону застосування, нагромадження запасів, виробництва та передачі протипіхотних мін та про їх знищення підписало і ратифікувало або приєдналося до неї 157 держав (див.: International Campaign to Ban Landmines [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/States-Parties>). До цього додамо, що раніше норми, які забороняють протипіхотні міни, були закріплені в Конвенції про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатись такими, що завдають надмірні ушкодження або мають не вибіркову дію 1980 р., трьох протоколах до неї (Протокол II у редакції 1996 р.).

юристів і практиків погодяться з тим, що звичай, який забороняє міни, кристалізується в найближчому майбутньому»¹. Ще одна цитата, у якій учені висловлюються більш виразно: «Не можна сказати, що у випадку протипіхотних мін сформувався миттєвий звичай, тому що була усталена практика, яка суперечить новій нормі, та тому що всі держави одразу не досягли консенсусу [з цього питання]»².

Знову підкреслимо: мова йде про норму міжнародного гуманітарного права, яка вже має найширше договірне закріплення та, відповідно, найширше світове визнання – *opinio juris*. Тому, повертаючись до правовідносин, пов'язаних із космічними просторами, дозволимо стверджувати, що без фактичної практики, яка реалізує добрі наміри держави щодо космосу як спільного спадку людства, формування вищевказаних норм у вигляді міжнародно-правових звичаїв є незавершеним і, певна річ, воно не могло бути миттєвим. Можна повністю погодитися з А. Д'Амато, який вважає, що «якщо пізніше, коли дослідження й використання космічного простору стануть технічно можливими, держави погоджуватимуть свою поведінку з резолюцією (мається на увазі Декларація ГА ООН від 13 грудня 1963 р. – *Ю. Ш.*), тільки тоді ми зможемо заявити про встановлення звичаєвого права»³.

Цієї ж думки дотримується М. О. Баймуратов, закликаючи звернути увагу на, в принципі, очевидні речі: «Слід вказати на те, що космічний простір, який розташований, у юридичному та фізичному сенсі, за межами земного повітряного простору та простирається в нескінченність, не маючи ніякої межі, не пристосований для життя та діяльності людини, а також ніяких інших живих істот, крім спеціальних апаратів і пристроїв, причому на обмежений час. Тому зараз для держав не має сенсу заявляти про територіальні домагання на певні ділянки таких просторів»⁴.

Х. Тирлвей (H. Thirlway) оцінив роль резолюцій Генеральної Асамблеї ООН у формуванні міжнародно-правових звичаїв у цілком вузькому сенсі. Критикуючи концепцію «моментального» звичаю, він зазна-

¹ Benesch, S. International Customary Law and Antipersonnel Landmines: Emergence of a New Customary Norm [Електронний ресурс] / S. Benesch, G. McGrory, C. Rodriguez, R. Sloane. – Режим доступу: http://www.icbl.org/lm/1999/appendices/custom_law.html.

² Там само.

³ D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London: Cornell University Press, 1971. –Р. 77.

⁴ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст]: учебник / М. А. Баймуратов. – Киев: Истина, 2004. – С. 508.

чив: «Ця теорія, хоча й була впливовою протягом деякого часу, ніколи не була повністю прийнята, і зрештою була відкинута Міжнародним судом у справах *про військову та напіввійськову діяльність в і проти Нікарагуа та про правомірність погрози або застосування ядерної зброї*, у яких резолюції Генеральної Асамблеї були витлумачені як доказ (evidence) *opinio juris*, але не як акти державної практики. Вбачається, що ця позиція означає таке: якщо в якій-небудь сфері діяльності не було будь-якої можливості для державної практики, звичаєвого права не існує»¹.

Урахування потенційних можливостей держав, а також їх інформованості про діяльність, що відбувається в космічному просторі, є одними з основних умов для адекватної оцінки їх поведінки на предмет наявності міжнародно-правових звичаїв у космічному праві, особливо пасивної. До сьогоднішнього дня коло космічних держав надзвичайно обмежене. Переважна більшість країн світу тільки в далекій перспективі зможе заявити самостійні домагання у сфері дослідження й використання космосу. Їх непротестна поведінка, як вбачається, свідчить, скоріше, не про мовчазну згоду з діяльністю космічних держав, а про їх непоінформованість або недостатню поінформованість про цю діяльність. Слід зазначити, що пасивна поведінка держав, за якої вони не виступають з протестами, обов'язково припускає сплив деякого проміжку часу. Як зазначав Р. А. Каламкарян, «оскільки мовчазна згода ґрунтується цілком або частково на пасивній поведінці держави, досить важко говорити про «моментальний» характер такої згоди»².

Проблема адекватної оцінки пасивної поведінки держав стосовно формування звичаїв міжнародного космічного права набула ще більшої гостроти з прийняттям у 1976 р. деякими екваторіальними країнами Боготської декларації, яка містить домагання на геостационарну орбіту, розташовану на висоті 35 700 км над їх територіями. Незважаючи на однозначну негативну оцінку таких домагань з боку Юридичного підкомітету Комітету ООН з питань космосу³, вони можуть мати правові наслідки. На це, зокрема, вказує Г. Одунтан (G. Oduntan): «Неважко

¹ Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition / ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 126.

² Каламкарян, Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств [Текст] / Р. А. Каламкарян. – М. : Наука, 1984. – С. 109.

³ Див.: Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред.: Г. П. Жуков, Ю. М. Колосов. – М. : Междунар. отношения., 1999. – С. 12.

довести, що Боготська декларація являє собою дійсну зброю в озброєнні будь-якої держави, яка в майбутньому захоче довести, що політ космічних супутників через її територію порушує її повітряний простір. Це особливо стосується тих держав, які є учасниками Боготської декларації, якщо проблеми з демаркації просторів збережуться»¹. Учений закликає з обережністю підходити до вимоги про припустимість протестів тільки на початку формування міжнародних звичаєвих норм, оскільки відсутні загальноприйняті норми щодо тривалості формування звичаїв. Він погоджується з тим, що час, який спливає після польоту першого штучного супутника Землі в 1957 р. і прийняття Боготської декларації, на перший погляд, може здатися досить тривалим. Але при цьому слушно зауважує, що самі «геостаціонарні супутники не стали такими, що моментально моделюються»². Г. Одунтан підсумовує так: «У будь-якому випадку може бути порушено питання, чому економічно бідні екваторіальні держави повинні дотримувати договірних зобов'язань з підтримки статусу космічного простору як загального для всього людства, у той час як економічно розвинені країни одержують фінансові вигоди від використання орбіти та обґрунтовують виключення з міжнародного космічного права, завуальовано розвиваючи концепцію права приватної власності на ресурси, розташовані набагато далі геостаціонарної орбіти та на зоряних тілах»³.

Незважаючи на широку критику заяви учасників Боготської декларації 1976 р., до неї необхідно ставитися з належною увагою. Спочатку нейтральні й обережні позиції бідних країн згодом можуть змінитися та значно вплинути на міжнародний правотворчий процес, як це вже було стосовно інших просторів – морських. Так, свободи відкритого моря піддалися значному корегуванню після того, як рівень науково-технічного розвитку більшості держав дозволив їм не тільки визначати перспективи своїх національних інтересів стосовно морських просторів, що знаходяться далеко від їх берегів, а й вживати при цьому конкретних заходів для їх реалізації. Наприклад, така загально-визнана норма міжнародного морського права, як свобода наукових досліджень у відкритому морі взагалі була поставлена під сумнів у перші роки діяльності ООН⁴, а після завершення роботи III Конфе-

¹ Oduntan, G. The Never Ending Dispute: Legal Theories on the Spatial Demarcation Boundary Plane between Airspace and Outer Space [Text] / G. Oduntan // Hertfordshire Law Journal. – Vol. 1. – Issue 2. – Autumn 2003. – P. 77.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Див.: Высоцкий, А. Ф. Правовые проблемы свободы научных исследований в Мировом океане [Текст] / А. В. Высоцкий. – Киев : Наук. думка, 1974. – С. 24–45.

ренції ООН з морського права можливості реалізації цієї свободи були значно обмежені. Є. І. Карасьов і В. В. Здравенін на початку 1980-х рр. так оцінювали перспективи реалізації свободи наукових досліджень у відкритому морі у зв'язку з прийняттям нової конвенції: «Об'єктивна реальність така, що обмежувальний режим буде охоплювати та більшою мірою вже охоплює близько 40 % простору Світового океану, що, за деякими оцінками, становить не менше 80 % найцікавіших у науковому відношенні областей»¹.

Ще гострішу дискусію в межах ООН на початку 1960-х рр. викликало питання про статус морського дна. З появою та розвитком науково-технічних можливостей деяких економічно потужних держав з розвідки та експлуатації мінеральних ресурсів морського дна, що знаходиться поза межами прилеглого континентального шельфу, їх представниками були висунуті теорії, які повністю суперечать вже загальновизнаному на той момент принципу свободи відкритого моря (теорія «правового вакууму», теорія «національного озера», теорія окупації)². Країнам, що розвиваються, та соціалістичним країнам довелося докласти чимало зусиль, щоб за підсумками діяльності III Конференції ООН з морського права все дно морів і океанів та їх надра, розташовані за межами дії національної юрисдикції прибережних держав, були оголошені «загальним спадком людства» (Глава XI Конвенції ООН з морського права 1982 р.), що логічно відповідало принципу свободи відкритого моря.

Отже, підсумуємо:

1. Час є об'єктивно необхідним чинником зародження й утвердження будь-якої звичаєвої норми міжнародного права. Він може бути нетривалим, але має бути достатнім для виникнення й закріплення практики, яка формує фактичну (об'єктивну) сторону міжнародної звичаєво-правової норми, та з'ясування внутрішнього (суб'єктивного) ставлення до неї її учасників. При цьому точних строків, необхідних для формування того або іншого міжнародно-правового звичаю, не існує.

2. Концепція «моментальних» звичаїв міжнародного права є уразливою для критики. На сьогоднішній день вона не має глибокого наукового обґрунтування і не спростовує існуючої теорії міжнародного

¹ Карасёв, Е. И. Некоторые современные правовые проблемы морских научных исследований [Текст] / Е. И. Карасёв, В. В. Здравенин // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 202.

² Калинин, Г. Ф. Морское дно: кому оно принадлежит? Международно-правовой режим дна морей и океанов [Текст] / Г. Ф. Калинин, Я. А. Островский. – М. : Международ. отношения, 1970. – С. 76–87.

звичаєвого права в цілому та традиційних уявлень про строки формування міжнародних звичаєво-правових норм зокрема. Разом з тим вона акцентує увагу на добре відомих проблемах у традиційній теорії та вказує, зокрема, на необхідність розмежування змісту практики та *opinio juris* як складників, елементів міжнародно-правових звичаїв, а також указує на новий – цілеспрямований – шлях формування міжнародно-правових звичаєвих норм.

3.3. Розширення кола суб'єктів процесу формування міжнародно-правових звичаїв

У доктрині міжнародного права суверенні держави традиційно наділяються винятковою роллю у формуванні міжнародно-правових звичаїв. Отже, з упевненістю можна стверджувати, що переважна більшість учених розглядає їх як єдиних учасників процесу створення звичаєвих норм. Так, Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створений у рамках Асоціації міжнародного права, у своїй Остаточній доповіді об'єктивний елемент звичаю розглядав виключно з погляду практики держав (*state practice*)¹. І це незважаючи на те, що формулювання п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, яке було відправним у цій доповіді, про практику як виключно міждержавну не говорить («міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою»).

Цей підхід домінував у вітчизняній науці за радянських часів. Наприклад, Г. М. Даниленко зазначав, що «практика, яка веде до утворення міжнародного звичаєвого права, є практикою міждержавного спілкування»². Основна проблема, що виникає в цьому зв'язку, це «проблема визначення органів, акти яких сприяють виникненню міждержавної практики, яка конституює звичай»³.

¹ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 13–29 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

² Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 68.

³ Там само. – С. 69.

Цієї ж позиції дотримуються багато сучасних учених. Так, В. Г. Буткевич підкреслює: «Для створення міжнародно-правового звичаю важливою є практика тільки суб'єктів міжнародного права»¹. При цьому він указує на практику держав в особі уповноважених органів зовнішніх зносин і практику міжнародних міжурядових організацій².

І. І. Лукашук, з одного боку, допускає вплив інших, недержавних, суб'єктів на процес формування міжнародно-правових звичаїв, але, з другого боку, його правове значення заперечує. Він пише: «Однак у доктрині нерідко діяльність приватних осіб і корпорацій, яку терплять держави, також належить до практики, вважається такою, що бере участь у процесі створення звичаєвих норм. Діяльність приватних осіб і корпорацій поряд з багатьма факторами впливає на процес формування звичаєвих норм. Однак юридичне значення має тільки позиція, практика самих держав стосовно такої діяльності»³.

М. О. Баймуратов хоча і вказує на те, що міжнародні звичаї «утворюються в результаті взаємних дій держав й інших суб'єктів міжнародного права»⁴, до цих «інших суб'єктів» не відносить неурядові організації та фізичних осіб⁵. Стосовно останніх його позиція категорична: «...фізичні особи (індивіди) не є суб'єктами міжнародного публічного права (виділено М. О. Баймуратовим. – Ю. Щ.). Вони перебувають під виключною юрисдикцією держав, внутрішнім законодавством яких визначається їх правовий статус»⁶.

Безглуздо заперечувати значення суверенних держав і створених ними міжнародних організацій у сучасній міжнародній політиці й міжнародній правотворчості. Питання в іншому. Чи є вони єдиними творцями міжнародного звичаєвого права? Чи можуть міжнародно-правові звичаї виходити від недержавних учасників міжнародних відносин?

Для наочної демонстрації достоїнств і недоліків суто міждержавного підходу до формування міжнародно-правових звичаїв почнемо аналіз проблеми з «уявного експерименту» (thought experiment), запропонованого А. Д'Амато. Цим «експериментом» учений спробував

¹ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 122.

² Там само.

³ Лукашук, І. І. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 229.

⁴ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 37.

⁵ Там само. – С. 64.

⁶ Там само. – С. 74.

довести, що міжнародно-правові звичаї у сфері захисту прав людини виникли саме з міждержавної практики.

Отже, припустимо, що якийсь пан Р, що проживає в державі С, подорожує державою D. Під час однієї із прогулянок його раптово заарештовують, забирають у поліцію, там б'ють і саджають до в'язниці. При цьому обвинувачень у порушенні будь-яких законів держави D пану Р не пред'являється. Родичі й друзі пана Р у державі С домагаються офіційного втручання влади в цю ситуацію і здійснення дипломатичного тиску на офіційну владу держави D.

Припустимо, як пише А. Д'Амато, дипломатичний протест держави С був першим із будь-коли заявлених нею у зв'язку з поганим поводженням з її громадянами за кордоном.

При першому розгляді ситуації право повинно бути на боці держави D, оскільки пан Р знаходиться під її повною юрисдикцією, як і будь-який інший мешканець цієї держави. Держава D у межах своєї території може зробити з паном Р усе що завгодно, як і з будь-яким своїм громадянином або іншим іноземцем. Усе це відбувається в ті часи, коли захист прав людини взагалі відсутній і немає будь-яких юридичних обмежень, що стосуються влади держави D щодо осіб, які перебувають на її території.

Проте держава С заявляє протест на захист пана Р. Вона вважає, що держава D все-таки має деякі зобов'язання стосовно цього пана. Їх обсяг може бути визначений десь у проміжку між зобов'язаннями держави D стосовно власних громадян (тобто повна відсутність будь-яких зобов'язань) і зобов'язаннями стосовно послів держави С, які перебувають на території держави D. Права пана Р зведені у протесті держави С до того, що держава D не має права «відмовляти у правосудді» (the right not to be denied justice). Міжнародне право, стверджує держава С, вимагає, щоб держава D дотримувалась якихось мінімальних стандартів правосуддя стосовно пана Р тільки тому, що він не є громадянином цієї держави. На думку держави С, пан Р під час подорожі державою D має право, яким не володіють громадяни держави D, а саме право відповідно до міжнародного права не бути жертвою відмови в правосудді з боку держави D.

А. Д'Амато робить важливе застереження: незважаючи на захист держави С на дипломатичному рівні, якби справа пана Р була розглянута в будь-якому міжнародному суді, цей суд ухвалив би рішення на користь держави D. Інакше кажучи, держава С не могла на підставі міжнародного права, чинного на той момент, висувати будь-які пре-

тензії державі D. Не існувало і будь-якої міждержавної практики, на яку держава С могла б послатися для обґрунтування прав пана Р, що перебуває на території держави D. Водночас існує велика міждержавна практика, на яку може послатися держава D, а саме – практика повної і безмежної влади над усіма особами (включаючи іноземців), що перебувають у межах її території. Але в даному випадку держава С саме й намагається змінити цю практику.

Далі А. Д'Амато міркує про можливі аргументи та контраргументи сторін під час дипломатичного протистояння: чи доречно порівняння правового становища пана Р із правовим становищем послів держави С, які також перебувають на території держави D; чи змогла б уплинути на благополуччя вирішення ситуації для пана Р пропозиція держави С надати на засадах взаємності аналогічний тому, що вимагається, обсяг прав громадянам держави D, які в майбутньому відвідають державу С, та ін. Зрештою переговори заходять у глухий кут, і державі С не залишається нічого іншого, як погрожувати вчиненням відповідних дій силового характеру. С заявляє, що вона захопить корабель держави D, який перебуває в порту держави С, на що держава D негайно відповідає, що вона розцінить такий хід як невинуватий і провокаційну воєнну дію.

Результат такого протистояння, вважає А. Д'Амато, очевидний: держава D все-таки поступиться. Така поступка змінить усталену міждержавну практику і приведе до формування нової міжнародно-правової звичаєвої норми, що забороняє відмовляти в правосудді іноземцям. Основна причина, яка потягла зміну практики й формування нового звичаю, – це погроза здійснення примусових дій силового характеру. Таким чином, силове протистояння – це і є міждержавна практика, яка формує норми міжнародного звичаєвого права, у тому числі у сфері захисту прав людини¹.

На мою думку, приклад, запропонований А. Д'Амато, красномовно вказує саме на недоліки, а не на переваги суто міждержавного підходу до процесу формування міжнародно-правових звичаїв, особливо у сфері захисту прав людини. Свої висновки вчений робить на основі дипломатичного протистояння двох країн і не звертає уваги на глибинні причини конфліктної ситуації, які, вбачається, полягають у такому.

Держава (у цьому випадку держава С) від самого початку намагається знайти рішення, до якого ні вона, ні її опонент (держава D) мен-

¹ D'Amato, A. Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms [Text] / A. D'Amato // Georgia Journal of International and Comparative Law. – Fall, 1995 / Winter, 1996. – Vol. 25. – P. 82–88.

тально ще не дозріли. Як можна вимагати дотримання будь-яких стандартів правосуддя від держави, у якій, якщо судити стосовно власних громадян, правосуддя немає як такого? Власне кажучи, якщо буквально читати запропоновану ситуацію, немає правосуддя й у «постраждалої» держави. Для того щоб просто оцінити, погано чи добре поведилися з її громадянами в іншій державі, особи, які перебувають у владі, мали б розуміти найелементарніше – що таке «погано», а що таке «добре». Якщо події, про які пише А. Д'Амато, відбуваються в ті часи, коли сама проблема захисту прав людини ще й близько не порушувалася, дике ставлення до своїх і чужих не могло засуджуватися в принципі. І разове врятування будь-кого з чужих катівень кардинально не змінило б усталеної практики і тим більше не стало б першим етапом формування нового міжнародно-правового звичаю. Це було б винятком, який тільки підтверджує правило.

Для того щоб послужити прецедентом для формування міжнародно-правової звичаєвої норми, факт повернення пана Р у державу С із держави D повинен був одержати правову оцінку (визнання) з боку обох держав. А зробити це вони могли б тільки тоді, коли кожна з них мала б розвинену шкалу демократичних цінностей. Тому, з мого погляду, запропонована ситуація могла б ініціювати процес формування міжнародно-правової звичаєвої норми в тому випадку, якби раніше, до початку конфлікту, кожна зі сторін мала б правову систему, побудовану на розумному балансі інтересів особистості й держави; якби в цих суспільствах уже були досить зрілі уявлення про необхідність захисту прав і свобод людини. Вони сприяли б ясному розумінню суті проблеми, оскільки сторони «говорили б однією мовою». В основі їх позицій лежали б ідентичні морально-правові цінності, які закономірно вели б до думки про необхідність надання іноземцям рівня правового захисту, що не відрізняється або, в усякому разі, близького до рівня правового захисту власних громадян. Силовий же тиск міг би зіграти вирішальну роль для разової видачі іноземного громадянина, але напевно чи він сприяв закріпленню практики, визнанню її юридично обов'язковою, принаймні, з боку держави, змушеної поступитися.

На відміну від норм міжнародних договорів, у створенні яких позиція й конкретні дії державного апарату відіграють безпосередню й вирішальну роль, процес формування міжнародно-правових звичаїв піддається впливу численних недержавних чинників, серед яких важливе місце посідають ідеальні уявлення про право, що існують у тому чи іншому суспільстві. Йдеться насамперед про наявність у різних

народів найбільш загальних (філософських) уявлень про добро і зло, справедливість і несправедливість, правду і неправду, гуманність і негуманність, які формуються головним чином у недержавному середовищі у вигляді певних моральних імперативів. На процес їх створення завжди впливали й окремі особистості (наприклад, видатні філософи, юристи, письменники, політичні діячі) і всілякі авторитетні організації (церква, професійні асоціації, політичні партії), що об'єднують людей залежно від їх життєвих інтересів і потреб.

Роль держави у формуванні моральних норм є досить складною. З одного боку, вона у своїх інтересах завжди і скрізь у будь-які способи намагалася й намагається впливати на зміст цих норм. Але, з другого боку, ситуативність, притаманна політичній природі державної влади, у принципі не дозволяє виробити непорушні стійкі моделі соціальної поведінки, якими є норми моралі. Тому в більшості випадків роль держави зводиться до явного або мовчазного визнання й використання цих норм. У багатьох країнах норми моралі одержали своє втілення в національному позитивному праві (наприклад, у вигляді юридичних норм, що забороняють убивства, будь-які види фізичного й психічного насильства над людьми). У низці країн вони закріплені у внутрішньому звичаєвому праві¹.

Сучасне міжнародне право з нормами моралі має найтісніший зв'язок. Випробування, що випали на долю людства в першій половині ХХ ст., змусили говорити про життєво важливу необхідність формування такого міжнародного права, яке забезпечуватиме виключно мирне співробітництво націй і народів, матиме у своїй основі загальнолюдські моральні цінності². Для доктрини це означало нове, більш глибоке проникнення в ідеї природного права, яке джерела обов'язковості міжнародного права шукає за рамками взаємодії суверенітетів. У основу нової шкали міжнародно-правових цінностей були закладені права людини, покликані забезпечувати кожному мешканцю Землі необхідні умови для його фізичного існування й самореалізації. Але, що найголовніше, правам людини вперше було відведено роль *критеріїв легіти-*

¹ Див., напр.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 94–95, 318, 332–333, 377–378, 380–381; Луць, Л. А. Сучасні правові системи світу [Текст] : навч. посіб / Л. А. Луць. – Л. : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. – С. 158–159, 185–193; Лук'янов, Д. В. Загальна характеристика традиційної правової сім'ї [Текст] / Лук'янов // Актуальні проблеми правознавства : тези доп. та наук. повідомл. учасників наук. конф. молодих учених та здобувачів. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2004. – С. 8–10.

² Див. підрозділ 2.3 цієї монографії.

мації. Як пише С. І. Максимов, «права людини розглядаються як незалежні стандарти, завдяки яким можуть критикуватися закони, діяльність уряду й інших політико-правових інститутів»¹.

Питання про захист прав людини на міжнародному рівні викликало у доктрині дискусію про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб (індивідів), а також міжнародних неурядових організацій (далі – МНУО) і транснаціональних корпорацій (далі – ТНК). Результати дискусії прямо стосуються досліджуваної теми. Залежно від визнання або, навпаки, невизнання за фізичними особами й зазначеними недержавними організаціями якості міжнародної правосуб'єктності, може бути вирішене питання про визнання або невизнання характеру міжнародно-правових за відносинами, що формуються за їх участі.

У вітчизняній доктрині міжнародного права питання про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб ще вимагає всебічного розгляду. Не заглиблюючись в аналіз проблеми, зазначу, що ті деякі наявні позитивні зміни поки не мають міцної світоглядної основи. Міжнародна правосуб'єктність фізичних осіб постає як щось, що в сучасних умовах уже важко заперечувати (тобто як якийсь очевидний факт, що характерне для позитивного мислення). Тому багато вчених, розмірковуючи на цю тему, просто намагаються примирити юридичний позитивізм із висновками, які можна зробити тільки виходячи із природно-правових позицій. Наприклад, В. Г. Буткевич, зазначаючи, що вчені України та «близького зарубіжжя» дотримуються позитивістської концепції, і в цілому погоджуючись із думками І. І. Лукашука і Г. І. Тункіна з цього питання², явно схиляється до визнання індивідів суб'єктами міжнародного права. Указуючи на суперечливі позиції ряду закордонних фахівців, він обережно пише: «Очевидно, фактором утвердження міжнародної правосуб'єктності фізичної особи може бути не те або інше твердження науковця, а аналіз міжнародної практики, передусім джерел міжнародного права і судової практики. Втім доктринальний підхід не слід цілком ігнорувати, адже він може свідчити і про *opinio juris sive necessitatis* стосовно правосуб'єктності фізичної особи в міжнародному праві»³. Найпоширенішу аргументацію, що зараз існує, з питання про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб, можна виразити словами іншого українського вченого О. В. Тарасова: «Міжнародна практика все частіше

¹ Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монография] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 219.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підруч. / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 40, 41.

³ Там само. – С. 333, 334.

доводить, що індивід має міжнародні права та обов'язки. Фізична особа має право звертатися в позасудові (Комітет з прав людини, Комісія з прав людини та ін.) та судові (Європейський суд з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини) міжнародні органи за захистом своїх прав. Фізична особа може нести міжнародну кримінальну відповідальність за вчинення міжнародних злочинів»¹.

На мій погляд, наявність міжнародних прав і обов'язків сама по собі є не передумовою або умовою визнання фізичних осіб суб'єктами міжнародного права, а, навпаки, – наслідком такого визнання.

Формування правовідносин починається із найпростішого рівня – рівня міжособистісного спілкування. Одна людина, визнаючи іншу, тим самим показує, що вона сприймає її як таку саму живу істоту, яка володіє аналогічними життєвими потребами, а відтак, правами на їх задоволення. Тому визнання (акт визнання), по суті, створює право, робить право можливим. Визнання первинне стосовно виникнення прав і обов'язків, а не навпаки. Той, хто визнає, ототожнює себе з тим, кого визнає, і як би зрівнює себе з ним. Таке зрівняння і стає основним елементом, що формує правове мислення й абсолютизує вимогу справедливості як рівне ставлення до собі подібного². Таким чином, визнанням правосуб'єктності індивіда забезпечуються існування й захист не тільки його прав, а й самого права. Визнання має правоохоронне значення.

Життєва потреба людини у володінні правами, які закономірно належать до невід'ємних, має яскраво виражений публічний характер. Усі люди повинні мати ці права, причому не тільки в рамках будь-якої окремо взятої держави або суспільства, а в масштабах усього світу. Отже, визнання правосуб'єктності індивіда в міжнародному праві є таким же первинним і необхідним елементом, що зумовлює наділення людини міжнародними правами і обов'язками та тягне в деяких випадках настання міжнародно-правової відповідальності (міжнародна кримінальна відповідальність індивідів за міжнародні злочини). Зрештою, визнання міжнародної правосуб'єктності фізичних осіб є необхідною умовою існування самого міжнародного права. Преамбула Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. починається із вказівки на те, що «визнання гідності, властивої усім членам людської родини, та рівних і невід'ємних прав їх є основою свободи, справедливості й загального миру».

¹ Тарасов, О. В. Суб'єкти міжнародного права [Текст] / О. В. Тарасов // Міжнародне право : навч. посіб. ; за ред. М.В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 42.

² Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монографія] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – С. 239, 240.

Питання не в тому, хто носій міжнародних прав і обов'язків (держава, МНУО чи фізичні особи,) а в тому, який їх характер: публічно-правовий або приватноправовий.

Як у вітчизняній, так і в зарубіжній доктрині міжнародного права ці поняття тлумачаться переважно в одному ключі: «публічний» – як синонім слова «державний», «приватний» – як синонім слова «особистий». Відповідно міжнародне публічне право регулює відносини між державами¹, а міжнародне приватне право – між фізичними і юридичними особами, ускладнені іноземним елементом², або, як уточнюють деякі вчені, відносини, пов'язані з двома чи більше правопорядками³. Такий поділ значною мірою є наслідком впливу аналогічного поділу права на публічне й приватне, який прийнятий у внутрішньодержавних правових дисциплінах і насамперед у загальній теорії держави і права⁴.

Важливо зупинитися на декількох основних моментах.

По-перше, поділ права на публічне й приватне є досить умовним, що широко визнано серед фахівців⁵. Виникнувши більше двох тисячоліть тому в давньому римському праві, воно було покликано служити одним із способів вивчення права і не свідчило про його суворий поділ на дві самостійні галузі⁶.

¹ Напр., В. Г. Буткевич указує, що «під предметом міжнародного права розуміють особливий вид соціальних відносин – міжнародні відносини, що мають міждержавний характер» (див.: Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст]: підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній; за ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – С. 25).

² Див., напр.: Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст]: в 3 т. / Л. А. Лунц. – М.: Спарк, 2002. – С. 26–28; Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М. М. Богуславский. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 83; Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст]: учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков: Эспада, 2003. – С. 10.

³ Див.: Ануфриева, Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории [Текст] / Л. П. Ануфриева. – М.: Спарк, 2002. – С. 43; Степанюк, А. Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання [Текст] / А. Степанюк. – Х.: Майдан, 2005. – С. 70–72.

⁴ Див., напр.: Загальна теорія держави і права [Текст]: підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – С. 262–264.

⁵ Загальна теорія держави і права [Текст]: підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – С. 264.

⁶ Див., напр.: Сібільов, М. Загальна характеристика сфери приватного права [Текст] / М. Сібільов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 2. – С. 123; Шабуніна, В. В. Поділ права на публічне і приватне в римському праві [Текст] / В. В. Шабуніна // Пробл. законності. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 77. – С. 14–21.

У сучасному міжнародному праві провести таке розмежування стає дедалі складніше. Так, Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле, визнаючи традиційність поділу міжнародного права на публічне й приватне, одночасно із цим указують на випадки «вторгнення» міжнародного публічного права в регулювання відносин, які «за своєю природою належать до міжнародного приватного права»¹. Мова йде про закріплення норм міжнародного приватного права в міждержавних договорах. Вони також звертають увагу на те, що «окремі приватні особи все більше вступають з іноземними державами в широкі договірні або недоговірні відносини, правовий характер яких стрімко наближається до публічно-правового режиму»². П. Маланчук визнав за краще взагалі не аналізувати даний поділ, а просто вказав на величезність і складність «сфер транснаціонального значення», які регулюються міжнародним правом³.

У вітчизняній доктрині проблему поділу міжнародного права на публічне й приватне яскраво висвітлив С. А. Войтович⁴. Він дійшов висновку, що «суворо методологічно, на підставі вихідного критерію захисту інтересів держави або окремих осіб, а також з урахуванням таких критеріїв, як розходження в природі правових норм, предметі або методі правового регулювання, мова може йти про галузі, інститути й інші підрозділи міжнародного права, без поділу на публічне й приватне»⁵.

По-друге, навряд чи до міжнародного права підійдуть усі критерії розмежування на публічне й приватне, які висуваються у внутрішньодержавному праві. Так, М. Сібільов зазначає: «Не є випадковим той факт, що право об'єктивно поділяється на дві сфери і існують саме два методи правового регулювання суспільних відносин: метод субординації, при якому регулювання здійснюється на владно-імперативних засадах, та метод координації, при якому правове регулювання здійснюється на диспозитивних засадах. Метод субординації властивий для сфери публічного права, тоді як метод координації – для сфери

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр.: [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 12.

² Там само.

³ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 35.

⁴ Войтович, С. А. О делении международного права на публичное и частное [Текст] / С. А. Войтович // Укр. часоп. міжнар. права. – 2002. – № 3. – С. 67–72.

⁵ Там само. – С. 69.

приватного права»¹. Застосування даних методів, на думку вченого, зумовлене відмінностями в характері регулювання відносин: «Якщо сфера приватного права характеризується децентралізованим регулюванням, то сфера публічного права – централізованим регулюванням відносин»². На мій погляд, не потребує особливих доказів твердження про те, що такий критерій поділу права на публічне й приватне, запропонований М. Сібільовим як основний, абсолютно не може бути застосований до міжнародних правовідносин, які за своєю природою є децентралізованими.

По-третє, поняття «публічне» має досить широке тлумачення, особливо якщо підходити до нього з природно-правових позицій. В українській загальнотеоретичній науці вперше таку спробу здійснив П. Рабінович. За критерій поділу права на публічне й приватне він узяв потреби, отже, його підхід, названий ним «потребовим», і «полягає у виявленні соціальної сутності (природи) будь-яких суспільних феноменів через з'ясування їх ролі, їх значення у задоволенні різноманітних реальних потреб тих або інших суб'єктів соціально неоднорідного суспільства»³.

У результаті проведеного дослідження П. Рабінович дійшов висновків, що значно відрізняються від загальноприйнятих в українській теорії права. Один з основних підсумків його роботи, який безпосередньо стосується теми цієї роботи, полягає в тому, що «будь-яке публічне право не можна ототожнювати з правом державно-юридичним (внутрішнім чи міжнародним): існує природно-публічне право й існує державно-публічне право»⁴. Сфера публічного права визначається публічними інтересами, які вчений визначає як «усвідомлені інтереси усього суспільства (що адекватно відображають його загальні потреби) як системної єдності, цілісності»⁵. Причому задоволення публічних інтересів означає одночасно і задоволення «однакових чи схожих індивідуальних інтересів членів суспільства»⁶, тому що «вагома частина *індивідуальних* інтересів людини, зазвичай змістовно збігається з аналогічними *індивідуальними* інтересами інших членів «її» соціальної групи. І цей збіг *об'єктивно* зумовлюється однаковістю чи подібністю

¹ Сібільов, М. Загальна характеристика сфери приватного права [Текст] / М. Сібільов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 2. – С. 131.

² Там само. – С. 132.

³ Рабінович, П. Приватне й публічне у природному праві та законодавстві [Текст] / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3. – С. 5.

⁴ Там само. – С. 9.

⁵ Там само.

⁶ Там само. – С. 10.

певних умов, обставин індивідуальної життєдіяльності членів відповідної групи»¹. З огляду на це, власне до приватних П. Рабінович відносить інтереси, задоволення яких не зачіпає безпосередньо інших суб'єктів. У першу чергу це інтереси, що задовольняються власними інтелектуальними діями і не виявляються ззовні (наприклад, «виключно внутрішнє, духовне, необ'єктивоване сповідання певної віри»²), а в другу – це інтереси, які хоча й задовольняються фізичними діями, але теж такими, що не мають публічного характеру (наприклад, написання художнього твору для задоволення власних потреб)³.

Звичайно, концепція П. Рабіновича ще потребує переконливих доказів. І він сам погоджується із цим. Разом з тим, на нашу думку, вона набагато точніше відповідає очевидним змінам, що відбуваються 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 або іншої держави, можуть поширюватися далеко за її межі. З огляду на зростаючу взаємозалежність країн і народів у сучасному світі, їх не можна прив'язувати виключно до інтересів держави. До того ж і у внутрішньому плані вони часто не збігаються з інтересами національної бюрократії. Публічні потреби (інтереси) можуть бути найрізноманітнішими.

Насамперед, слід вказати на інтереси, які мають загальний характер. Передусім до них належить захист фундаментальних прав і свобод людини. Після Другої світової війни людство, що прозріло, усвідомило її першорядну значущість для встановлення й підтримання міжнародного миру й безпеки. Прикладом цього може служити діяльність Ради Безпеки ООН, яка з моменту утворення в переважній більшості випадків констатувала наявність загрози *міжнародному* миру й безпеці у зв'язку із внутрішньодержавними ситуаціями, в яких масово порушувалися фундаментальні права й свободи місцевого населення⁴. Експерти Міжнародної комісії з питань втручання й державного суверенітету, створеної в рамках ООН, у своїй доповіді 2001 р. зазначали, що «переважна більшість сьогоденішніх збройних конфліктів є внутрішніми, а не міждержавними. Крім того, частка цивільних осіб серед

¹ Рабінович, П. Приватне й публічне у природному праві та законодавстві [Текст] / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3. – С. 8.

² Там само.

³ Там само. – С. 9.

⁴ Див., напр.: Довгань, Е. Обязательность резолюций совета Безопасности ООН в контексте принципа невмешательства во внутренние дела государств [Текст] / Е. Довгань // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2004. – № 1. – С. 3–10.

загиблих у них зросла до кінця ХХ ст. із приблизно одного з десяти до дев'яти з десяти осіб»¹. Вони констатували, що «акцент у дискусіях навколо безпеки зміщується з територіальної безпеки і безпеки, підтримуваної за допомогою зброї, на безпеку, забезпечувану через розвиток людини й доступ до продовольства, зайнятості та екологічної безпеки»².

Безперечно, важливу роль у становленні нової концепції міжнародної безпеки, основаної на пріоритеті захисту прав людини, відіграють можливості, забезпечувані сучасними інформаційними технологіями. У цьому випадку можна погодитися з А. Д'Амато, який звертає увагу на те, що швидкий розвиток засобів зв'язку та засобів масової інформації призвів до «світової революції з прав людини»³. Люди стали дізнаватися, як живуть в інших країнах, які там досягнення, які проблеми. Людина одержала можливість співпереживати, почувати симпатії й антипатії до іншої людини, яка перебуває від неї за сотні кілометрів, яку вона не знає особисто й навряд чи коли-небудь познайомиться. А. Д'Амато вірно зазначає, що «це інстинктивна реакція людини самій відчувати трохи болю й страждань іншої»⁴.

Зміна акцентів у питаннях міжнародної безпеки дала нове бачення концепції державного суверенітету. Сучасні держави стали набагато відкритішими для критики за свою як зовнішньополітичну, так і внутрішньополітичну діяльність. Це означає, що предметом оцінки стала діяльність не тільки державних органів зовнішніх зносин, а й будь-яких органів державного управління та національної судової системи, оскільки «ключем до реального додержання прав людини залишаються національне законодавство і практика: передній край оборони правопорядку найкраще втримується судовими системами суверенних держав, які повинні бути незалежними, професійними та мати необхідні ресурси»⁵.

Крім державних органів, до центру уваги потрапляє діяльність інститутів громадянського суспільства, насамперед неурядових організацій. Традиційно вони виконують роль виразників інтересів широ-

¹ Ответственность по защите [Текст] : докл. Междунар. комиссии по вопр. вмешательства и государств. суверенитета (декабрь 2001). – ООН, 2001. – С. 13.

² Там само. – С. 15.

³ D'Amato, A. Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms [Text] / A. D'Amato // Georgia Journal of International and Comparative Law. – Fall, 1995 / Winter, 1996. – Vol. 25. – P. 77.

⁴ Ibid.

⁵ Ответственность по защите [Текст] : докл. Междунар. комиссии по вопр. вмешательства и государств. суверенитета (декабрь 2001). – ООН, 2001. – С. 15.

ких верств населення й тому мають авторитет у внутрішніх відносинах демократичних країн. У взаємодії з державою вони посідають і нейтральні, і партнерські позиції, і відкрито опонують їй, указуючи на різні недоліки в її внутрішній і зовнішній політиці. Головна «зброя» неурядових організацій – це формування суспільної думки на основі вираження інтересів певних груп населення.

Наслідки змін у поглядах на сутність державного суверенітету прямо стосуються процесу формування міжнародно-правових звичаїв. Внутрішньодержавні відносини, що потрапляють у сферу інтересів міжнародного співтовариства, незалежно від того, хто є їх суб'єктами, повинні братися до уваги для підтвердження існуючих і встановлення звичаєвих норм міжнародного права, що створюються. Дана позиція вже має прихильників у зарубіжній доктрині. Так, А. Робертс переконана, що «у зв'язку зі змінами сутності міжнародного права міждержавна практика повинна скоріше включати внутрішньодержавну (intrastate) практику ніж просто міждержавну (interstate) взаємодію. Приклади національної практики, такі як рішення національних судів, загальновизнані як відповідні форми міждержавної практики. Внутрішні порушення прав людини часто характеризуються як випадки, що суперечать міждержавній практиці»¹. Вона вважає, що недержавні суб'єкти можуть впливати на встановлення й розвиток звичаю, поперше, за допомогою ініціювання ухвалення судових рішень та розвитку доктрини міжнародного права. «У практиці, – пише вона, – судові рішення також можуть мати формуючий вплив на звичай, що кристалізує появу норм і, таким чином, впливає на поведінку держав. Більше того, вчені часто цитують роботи інших дослідників для доказування існування й установа змiсту звичаю замість того, щоб скрупульозно аналізувати державну практику»². По-друге, на думку А. Робертс, на формування звичаїв упливають такі недержавні суб'єкти, як неурядові організації (далі – НУО) та корпорації. «Вони справляють непрямий вплив на поведінку й заяви держав завдяки таким діям, як лобювання та організація бойкотів. Вони надають допомогу у визначенні порядку денного міжнародним конференціям і беруть участь у переговорах й підготовці проектів договорів і резолюцій. Неурядові організації допомагають сформулювати звичай, що зароджуються, і про-

¹ Roberts, A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation [Text] / A. E. Roberts // The American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95, № 4. – P. 777.

² Ibid – P. 775.

водять моніторинг діяльності держав на предмет її відповідності міжнародному праву за допомогою проведення розслідувань та обнародування порушень права у таких сферах, як права людини і захист навколишнього середовища»¹.

І. Ганнінг (I. R. Gunning) погоджується, що держави і за наявності розвинутої системи НУО будуть відігравати провідну роль у формуванні міжнародно-правових звичаїв. При цьому значення НУО щораз буде зростати з виникненням необхідності прояснення змісту звичасвої норми, що формується, та/або встановлення факту порушення існуючої. На думку вченої, залучення НУО в процес формування міжнародно-правових звичаїв має низку труднощів. Перша стосується встановлення важливості, авторитетності, значущості самих НУО. Як визначає проблему сама І. Ганнінг, питання в тому, «яка саме НУО може мати голос»². Адже НУО відрізняються між собою за масштабами діяльності, сферою впливу і т. ін. У зв'язку з цим учена вказує на ті НУО, яким у рамках ООН наданий консультативний статус на підставі резолюції ЕКОСОП 1296 (XLIV) 1968 р.³ Саме вони, на її думку, мають найбільший вплив на процес формування міжнародно-правових звичаїв.

Інша трудність стосується визначення конкретних способів впливу НУО на процес створення звичаїв. Окрім консультаційної (експертної) функції, яку в цей час здійснюють у рамках ООН НУО, що мають консультативний статус, І. Ганнінг пропонує ще такий варіант: НУО можна було б надати в міжнародних міжурядових організаціях статус, що дорівнює статусу суверенних держав. Вона пише: «Наприклад, існуюче зараз чітке розходження на сесіях, у комітетах і підкомітетах ЕКОСОП між правами держав та правами НУО з консультативним статусом має бути скасоване. Групи, що відповідають певним критеріям, могли б брати участь нарівні з державами-членами. Теоретично рівність між державними і недержавними представниками можна було б застосувати й вище за ієрархією ООН – аж до Генеральної Асамблеї та Ради Безпеки. На практиці, однак, такий крок був би в дійсності неможливий. Проте навіть на рівні ЕКОСОП і її органів включення НУО могло б бути значним просуванням уперед»⁴.

Дж. Мертус (J. Mertus) вважає, що в умовах міжнародного громадянського суспільства, що формується, вже не є сучасним твердження

¹ Roberts, A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation [Text] / A. E. Roberts // The American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95, № 4. – P. 775.

² Gunning, I. R. Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights [Text] / I. R. Gunning // Virginia Journal of International Law. – 1991. – Vol. 31. – P. 230.

³ Ibid. – P. 230–232.

⁴ Ibid. – P. 232.

про створення міжнародно-правових звичаїв тільки на основі практики держав. Зміцнення й розвиток неформальних зв'язків між громадянами і організаціями різних країн завдяки новітнім засобам зв'язку веде до посилення впливу неурядових організацій на міжнародну звичаєву практику. Вона говорить про практику «неурядових організацій» (NGO practice) або про «консенсус неурядових організацій» (NGO consensus)¹. Разом з тим Дж. Мертус визнає, що вплив неурядових організацій на формування міжнародного звичаєвого права ще значно слабкіший, ніж вплив держав. Але це не заважає їм брати активну участь у визначенні соціального змісту цих норм, на основі своїх інтересів визначати напрями міжнародно-правового регулювання².

К. Ноурот (K. Nowrot) пише про те, що в сучасних міжнародних відносинах держави вже не діють як «цілісні одиниці» (solid entities), усе активніше взаємодіють на міжнародній арені «адміністративні одиниці нижче урядового рівня спільно з недержавними акторами»³. Тому вчений вважає, що ст. 38 Статуту Міжнародного суду потребує не стільки доповнення, скільки нової концепції. Він пише: «У зв'язку з цим наведу тільки один приклад: вважається, що традиційне етатистське розуміння „державної практики“, яка є одним із конститутивних елементів міжнародного звичаєвого права, повинне бути модифіковане таким чином, щоб бралася до уваги практика потужних недержавних акторів, таких як значна кількість НУО і транснаціональних підприємств як дуже впливових учасників глобального управління. Цікаво, що формулювання статті 38 (1) (b) Статуту Міжнародного суду допускає таку нову інтерпретацію, оскільки говорить тільки про „міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою“, без обмеження переліку суб'єктів, що беруть участь у ній та роблять до неї внесок»⁴.

Про роль неурядових організацій у визначенні соціального змісту міжнародно-правових норм говорять А. Х. Абашидзе й Д. А. Урсин. Хоча вони безпосередньо й не торкаються питань формування звичаїв

¹ Mertus, J. Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application [Text] / J. Mertus // New York University Journal of International Law & Politics. – 2000. – Vol. 32, № 2. – P. 562.

² Ibid. – P. 560–562.

³ Nowrot, K. Global Governance and International Law [Text] / K. Nowrot // Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 33. – Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. – November 2004. – P. 12.

⁴ Ibid. – P. 17.

міжнародного права, їх спостереження повністю поширюється і на ці норми. Вони, зокрема, пишуть: «...досвід підтверджує, що міжнародні норми стають ефективними, якщо в них широко враховуються інтереси мас і кожного індивіда. Такі інтереси в змозі представляти неурядові організації. Вони формулюють у своїх резолюціях міжнародно-правові положення, які виражають інтереси міжнародної громадськості й мають за своєю суттю доктринальний характер»¹.

Ж. Беннетт (J. Bennett) справедливо зауважує, що в сьогоденнішому міжнародному співтоваристві важливі соціальні функції виконують не тільки суспільні об'єднання, але й комерційні компанії. Вона вказує на тісну взаємодію неурядових організацій та приватного бізнесу в справі зміцнення міжнародного миру: «Відповідальні члени співтовариства неурядових організацій і [приватних] компаній працюють спільно у напрямках запобігання порушенням прав людини, збереження корінного населення, захисту навколишнього середовища, боротьби з корупцією і, що найважливіше, із запобігання конфліктам»². Ж. Беннетт заявляє про величезну заінтересованість бізнесу в міжнародній стабільності й мирі³.

Слід зауважити, що визнання заслуг недержавних суб'єктів у формуванні норм міжнародного права, у тому числі й тих, що закріплені в міжнародно-правових звичаях, ще не є широко поширеним. Такий підхід ще новий і в західній літературі. На підтвердження можна навести думку І. А. Торбурна (I. A. Thorburn), який, відзначаючи тенденцію зниження інтересу до резолюцій Генеральної Асамблеї ООН у дискусіях про міжнародне звичаєве право, пише: «В аналізах і аргументах, що стосуються міжнародного звичаєвого права, повсюдно, особливо в літературі Сполучених Штатів, посилаються на „провідні” або „чільні” держави й нації, маючи на увазі, що деякі держави значать більше, ніж інші, скоріше, у формальному, ніж у неформальному сенсі»⁴.

Частково можна погодитися з тим, що роль неурядових організацій і комерційних компаній у становленні багатьох (якщо не сказати, біль-

¹ Абашидзе, А. Х. Неправительственные организации: международно-правовые аспекты [Текст] : учеб. пособие / А. Х. Абашидзе, Д. А. Урсин. – М. : Изд-во РУДН, 2002. – С.138.

² Bennett, J. Public Private Partnerships: The Role of the Private Sector in Preventing Funding Conflict [Text] / J. Bennett // Vanderbilt Journal of Transnational Law. – March 2002. – Vol. 35, № 2. – P. 712.

³ Ibid. – P. 715.

⁴ Thorburn, I. A. The International Regulation of the Use of Force. Between Customary International Law and the Law of the Charter [Text] / I. A. Thorburn. – Universite de Geneve, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Octobre 2004. – P. 11.

шості) міжнародно-правових звичаїв у порівнянні з державами й міжнародними міжурядовими організаціями ще не значна. Разом з тим у деяких галузях міжнародного права кардинальне переосмислення впливу недержавних суб'єктів уже відбулося. У першу чергу це стосується широкого визнання важливості діяльності Міжнародного Комітету Червоного Хреста (далі – МКЧХ) у процесі утвердження міжнародно-правових звичаїв, який забезпечує гуманізацію ведення збройних конфліктів. Як приклад можна послатися на деякі рішення Міжнародного кримінального трибуналу з колишньої Югославії. У пункті 108 рішення в *справі Тадича* від 2 жовтня 1995 р. Трибунал крім дій воюючих держав, урядів і заколотників (insurgents) як факторів, що спричиняють формування міжнародно-правових звичаїв, указав на дії МКЧХ, а в п. 109 – обґрунтував свою позицію. Її суть зводиться до визнання надзвичайно активної ролі цієї міжнародної неурядової організації у «сприянні розвитку, імплементації та поширенню міжнародного гуманітарного права»¹. У пунктах 45–80 рішення у *справі Шимича* від 27 липня 1999 р. Трибунал установив норму міжнародного звичаєвого права, що дозволяє МКЧХ зберігати в таємниці джерела конфіденційної інформації, отриманої його співробітниками під час виконання своїх службових обов'язків².

С. Жаннет (S. Jeannet), коментуючи ці рішення, вказала на величезну важливість захисту МКЧХ у рамках Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії та Міжнародного кримінального суду. «Це необхідно для того, – пише вона, – щоб воюючі сторони не змогли відмовити або обмежити доступ МКЧХ, зокрема, у в'язниці й заклади для інтернованих, якщо будуть думати, що персонал МКЧХ збиратиме докази з метою подальшого їх використання в майбутніх кримінальних процесах»³. Вона підкреслює: «Якщо МКЧХ повинен виконувати ті завдання, які міжна-

¹ Див.: Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, No. IT-94-1-AR72 (2 October 1995) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

² Див.: Prosecutor v. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic and Simo Zaric, Decision on the Prosecutor Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness, No. IT-95-9-PT (27 July 1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

³ Jeannet, S. Non-Disclosure of Evidence Before International Criminal Tribunals: Recent Developments Regarding the International Committee of the Red Cross [Text] / S. Jeannet // International and Comparative Law Quarterly. – July 2001. – Vol. 50. – P. 645; Коментарий этого же автора см.: Jeannet, S. Recognition of the ICRC's Decision by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia [Text] / S. Jeannet // International Review of the Red Cross. – June 2000. – Vol. 82, № 838. – P. 403–425.

родне співтовариство поклало на нього, в обстановці напруженості й підозрливості, тоді він повинен дістати мовчазну згоду й довіру всіх воюючих сторін. Якщо МКЧХ не зможе зробити цього, він не зможе функціонувати належним чином або функціонувати взагалі»¹.

Убачається, що наведені судові рішення – це тільки початок визнання в судовій практиці особливої ролі МКЧХ і в цілому всього міжнародного руху Червоного Хреста й Червоного Півмісяця в процесі формування звичаїв міжнародного гуманітарного права (далі – МГП); це визнання тієї ролі цієї організації, яку вона вже відіграє фактично. Так, на думку В. М. Лисика, МКЧХ бере активну участь і на стадії формування відповідної практики держав, і на стадії визнання її загальнообов'язковою міжнародною юридичною нормою. В останньому випадку, зауважує вчений, «МКЧХ всіма можливими способами впливає на держави, щоб вони визнали певну існуючу практику юридичною нормою. Серед них можна виділити: сприяння державі в імplementації окремих норм МГП, обговорення питань на нарадах експертів і опублікування звітів, на круглих столах і т. ін. та опублікування звітів їх роботи, проведення всебічних освітніх програм для держслужбовців, наукових і педагогічних працівників»². Яскравим підтвердженням плідної роботи МКЧХ у даному напрямі є видання у 2005 р. спеціального дослідження, проведеного експертами МКЧХ і присвяченого звичаєвому МГП³.

Якщо на міжнародні відносини дивитися ширше, то роль неурядових організацій і бізнесу, особливо великого, виявляється не такою вже й незначною у формуванні звичаїв інших галузей міжнародного права.

¹ Jeannet, S. Non-Disclosure of Evidence Before International Criminal Tribunals: Recent Developments Regarding the International Committee of the Red Cross [Text] / S. Jeannet // International and Comparative Law Quarterly. – July 2001. – Vol. 50. – P. 646.

² Лисик, В. М. Правовий статус Міжнародного Комітета Червоного Хреста у міжнародному праві [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук / В. М. Лисик. – К., 2008. – С. 11.

³ Customary International Humanitarian Law / International Committee of the Red Cross; ed. by J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck. – Vol. 1: Ruls. Vol. 2 (in 2 books): Practice. – U.K.: Cambridge University Press, 2005. Див. також: Henckaerts, J.-M. Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict [Text] / J.-M. Henckaerts // International Review of the Red Cross. – March 2005. – Vol. 87. – No. 857. – P. 175–212; MacLaren, M. An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law [Text] / M. MacLaren, F. Schwendimann // German Law Journal. – 2005. – Vol. 06, № 09. – P. 1217–1242; Звичаєве міжнародне гуманітарне право: норми [Текст] // Укр. часоп. міжнар. права. – 2006. – № 2. – С. 7–16; Гнатовський, М. Нове народження звичаєвого міжнародного гуманітарного права [Текст] / М. Гнатовський // Укр. часоп. міжнар. права. – 2006. – № 2. – С. 17–22.

Добре відома впливовість неурядових організацій щодо питань, які на сьогоднішній день традиційно належать до предмета регулювання міжнародного публічного права, – захист національних, етнічних, мовних і релігійних меншин, біженців. Але не тільки щодо них. Неурядові організації відіграють провідну роль, зокрема, у галузі спорту. Зусилля держав у цьому випадку виконують не основну, а допоміжну функцію: міжнародні договори, що укладаються державами, покликані сприяти міжнародному олімпійському руху. Наприклад, у рамках Ради Європи були укладені Європейська конвенція про запобігання насильству та хуліганській поведінці глядачів під час спортивних заходів і, зокрема, футбольних матчів 1985 р., Конвенція проти застосування допінгу 1989 р. та ін.¹ Але основне значення мають норми, прийняті в межах різних міжнародних спортивних організацій, і неписані правила, що формуються у зв'язку з проведенням усіляких спортивних змагань. Їх глобальний характер дав деяким зарубіжним ученим підставу зробити припущення про появу так званого «міжнародного спортивного права» – *lex sportiva internationalis*².

Загальновизнаною є провідна роль транснаціональних корпорацій у формуванні норм міжнародного ділового співтовариства – *lex mercatoria*³. Серцевину *lex mercatoria* становлять правові звичаї міжнародної торгівлі, питання про правову природу яких і досі є дискусійним. Тільки останнім часом в українській доктрині з'явилися спеціальні дослідження з цієї теми⁴.

¹ Див.: Солнышкин, Д. В. О регулировании в рамках Совета Европы отношений в области спорта [Текст] / Д. В. Солнышкин // *Международ. право.* – 2001. – № 5 (14). – С. 378–387.

² Див., напр.: Grün, E. Globalization of Law: A Systematic and Cybernetic Phenomenon [Електронний ресурс] / E. Grün. – Режим доступу: http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero2/global_english.htm; Nowrot, K. Global Governance and International Law [Text] / K. Nowrot // *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 33. – Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. – P. 8.

³ Див.: Мережко, А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права* [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 1999. – С. 64–68.

⁴ Див.: Щокіна, О. О. Історія виникнення та розвитку звичаїв міжнародної торгівлі [Текст] / О. О. Щокіна // *Укр. часоп. міжнар. права.* – 2004. – С. 98–105; Щокіна, Е. А. Регулятивная функция обычаев международной торговли [Текст] / Е. А. Щокіна // *Пробл. законности.* – X. : Нац. юрид. акад. України, 2004. – Вип. 66. – С. 194–198; Щокіна, Е. А. Обычай и обыкновение в международной торговле: соотношение понятий [Текст] / Е. А. Щокіна // *Підприємництво, госп-во і право.* – 2004. – № 12. – С. 84–86; Щокіна, Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права [Текст] / Е. А. Щокіна. – Харьков : МП «Крок», 2007. – 221 с.

У цілому ж, на мою думку, як суто публічні повинні розглядатися правовідносини, що зачіпають будь-які більш-менш стабільні інтереси різних груп населення. Це можуть бути інтереси підприємців і працівників, спортсменів і захисників довкілля, вчених і діячів культури. Можна повністю погодитися з Ж. Тускозом, який стверджує, що «держава не є ні єдиним, ні, можливо, найкращим суб'єктом розподілу повноважень у міжнародному співтоваристві. Насправді міжнародна спільнота – це не „похмура міжнародна рівнина”, „горизонталь”, в якій держави протистоять одна одній або намагаються встановити більш-менш стійку рівновагу. Міжнародне суспільство являє собою... багатомірну площину: воно складається з безлічі різноманітних членів, які вступають у дуже різноманітні взаємовідносини, і ці відносини регулює міжнародне право»¹.

Узагальнюючи викладене, можна зробити висновок, що 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 (локальні) неурядові організації, підприємницькі компанії, тобто всі ті, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання. Науковою підставою для розширення кола учасників процесів формування міжнародно-правових звичаїв є застосування природно-правової теорії до розуміння природи міжнародного права в цілому і до тлумачення поняття «публічний» у міжнародному праві зокрема.

¹ Тускоз, Ж. Міжнародне право [Текст] : підручник [пер. з фр.] / Ж. Тускоз. – К. : АртЕк, 1998. – С. 7, 8.

Проблеми звичаєвого закріплення загальних і локальних норм міжнародного права

4.1. Міжнародно-правовий звичай – основна форма зовнішнього вираження норм загального міжнародного права

Складна політична історія, яку пережило людство у ХХ ст., привела до чіткого розуміння необхідності існування якихось універсальних норм, які мали б абсолютну загальнолюдську цінність та відступлення від яких було б неприпустимим. Хід світової історії вже давно ці норми сформулював і міцно закріпив у масовій свідомості через норми моралі, релігії, традиції та, звичайно, у національних правових системах. Для надання їм універсальності найбільш адекватним засобом їх правової фіксації стало міжнародне право, а саме та його частина, яка і закріпила так звані норми загального міжнародного права (загально-визнані принципи міжнародного права). Власне, завдяки ним міжнародне право в очах світової громадськості знайшло загальну значущість і одночасно з цим одержало міцний морально-правовий фундамент для побудови глобальної міжнародно-правової нормативної системи.

Свого втілення норми загального міжнародного права набули в основних джерелах – міжнародно-правовому звичаї та міжнародному договорі. Питання про те, яке з них є переважаючим, уже багато років обговорюється в доктрині міжнародного права. Свій внесок у цю дискусію зробили такі зарубіжні вчені: Д. Анцилотті, Л. Берат, Я. Броунлі, Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Кассезе, Р. С. Дж. Макдональд, Д. П. О'Коннел, А. Пеле, А. Робертс, Х. Тирлвей, Ж. Тускоз, Л. Хенкін, О. Шахтер, Д. Шелтон, І. А. Ширер й ін.; серед вітчизняних: Л. А. Алексідзе, М. О. Баймуратов, В. Г. Буткевич, С. А. Войтович, Г. М. Даниленко, В. Н. Денисов, А. І. Дмитрієв, В. І. Євінтов, М. І. Лазарєв, І. І. Лукашук, Г. Д. Найко, Д. І. Нурумов, С. Г. Пальчик, Е. А. Пушмін, Є. Т. Рулько,

Г. І. Тункін, Н. М. Ульянова, М. О. Ушаков, М. Є. Черкес, Л. Н. Шестаков, М. Л. Ентін та ін.

Результати дискусії мають теоретичне і практичне значення. Для теорії вони цікаві тим, що дозволяють глибше поглянути на правову природу походження норм загального міжнародного права, визначити їх світоглядні начала. Для практики важливість підсумків дискусії визначається, по-перше, безпосереднім впливом на вибір пріоритету у використанні того чи іншого джерела міжнародного права (тобто звичаю або договору) при встановленні існуючих міжнародно-правових зобов'язань; по-друге – з'ясуванням особливостей практичного застосування норм загального міжнародного права у внутрішніх правопорядках суверенних держав. Конституції багатьох країн світу містять положення про пріоритет норм загального міжнародного права над нормами внутрішнього права держав¹. У той же час жодна з них не вказує на джерело втілення цих норм. Конституції та закони багатьох держав (у тому числі й України) містять добре виписані процедури застосування в межах своїх правопорядків тих норм міжнародного права, які закріплені в міжнародних договорах, і майже повністю ігнорують норми міжнародного звичаєво-правового походження. Складається ситуація, за якої створюються умови для застосування тільки тих норм загального міжнародного права, які мають договірно-правове втілення. Чи може це відповідати найбільш повному й адекватному застосуванню норм загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку?

Найбільша заслуга в радянській науці в обстоюванні ідеї закріплення норм загального міжнародного права в міжнародних договорах, безперечно, належить Г. І. Тункіну. Неодноразово беручи участь у складі Комісії міжнародного права ООН у розробці різних багатосторонніх міжнародних угод, які згодом набули універсального характеру, Г. І. Тункін вважав, що загальне міжнародне право з успіхом може бути втілене тільки в загальних багатосторонніх договорах. Він,

¹ Слід мати на увазі, що словосполучення «норми загального міжнародного права» більше характерне для конституцій, прийнятих у низці країн Західної Європи після Другої світової війни (ст. 10 Конституції Італії, ст. 25 Основного закону ФРН, ст. 96 Конституції Іспанії та ін.). У текстах конституцій пострадянських держав використовується поняття «загальноновизнані принципи і норми міжнародного права», яке у змістовному плані відповідає попередньому (ст. 8 Конституції Білорусії, ст. 7 Конституції Угорщини, ст. 15 Конституції Російської Федерації, ст. 3 Конституції Естонії). Воно використовується у ст. 18 Конституції України та в розділі X Декларації про державний суверенітет України від 16.07.1990 р.

зокрема, писав: «Концепція, відповідно до якої загальне міжнародне право є виключно звичаєвим правом, була правильною в часи Ваттеля й навіть у XIX ст. Однак у наш час ця концепція застаріла і не відбиває сучасної міжнародно-правової дійсності»¹. І далі: «Існування великої кількості багатосторонніх міжнародних договорів, у яких беруть участь всі або майже всі держави, а також значна діяльність в галузі кодифікації міжнародного права створюють становище, коли міжнародні договори стають способом безпосереднього створення, зміни й розвитку норм загального міжнародного права»². У той же час учений погоджувався з тим, що звичай продовжують впливати на формування норм загального міжнародного права, але вважав, що згодом цей вплив стане незначним.

Життя показало, що, по-перше, більшість загальних багатосторонніх договорів дійсно набули універсального характеру, охопивши своїми зобов'язаннями величезну кількість держав у світі, однак, і це по-друге, жоден з цих договорів не зміг об'єднати всі країни, а по-третє, вже через порівняно нетривалі періоди часу практика застосування цих договорів актуалізувала питання їх змін і доповнень. Тому Г. І. Тункін у своїй останній статті, опублікованій у рік його смерті, був змушений погодитися з особливою роллю міжнародно-правового звичаю у формуванні норм загального міжнародного права. Як компромісний варіант він запропонував ідею «змішаних» (mixed) – «договірні-звичаєвих норм» (treaty-customary norms)³. І хоча вчений на перше місце знову поставив договірний спосіб формування норм загального міжнародного права, він все-таки визнав, що цей спосіб нерозривно пов'язаний зі звичаєво-правовим способом.

Чому ж неможливо виключити звичай із процесу формування норм загального міжнародного права? Для відповіді на це запитання спочатку необхідно з'ясувати, а що саме являє собою це явище, які норми утворюють так зване загальне міжнародне право.

Д. Анцилотті, описуючи географічне поширення міжнародного права як продукту європейської культури на неєвропейські країни і континенти та перетворення його в загальне міжнародне право, пише: «Спочатку то були загальні переконання, які помалу набули сили норм, обов'язкових для всіх держав, між якими підтримувалися відносини.

¹ Тункін, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 122.

² Там само.

³ Див.: Tunkin, G. Is General International Law Customary Law Only? [Text] / G. Tunkin // European Journal of International Law. – 1993. – № 4. – P. 534–541.

Це були норми, настільки пов'язані з характером і потребами такого роду відносин, що їх підтримка видавалася невіддільною від дотримання цих норм, а вступ нового співчлена в міжнародне спілкування – від визнання їх як загальних, історично зумовлених принципів самого спілкування»¹. Д. Анцилотті переконаний у тому, що «загальне міжнародне право є виключно звичаєвим правом» через відсутність «договору, учасниками якого були б всі члени міжнародного спілкування»². Загальне міжнародне право становлять «всі норми звичаєвого права, існування яких засвідчене і застосування яких не обмежене лише певними суб'єктами (партикулярні звичаї)»³.

П. Маланчук пропонує таке визначення загального міжнародного права: «Поняття загального міжнародного права можна визначити як сукупність застосовних до великої низки держав норм і принципів на підставі звичаєвого міжнародного права або двосторонніх договорів. Якщо останні стають обов'язковими для усіх держав, на них часто посилаються як на „всесвітнє міжнародне право”»⁴. Привертає увагу те, що на перше місце в закріпленні норм загального міжнародного права вчений поставив звичаї, і насамперед саме з цим джерелом він пов'язує саме поняття «загальне міжнародне право». Що стосується ролі двосторонніх міжнародних договорів (особливо коли вони були заявлені через сполучник «або», що у смисловому значенні взаємовиключає один із запропонованих у даному контексті варіантів) та механізму поширення зобов'язань, які містяться в них, на всі держави, на жаль, докладніше він не висловився. Припустимо, що П. Маланчук мав на увазі перетворення двосторонніх договорів на багатосторонні, які охоплюють за своїм суб'єктивним складом всі держави світу⁵.

Нгуен Куок Динь, П. Дайє та А. Пеле вважають, що поняття «загальної» норми необхідно тлумачити, «відштовхуючись від географії».

¹ Анцилотти, Д. Курс международного права [Текст]: пер. с итал. / Д. Анцилотти. – М.: Изд-во иностр. лит., 1961. – Т. 1: Введение – Общая теория. – С. 97.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук: пер. з англ. – Х.: Консум, 2000. – С. 28, 29.

⁵ Значимо, що в історії міжнародного права був час, коли багатосторонній міжнародний договір як особлива форма закріплення багатосторонніх зобов'язань ще не був «винайдений». Яскравим прикладом у цьому випадку є формально двосторонні, а фактично багатосторонні Оснабрюцький і Мюнстерський договори 1648 р., які утворили широко відомий Вестфальський мир (докладн. див.: Дмитрієв, А. І. Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право [Текст]: монографія / А. І. Дмитрієв. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ. ун-т права, 2001. – 426 с.). Однак, вважаємо, навряд чи доречно тут розвивати цю ідею.

Вони пишуть: «Якщо розглядати його під таким кутом зору, то загальне міжнародне право – це право, застосовуване до всесвітнього міжнародного співтовариства»¹. При цьому вони акцентують увагу на тому, що «для багатьох юристів поняття міжнародного співтовариства є поняття *юридичного* співтовариства, яке ґрунтується на тій обставині, що всі держави підкоряються одному й тому ж праву»². Як приклад норм загального міжнародного права вони наводять імперативні норми відповідно до змісту ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.³

Приклад французьких учених показовий, оскільки в міжнародному праві тема норм загального міжнародного права тісно переплетена з темою імперативних норм (*jus cogens*): просторова сфера дії будь-якої імперативної норми є загальною. На це вказують багато вчених, які глибоко досліджували правову природу й особливості застосування цих норм. Зокрема, Л. А. Алексідзе зазначав: «Критеріями ідентифікації норм *jus cogens* у сучасному міжнародному праві повинні служити:

а) загальновизнаність норми (принципу) з боку всього співтовариства держав у цілому, тобто всіма або майже всіма (за винятком декількох) державами юридично обов'язковою;

б) загальновизнаність імперативного характеру даної норми (принципу), виявлена державами *expressis verbis* або яка мається на увазі в силу її особливої соціальної й морально-політичної цінності для функціонування всього сучасного правопорядку;

в) неприпустимість відхилення від даної норми (принципу) у напрямі відступу від загальновизнаних, загальнодемократичних стандартів цивілізації шляхом двосторонніх і локальних багатосторонніх договорів;

г) нікчемність договорів, що відступають від даної норми (принципу), яку не можна оминати навіть шляхом розірвання договору або відмови від звичаєвої норми, яка містить дану норму *jus cogens*»⁴.

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право: пер. с фр.: [в 2-х т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле; пер. с фр. – К.: Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1.: Формирование международного права; кн. 2.: Международное сообщество. – С. 14.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Алексідзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексідзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 311–312.

Про загальність імперативних норм також писав Л. М. Шестаков: «Норми *jus cogens* саме й покликані регулювати такі відносини, які становлять інтерес для всього міжнародного співтовариства»¹. Сучасний український учений В. В. Мицик зазначає: «Характерними рисами імперативних норм є: по-перше, те, що вони покликані регулювати найважливіші загальні відносини міжнародного співтовариства у цілому, і їх порушення завдає шкоди всьому міжнародному співтовариству, а не окремим державам; по-друге, вони дійсно мають бути визнані всіма суб'єктами міжнародного права»².

Тим не менш загальність дії імперативних норм, на думку ряду фахівців, ще не дозволяє зрівняти їх за змістом з нормами загального міжнародного права. Про це свідчать результати дискусії, що передувала прийняттю Комітетом із загального міжнародного звичаєвого права Асоціації міжнародного права своєї остаточної доповіді. Комітет указав, що розуміє під загальним міжнародним правом «право, застосовне до всіх держав»³. Але далі він зазначив, що не буде «досліджувати спеціальні різновиди неписаного міжнародного права, такі як «фундаментальні», або «конституційні» принципи міжнародного права, *ius cogens*, норми *erga omnes* тощо. Деякі вважають, що вони являють собою категорії неписаного права, що відрізняються від звичаєвого права, у той час як інші відносять їх до різновидів звичаєвого права. У будь-якому разі цілком зрозуміло, що вони мають, принаймні, деякі відмітні характеристики, які заслуговують окремого дослідження з іншого приводу»⁴.

Навряд чи можна задовольнитися позицією Комітету, який ухилився від розгляду даної проблеми по суті. Норми *jus cogens*, як ми вже з'ясували, є виключно загальними. Це тим більше стосується зобов'язань (норм) *erga omnes*, сама назва яких (*erga omnes* – лат. «що стосується всіх») прямо вказує на те, що вони саме й становлять загальне міжнародне право. У рішенні Міжнародного суду ООН у *спра-*

¹ Шестаков, Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права [Текст] / Л. Н. Шестаков. – М. : Изд-во МГУ им. М. В. Ломоносова, 1981. – С. 40.

² Мицик, В. В. Норми міжнародного права [Текст] / В. В. Мицик // Міжнародне право. Основи теорії : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 173.

³ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

⁴ Ibid. – P. 6.

ві про компанії Барселона Трекін (Бельгія проти Іспанії, 1970 р.), яке започаткувало широке використання даного поняття, зазначено: «Особливо має бути окреслене істотне розходження між зобов'язаннями держави перед міжнародним співтовариством у цілому й тими [зобов'язаннями], що виникають стосовно іншої держави у сфері дипломатичного захисту. За своєю природою перші становлять інтерес усіх держав. З огляду на важливість прав, які мають на увазі, всі держави юридично заінтересовані в їх захисті; це зобов'язання *erga omnes*»¹.

Д. Шелтон (D. Shelton) прокоментувала наведене висловлення Суду таким чином: «Це твердження припускає, що зобов'язання *erga omnes* мають особливі й широкі процедурні наслідки *через* значну важливість норм, що вказуються. Крім того, той факт, що всі держави зможуть виразити невдоволення у зв'язку з порушенням, зробить більше ймовірним, що це невдоволення відбудеться за здійсненням протиправного акту, в припущенні про більш високу пріоритетність (a higher priority) цих норм, навіть якщо вони й не розглядаються як істотно переважаючі (substantively superior) [будь-які інші норми]»². На жаль, учена не пояснила, чим «більш висока пріоритетність» відрізняється від «істотно переважаючої». У всякому разі, її приклади «більш високих за пріоритетністю» норм – заборона агресії, геноциду, рабства та расової дискримінації³ – змушують замислитися про те, які ж ще норми міжнародного права можуть бути «істотно переважаючими».

У статті 1 резолюції Інституту міжнародного права, прийнятій 27 серпня 2005 р. і присвяченій спеціально зобов'язанням *erga omnes*, указується: «Зобов'язання *erga omnes* – це: а) зобов'язання на основі загального міжнародного права, відповідно до якого держава є зобов'язаною у кожному конкретному випадку перед міжнародним співтовариством, виходячи з його загальних цінностей і його заінтересованості у згоді, таким чином, що порушення такого зобов'язання уповноважує всі держави здійснювати дії; або б) зобов'язання держави на підставі багатостороннього договору, стороною якого вона є, бути зобов'язаною у кожному конкретному випадку перед всіма іншими державами – сторонами того ж договору, виходячи з їх загальних цін-

¹ Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) [Text] / Judgment of 5 February 1970, para. 33// I.C.J. Reports, 1970. – P. 32.

² Shelton, D. International Law and 'Relative Normativity' [Text] / D. Shelton // International Law. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 149.

³ Ibid.

ностей і зацікавленості у згоді, таким чином, що порушення цього зобов'язання уповноважує всі ці держави здійснювати дії»¹.

Х. Тирлвей зазначав, що норми *erga omnes* стали «подальшим розвитком» імперативних норм². На його думку, зобов'язання *erga omnes* – це «зобов'язання, що розглядаються як такі, що зобов'язують усе міжнародне співтовариство, з практичним наслідком, який полягає в тому, що право реагувати на будь-яке порушення [такої] норми не обмежується державою або державами, які безпосередньо заповділяли шкоду або потерпіли від порушення, а стосуються кожної держави»³.

На зв'язок імперативних норм і зобов'язань *erga omnes* указує Д. І. Нурумов. Він пише: «Важливою особливістю імперативних норм є те, що вони породжують спеціальний вид відповідальності, яку може нести абсолютно будь-який суб'єкт міжнародного права (*erga omnes*)»⁴.

Р. С. Дж. Макдональд звертає увагу на «складність питання» про співвідношення норм *jus cogens* та *erga omnes*. «Історично, – пише він, – дві доктрини з'явилися в різний час, але при цьому вони стосувалися тих же актів, що мають істотне значення... Зрозуміло, однак, що усе ще існує деяка різниця між доктриною *erga omnes* і доктриною *jus cogens* крім їх історичного розвитку. Один приклад – це норма про недоторканність дипломатичних представників, яка, імовірно, є нормою *erga omnes*, але не *jus cogens*»⁵. Разом з тим учений підкреслює, що члени Комісії міжнародного права ООН використовують поняття імперативних норм і норм *erga omnes* «майже взаємозамінно (*almost interchangeable*)»⁶.

На мою думку, приклад, наведений Р. С. Дж. Макдональдом (R. St. J. Macdonald), – один із небагатьох, що змушують глибше осмислити різницю в теоретичних підходах двох доктрин. У імперативних нормах контрастніше виділено гуманітарний аспект міжнародного права, його морально-правову природу, у нормах *erga omnes* – їх географічну

¹ Див.: Obligations Erga Omnes in International Law. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 [Електронный ресурс]. – Режим доступа: www.icj-cij.org.

² Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 141.

³ Ibid. – P. 141.

⁴ Нурумов, Д. И. Особенности формирования в международном праве норм защиты прав человека [Текст] / Д. И. Нурумов // Междунар. право. – 2001. – № 5 – С. 146.

⁵ Macdonald, R. St. J. Fundamental Norms in Contemporary International Law [Text] / R. St. J. Macdonald // Canadian Yearbook of International Law. – 1987. – Vol. XXV. – P. 138.

⁶ Ibid. – P. 139.

сферу дії. Можна дійти висновку, що поняття *jus cogens* є вужчим за поняття *erga omnes*, що від останніх, на відміну від перших, можна відмовитися. Але чи припустимо відмовитися у практиці сучасних міждержавних відносин від норми про недоторканність дипломатичних представників? Наведу думку українського вченого В. Репецького. Він розглядає цю норму як «імперативне зобов'язання для приймаючої держави, відхилення від якого не допускається»¹. Тут же доречно послатися і на характеристики, висловлені Міжнародним судом ООН на адресу норм про недоторканність дипломатичних агентів та дипломатичних приміщень при розгляді *справи про дипломатичний і консульський персонал США в Тегерані (США проти Ірану, 1980 р.)*: «зобов'язання із загального міжнародного права» (пара. 62); «ясні й серйозні зобов'язання із загального міжнародного права» (пара. 67); «принцип недоторканності особи дипломатичних агентів і приміщень дипломатичних місій – одна з головних засад (is one of the very foundations) цього [правового] режиму, що формувався тривалий час, у розвиток якого традиції ісламу зробили істотний внесок» (пара. 86); «фундаментальний характер принципу недоторканності...» (пара. 86); «норми фундаментального характеру, про що Суд знову повинен тут рішуче заявити» (пара. 91)². А у *справі про ордер на арешт від 11 квітня 2000 р. (Конго проти Бельгії, 2002 р.)* Міжнародний суд поставив норми дипломатичного права, які гарантують недоторканність вищим посадовим особам держави (мова йшла про міністра закордонних справ Конго), вище обвинувачень у порушенні Женевських конвенцій 1949 р. (з відповідними додатковими протоколами до них) і здійсненні злочинів проти людяності³.

І все ж таки, якщо бути неупередженим, незважаючи на важливість норми про недоторканність дипломатичних представників, відмовитися від неї можна. Про це прямо зазначено в ст. 32 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р.:

«1. Від імунітету від юрисдикції дипломатичних агентів та осіб, що користуються імунітетом відповідно до статті 37, може відмовитися акредитуюча держава.

2. Відмова повинна бути завжди точно вираженою».

¹ Репецький, В. Дипломатичне і консульське право [Текст]: підручник / В. Репецький. – Л.: ВАТ «Бібльос», 2002. – С. 165.

² Див.: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), Judgment of 24 May 1980 // I.C.J. Reports, 1980. – P. 31, 32, 40, 42.

³ Див.: Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002 // I.C.J. Reports, 2002. – P. 3.

Приклад Р. С. Дж. Макдональда недвозначно вказує на істотну додаткову якість норм *erga omnes* – їх диспозитивність.

У цілому ж прямий зв'язок і навіть спорідненість понять норм *jus cogens* та *erga omnes* чітко простежується із зіставлення переважної більшості прикладів цих норм, що наводять дослідники. Так, Я. Броунлі писав: «...щодо деяких положень *jus cogens* усі держави дійшли загальної згоди; це стосується норм, щодо застосування сили державами, самовизначення та геноциду»¹. І. А. Ширер відносив до норм *jus cogens* заборону погрози силою або застосування сили та принципи: *pacta sunt servanda*, суверенної рівності держав, мирного вирішення спорів². Три групи імперативних норм виділяв Р. С. Дж. Макдональд: а) норми, що сформувалися наприкінці XIX – на початку XX ст. (заборона рабства, заборона домагань на право власності над океаном, заборона підкоряти або розчленовувати держави); б) норми, що сформувалися після Другої світової війни (заборона геноциду, заборона погрози силою або застосування сили, заборона здійснення діянь, що є кримінально-караними відповідно до міжнародного права, норми Женевських конвенцій з міжнародного гуманітарного права, заборона перешкоджати в доступі до космічного простору і його використання, заборона присвоєння Антарктики); в) норми, які формуються в цей час, що вже багатьма, але не всіма державами прийняті як такі, що не скасовуються (*non-derogable*) (заборона втручатися у право народів на самовизначення, заборона не визнавати суверенітет держави над її природними ресурсами, заборона укладати нерівноправні договори, заборона порушувати права людини)³.

Торкаючись прикладів зобов'язань *erga omnes*, можна послатися на рішення у справі про компанії Барселона Трекшн (*Бельгія проти Іспанії, 1970 р.*), де як норми *erga omnes* названі неправомірність актів агресії та геноциду, зобов'язання із захисту основних прав людини, «включаючи захист від рабства та расової дискримінації» (para. 33)⁴. У преамбулі вищезгаданої резолюції Інституту міжнародного права від 27 серпня 2005 р., присвяченої зобов'язанням *erga omnes*, як при-

¹ Броунлі, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунлі. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 2. – С. 192.

² Shearer, I. A. *Starke's International Law* [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 49.

³ Macdonald, R. St. J. *Fundamental Norms in Contemporary International Law* [Text] / R. St. J. Macdonald // *Canadian Yearbook of International Law*. – 1987. – Vol. XXV. – P. 132, 133.

⁴ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* [Text] Judgment of 5 February 1970 // *I.C.J. Reports*, 1970. – P. 3.

клади зазначені: заборона агресії, заборона геноциду, захист основних прав людини, самовизначення, захист довкілля¹.

Тема імперативних норм загального міжнародного права найтіснішим чином пов'язана з темою основних (фундаментальних, конституційних) принципів міжнародного права. Остання одержала найбільш детальне пророблення у вітчизняній доктрині. «Західні вчені, – зазначає В. Г. Буткевич, – за невеликим винятком, не виділяють основних принципів міжнародного права»². Більшість радянських учених дотримувалися точки зору, відповідно до якої основні принципи становлять частину імперативних норм, тобто вони мають імперативний характер, але при цьому сама проблематика норм *jus cogens* основними принципами не вичерпується. Так, Е. А. Пушмін, який, на думку В. Г. Буткевича, у радянський період найближче підійшов до визначення сутності основних принципів³, писав: «У силу загальнозначущості, загальності й універсальності, обов'язковості їх юридичних установлень основні принципи входять у систему імперативних норм міжнародного права (*jus cogens*), тобто норм, яким повинні відповідати всі інші норми міжнародного права... Звичайно, основними принципами система *jus cogens* не вичерпується, оскільки в неї входять й інші норми, що мають імперативний характер, які можуть існувати автономно, особливо в стадії становлення того чи іншого принципу»⁴. З імперативним характером основних принципів погоджувалися Є. Т. Рутько та С. А. Войтович. Разом з тим вони підкреслювали, що «імперативні норми не зводяться до принципів міжнародного права. Існує ціла низка імперативних норм, які не є принципами (наприклад, норми, що фіксують протиправність геноциду, піратства, работоргівлі, деякі правила ведення війни та ін.). Імперативність таких норм, безумовно, відбивається на системі міжнародного права. Однак основну роль в організації системи міжнародного права, його галузей та інститутів грають імперативні принципи, що узагальнюють багато норм»⁵.

¹ Див.: Obligations Erga Omnes in International Law [Text]. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.icj-cij.org.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 191.

³ Там само. – С. 194.

⁴ Пушмин, Э. А. О понятии основных принципов современного общего международного права [Текст] / Э. А. Пушмин // Сов. ежегодник междунар. права, 1978. – М. : Наука, 1980. – С. 80.

⁵ Рутько, Е. Т. Роль императивных норм в организации системы международного права [Текст] / Е. Т. Рутько, С. А. Войтович // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 217.

У сучасній українській доктрині основні принципи міжнародного права до норм *jus cogens* відносять М. О. Баймуратов¹, А. І. Дмитрієв², А. З. Георгіца та С. О. Чикурлій³. М. Ю. Черкес основні принципи імперативними нормами прямо не називає. Проте він указує, що основні принципи «визнаються всіма членами міжнародного співтовариства і служать основою сучасного міжнародного права»; вони «з'явилися в міжнародному спілкуванні як норми звичаєвого права»⁴. Про імперативні норми М. Ю. Черкес висловлюється більше як про наукову концепцію⁵.

В. Г. Буткевич вважає, що є всі підстави ототожнювати більшість основних принципів міжнародного права з нормами *jus cogens*. «Але є й такі принципи міжнародного права, – зазначає він, – від яких держави відступали у своїх міжнародних договорах, не порушуючи міжнародного права»⁶. Як приклад учений наводить принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань. Він погоджується з тим, що нехтувати ним означає поставити під загрозу ефективне функціонування всієї системи міжнародного права. «Водночас, – пише вчений, – виводити його на ступінь норми *jus cogens* означає зробити механізм міжнародно-правового регулювання менш гнучким і ефективним. Адже нині суб'єкти міжнародного права можуть відступити від узятих міжнародних зобов'язань шляхом укладення нового міжнародного договору в разі докорінної зміни обставин (*rebus sic stantibus*) або утворення імперативної норми, якій суперечить відповідне міжнародне зобов'язання»⁷. Такими ж основними, але не імперативними принципами В. Г. Буткевич вважає принципи непорушності державних кордонів і самовизначення народів. При цьому він не має сумніву щодо імперативності таких принципів, як невтручання у внутрішні справи, незастосування сили або погрози силою, мирне вирішення міжнародних спорів, повага прав людини та основних свобод⁸. Учений погоджу-

¹ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учеб. / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 33.

² Дмитрієв, А. І. Міжнародне публічне право [Текст] : навч. посіб. / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 230.

³ Георгіца, А. З. Міжнародне публічне право [Текст] : навч.-метод. посіб. / А. З. Георгіца, С. О. Чикурлій. – Чернівці: Рута, 2002. – С. 15.

⁴ Черкес, М. Ю. Міжнародне право [Текст] : підручник / М. Ю. Черкес. – 3-тє вид., випр. і допов. – К.: Т-во «Знання», КОО, 2003. – С. 27.

⁵ Там само. – С. 29.

⁶ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 201.

⁷ Там само.

⁸ Там само. – С. 202.

ється з тим, що «основні принципи міжнародного права за своїм походженням є звичаєвими нормами»¹.

Думку В. Г. Буткевича слід повністю підтримати. У загальному міжнародному праві існує чимала кількість диспозитивних норм, відступ від яких допускається, насамперед, у договірному порядку. Однак це не зменшує їх значення для ефективного функціонування універсальної міжнародно-правової нормативної системи. Загальновизнаний нормі-принципу *pacta sunt servanda* у цьому сенсі по праву належить одне з провідних місць. Наприклад, Дж. Л. Кунц (J. L. Kuns), переконаний у тому, що загальне міжнародне право ґрунтується на звичаї, заявляє: «Звичаєвий принцип „*Pacta sunt servanda*” є підставою чинності всього партикулярного міжнародного права, яке формується на договірній процедурі»². Багато вчених нерідко кваліфікують її взагалі як норму імперативного характеру (*jus cogens*)³. Власне, таке ж значення мають і принципи непорушності кордонів держав, самовизначення народів, недоторканності дипломатичних приміщень і дипломатичних агентів і деякі інші. Їх неімперативність не послаблює і, тим більше, не знімає проблему їх загальнообов’язковості у світових масштабах. Вона вказує на певні нюанси їх застосування.

У цілому ж можна зробити висновок: є достатньо підстав вважати, що питання загального міжнародного права у своїй основі повторює питання основоположних (імперативних, *erga omnes*, основних, фундаментальних, конституційних і т. ін.) норм міжнародного права. Іншими словами, загальне міжнародне право – це насамперед міжнародне право загальнообов’язкове.

Проте труднощі у встановленні кола норм загального міжнародного права, безумовно, існують, що почасти пояснює обережну позицію Комітету. На мій погляд, вони полягають у тому, що, незважаючи на наявність численних, таких, що збігаються між собою, найавторитетніших експертних оцінок, які виражають панівну у світовій доктрині точку зору, у міжнародному праві дотепер немає жодного офіційного писаного юридично зобов’язуючого документа (універсального між-

¹ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 211.

² Kuns, J. L. The Nature of Customary International Law [Text] / J. L. Kuns // The American Journal of International Law. – 1953. – Vol. 47, № 4. – P. 665.

³ Див., напр.: Миронов, Н. В. Международное право: нормы и их юридическая сила [Текст] / Н. В. Миронов. – М. : Юрид. лит., 1980. – С. 89; Захарова, Н. В. Выполнение обязательств, вытекающих из международного договора [Текст] / Н. В. Захарова. – М. : Наука, 1987. – С. 52–76; Мережко, О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики [Текст] : [монографія] / О. О. Мережко – К. : Таксон, 2002. – С. 59–78 та ін.

народного договору або правоутворюючої резолюції міжнародної міжурядової організації), що дає чітке визначення поняття норми загального міжнародного права та містить хоча б приблизний перелік цих норм. А ситуація, що склалася, зокрема, у Комісії міжнародного права ООН при розгляді проекту статей про відповідальність держав, яка спричинила явне погіршення положень про відповідальність за порушення імперативних норм (насамперед мається на увазі виключення з тексту ст. 19, яка передбачала й деталізувала широко визнаний у науці та практиці поділ міжнародних правопорушень на міжнародні злочини та міжнародні делікти, а також містила в п. 3 перелік діянь, які становлять міжнародні злочини)¹, свідчить, що подібного плану документ з'явиться ще не скоро.

Існуючі в доктрині міркування про найбільш адекватний спосіб зовнішнього вираження (джерела) норм загального міжнародного права пов'язані, по-перше, із тлумаченням тих рідкісних положень універсальних міжнародних договорів, у яких є пряма вказівка на досліджувані нами норми, і, по-друге, зі зверненням до пошуку соціальних коренів цих норм, їх правової природи. Розглянемо обидва підходи.

Перший стосується головним чином тлумачення положень статей 53 і 64 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., які визначають особливості застосування міжнародних договорів у контексті імперативних норм загального міжнародного права.

Стаття 53 говорить: *«Договір є нікчемним, якщо в момент укладення він суперечить імперативній нормі загального міжнародного права. Оскільки це стосується цієї Конвенції, імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої недопустиме і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що носила б такий же характер».*

Згідно зі ст. 64, *«якщо виникає нова імперативна норма загального міжнародного права, то будь-який існуючий договір, який виявляється в суперечності з цією нормою, стає недійсним і припиняється».*

А. Кассезе, коментуючи наведені статті, зазначає: *«Положення Віденської конвенції про імперативні норми... страждають від істот-*

¹ А. Кассезе зазначав, що «важливий ключ в ідентифікації імперативних норм може бути відшуканий у минулій статті 19 проекту статей про відповідальність держав КМП (у цей час виключений з інших причин, не пов'язаних з перерахуванням фундаментальних норм)» (див.: Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 202). Докладніше про причини виключення ст. 19 див.: Лукашук, И. И. Право международной ответственности [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 240–278.

ного обмеження: до них може звернутися тільки держава, що є стороною як Віденської конвенції, так і того двостороннього або багатостороннього договору, який вона має намір оголосити суперечним *jus cogens*. [Держава] зі сторони, тобто держава, що є стороною багатостороннього договору, але не ратифікувала Віденську конвенцію, або стороною Конвенції, але не є стороною багатостороннього договору, відсторонена від звертання до статей 53 і 64»¹. При цьому вчений указує, що «цей недолік Віденської конвенції трохи пом'якшується (i) звичаєвими нормами про недійсність договорів, чий зміст поступово еволюціонував з моменту прийняття Віденської конвенції... (ii) поступово появою *звичаєвої* (customary) норми імперативного характеру»². Те, що нова норма імперативного характеру повинна бути звичаєвою, підкреслив сам учений. У жодній з вищенаведених статей Віденської конвенції немає ані слова про спосіб формування таких норм.

У звичаєво-правовому походженні нових імперативних норм за змістом Віденської конвенції 1969 р. також переконаний І. А. Ширер. Він ставить собі питання: «чи повинен процес ідентифікації проводитися виключно на підставі багатосторонніх правоутворюючих (law-making) конвенцій, чи норма *jus cogens* еволюціонує через той же процес, що і звичаєві норми міжнародного права?»³. І далі, відповідаючи на своє ж запитання, він посилається на ст. 64: «Слово „виникає” показує, що первісно передбачалося, що норма *jus cogens* буде нормою звичаєвого міжнародного права»⁴.

Х. Тирлвей прямо пише: «Норма *jus cogens* – безперечно, це норма звичаєвого права, як це мається на увазі в статті 63 Віденської конвенції про право міжнародних договорів при вказівці на розвиток нової норми даного виду після укладання договору»⁵.

Також категоричний Я. Броунлі, розглядаючи норми *jus cogens* за змістом Віденської конвенції: «Це норми звичаєвого права, які не можуть бути скасовані договором або в силу мовчазної згоди, а можуть

¹ Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 204.

² Ibid.

³ Shearer, I. A. Starke's International Law [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 49.

⁴ Ibid.

⁵ Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition ; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 280.

відпасти тільки після утворення нових норм звичаєвого права проти-лежного змісту»¹.

Другий підхід набагато складніший, оскільки безпосередньо сто-сується світоглядних засад міжнародного права.

У радянській доктрині панували позиції про переважно договірно-правовий шлях утворення норм *jus cogens*. Суттєвою передумовою формування такої переконаності була широкомасштабна кодифікація норм міжнародного права на основі загальних міжнародно-правових звичаїв, яка проводилася Комісією міжнародного права ООН у 1960-1980-х роках. Існувала ілюзія (до речі, не тільки у вітчизняній доктрині), що одне джерело закріплення міжнародно-правових зобов'язань (договір) повністю витіснить інше (звичай). Л. Н. Шестаков, зокрема, указував: «У цей час існує велика кількість міжнародних договорів, у яких беруть участь всі або майже всі держави... Останнім часом робота з кодифікації міжнародного права помітно збільшила кількість договірних норм. Робота з кодифікації, що триває, зведе кількість зви-чаєвих норм до мінімуму»². Г. І. Тункін виступав проти того, щоб роз-глядати загальне міжнародне право виключно як таке, що складається з міжнародно-правових звичаїв. Він зазначав, що «деякі багатосторон-ні договори в цей час стали квазіміжнародним законодавством»³. Його основний аргумент на користь договорів полягав у тому, що сьогодні вони більш ефективні в кодифікації та прогресивному розвитку між-народного права⁴.

У деяких випадках на особливу роль міжнародних договорів ука-зувала й сама Комісія міжнародного права ООН. Так, коментуючи статтю, що стосується взаємодії норм міжнародних договорів і норм *jus cogens*, Комісія погодилася з тим, що «багато модифікацій норм *jus cogens* сьогодні найбільш ймовірно могли б набути сили за допомогою укладення загального багатостороннього договору»⁵. Хоча, слід зазна-чити, це твердження зовсім не демонструє повну переконаність Комі-

¹ Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 2. – С. 189.

² Шестаков, Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права [Текст] / Л. Н. Шестаков. – М. : Изд-во МГУ им. М.В. Ломоносова, 1981. – С. 62.

³ Tunkin, G. Is General International Law Customary Law Only? [Text] / G. Tunkin // European Journal of International Law. – 1993. – № 4. – P. 536.

⁴ Ibid. – P. 541.

⁵ Document A/5509: Report of the International Law Commission covering the work of its 15th session, 6 May – 12 July 1963 // Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II. – United Nations, New York, 1964. – P. 199.

сії в абсолютній перевазі договорів над звичаями у створенні імперативних норм, як це намагалися подати у своїх роботах, наприклад, Л. А. Алексідзе¹ та Н. М. Ульянова². Аж ніяк. Згодом члени Комісії підкреслювали, що «немає процедури, яка була встановлена для визначення норми *jus cogens*»³; «договір може містити норму, що просто була запозичена з уже існуючої звичаєвої норми, як це було вірно зазначено на декількох... прикладах у зв'язку з *jus cogens*, і дуже складно визначити, норма в договорі передує або слідує звичаєвій нормі»⁴.

Однак головна причина переконаності радянських юристів-міжнародників у переважно договірному шляху формування імперативних норм загального міжнародного права була, безумовно, світоглядна.

Так, Л. М. Шестаков, доводячи, що концепція, відповідно до якої норми *jus cogens* можуть бути створені тільки шляхом звичаю, «не відповідає більше реаліям сучасного життя», писав: «Міжнародний договір є однією з форм, у якій виражається результат узгодження воль держав про визнання обов'язковими в їх відносинах певних правил поведінки. Причому в міжнародному праві немає нічого, що обмежувало б волю держав у виборі тієї чи іншої форми для вираження конкретної норми міжнародного права. Держави вільні у визначенні такої форми й самі вирішують, у якій формі буде виступати та або інша норма міжнародного права»⁵.

Н. М. Ульянова, обґрунтовуючи актуальність визначення поняття загального багатостороннього договору, в тому числі й деякими проблемами сфери дії імперативних норм міжнародного права, указувала на доцільність використання таких договорів при вирішенні питання про способи зміни норм *jus cogens*: «Оскільки імперативна норма може бути встановлена або змінена за згодою всіх або майже всіх держав,

¹ Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 235, 236.

² Ульянова, Н. Н. Понятие общего многостороннего договора [Текст] / Н. Н. Ульянова // Сов. ежегодник междунар. права, 1974. – М. : Наука, 1976. – С. 97.

³ International Law Commission. Summary Records of the 18th session, 4 May – 19 July 1966 // Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. I, Part II. – United Nations, New York, 1967. – P. 4.

⁴ Ibid. – P. 91.

⁵ Шестаков, Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права [Текст] / Л. Н. Шестаков. – М. : Изд-во МГУ им. М.В. Ломоносова, 1981. – С. 63.

то в сучасних умовах це може і ...найімовірніше буде здійснюватися шляхом загального багатостороннього договору»¹.

Л. А. Алексідзе, резюмуючи роботи вчених соціалістичних країн, стверджував, що «багатосторонні, майже універсального охоплення договори одноголосно визнаються однією з основних форм вираження імперативного правила поведінки»². На його думку, «головною вимогою до багатостороннього договору висувається його нормоустановлюючий характер, тобто встановлення загальних правил поведінки, розрахованих на довгострокове регулювання міжнародних відносин в умовах мирного співіснування держав із різним соціальним устроєм»³.

Схожа ситуація спостерігається і в сучасній українській і російській доктринах. Акцент робиться на єднальному, координуючому характері норм міжнародного права⁴. З погляду позитивістського сприйняття міжнародного права будь-яка міжнародно-правова норма – це результат узгодження воель (як співвідношення політичних інтересів і політичних можливостей) держав на міжнародній арені. Тому й процеси формування міжнародних договорів і міжнародно-правових звичаїв, незважаючи на відсутність в останніх строгої формалізованої процедури, по суті, є ідентичними. А якщо бути точнішим, формування звичаю прирівняне до укладання договору. Наприклад, М. О. Баймуратов так описує етапи формування імперативних норм: «1) узгодження воель суб'єктів міжнародного права стосовно правила поведінки; 2) узгодження воель цих суб'єктів щодо надання цьому правилу поведінки вищої юридичної сили в конкретній правовій системі; 3) дача суб'єктами міжнародного права згоди на юридичну обов'язковість погодженого правила поведінки»⁵. Додам, що цей учений ні фізичних осіб, ні міжнародні неурядові організації до суб'єктів міжнародного права не відносить⁶.

Аналогічним шляхом запропонував піти І. І. Лукашук. Він вважав, що кодифіковане право міжнародних договорів слід за аналогією за-

¹ Ульянова, Н. Н. Понятие общего многостороннего договора [Текст] / Н. Н. Ульянова // Сов. ежегодник междунар. права, 1974. – М. : Наука, 1976. – С. 97.

² Алексідзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *ius cogens* [Текст] / Л. А. Алексідзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 234.

³ Там само. – С. 235.

⁴ Див., напр.: Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст]: підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 164; Лукашук, І. І. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / І. І. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 113.

⁵ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст]: учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 31.

⁶ Там само. – С. 64, 65.

стосувати до регулювання процесу створення міжнародно-правових звичаїв. «Віденські конвенції про право договорів 1969 р. і 1986 р., – пояснював свою позицію вчений, – закріпили не тільки правила, що відбивають специфіку договорів, а й правила, загальні для всіх міжнародно-правових норм. У цьому немає нічого дивного. Договірні й звичаєві норми мають єдину юридичну природу і здійснюються на основі єдиних принципів»¹.

Принципи, на мій погляд, «дали тріщину», коли вчений, деталізуючи процес створення міжнародно-правових звичаїв «за аналогією», торкнувся норм загального міжнародного права. Основна проблема полягала в тому, що стосовно даних норм суверенне право держав у прийнятті або неприйнятті за ними зобов'язань, тобто право, що всіляко звеличується позитивізмом – свобода договорів, виявилось значним чином обмеженим, а, по суті – зведеним до мінімуму.

«Звичаєва норма загального міжнародного права, – дає визначення І. І. Лукашук, – приймається більшістю держав, що являють собою головні форми цивілізації й основні правові системи світу, тобто світовим співтовариством у цілому»². З цим визначенням не можна не погодитися, однак уже воно допускає ситуацію, за якої державі, яка не входить у вищевказану більшість, може бути нав'язана колективна воля цієї більшості, тобто воля інших держав (що для позитивного права нонсенс). І відмовитися від такої норми у цієї гіпотетично незгодної держави шансів ніяких немає, оскільки, по-перше, її «згода» буде презюмуватися, принаймні, в силу мовчазного визнання (відсутність протесту), а, по-друге, «звичаєва норма загального міжнародного права може бути змінена тільки міжнародним співтовариством у цілому»³.

Вчений допускає можливість зміни або призупинення дії *диспозитивної* норми загального міжнародного права за узгодженням між собою двох або декількох суб'єктів і за умови, що «така зміна:

– не впливає на користування іншими суб'єктами своїми правами, що випливають з цієї норми, або на виконання ними своїх обов'язків;

– не є несумісним зі здійсненням цілей норми»⁴.

¹ Лукашук, І. І. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. прав. ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 168.

² Там само. – С. 169.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 170.

Цікаво, але в одній зі своїх попередніх фундаментальних праць І. І. Лукашук наполягав на недоречності застосування Віденської конвенції про право міжнародних договорів до норм, закріплених у формі міжнародно-правових звичаїв (у контексті його міркувань про диспозитивні норми): «Необхідно, однак, враховувати, що ця конвенція присвячена договорам і тому тільки про них у ній і йдеться»¹. І в цій же монографії вчений визнав звичай основною формою існування імперативних норм: «Слід вважати, що головна причина того, що основною формою існування імперативних норм служить звичай, полягає в тому, що ці норми закріплюють історично досягнутий рівень цивілізованості та демократії міжнародного співтовариства і тому припинення дії договору, що містить їх, не може вести до їх скасування, навіть якщо мова йде про Статут ООН»². Хоча раніше, двома абзацами вище, І. І. Лукашук стверджував, що «першорядну роль у створенні імперативних норм покликані грати загальні багатосторонні договори»³.

Слабкість позитивістського підходу в питанні переважної форми зовнішнього вираження норм загального міжнародного права був змушений визнати Л. Хенкін. «З принципу згоди, – пише він про *jus cogens*, – впливає новий виняток, що властиве новій концепції»⁴. Далі він зазначає: «Концепція *jus cogens* не увійшла у право договірним шляхом, і, отже, вона була охарактеризована як «звичаєве право». Також передбачалося, що це особливе звичаєве право не є відкритим для заперечення з боку будь-якого „постійно протестуючого”»⁵. Учений пов’язує з імперативними нормами відродження *впорядкованого конституційного права (systemic constitutional law)*, яке він визначає як «певні фундаментальні цінності, прийняті міжнародною системою»⁶. І на закінчення Л. Хенкін робить взагалі не властивий для послідовного прихильника юридичного позитивізму висновок: «Як фундаментальні цінності вони не походять і не залежать від державної практики або від права, створеного навмисно згодою держав. Утвердження концепції *jus cogens* не вимагало згоди всіх держав і не брало до уваги опір будь-якої окремої держави, що заперечує»⁷.

¹ Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст]: учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук; Рос. акад. наук; Ин-т государства и права; Академ. прав. ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 178.

² Там само. – С. 168.

³ Там само. – С. 167.

⁴ Henkin, L. *International Law: Politics and Values* [Text] / L. Henkin. – The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1995. – P. 38.

⁵ Ibid. – P. 39.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

Найвідоміший теоретик юридичного позитивізму («волюнтаризму», або «консенсуалізму», за його власним визначенням) О. Шахтер також «спіткнувся» на «базових» (basic) міжнародно-правових нормах. «Хоча волюнтаризм у цьому випадку, – пише він, – може здатися, є «слабкою» версією, важливо визнати, що система права в цілому була прийнята співтовариством держав»¹. Міркуючи про базові норми, він розглядає міжнародне співтовариство як якусь організацію, систему, вступаючи в яку нова держава-член просто не в змозі вчинити інакше: «Прийняття міжнародного права не може бути приписано «волі» держав, тому що, по суті, вони не мають іншого вибору в цьому випадку. Сама заява про створення держави, що має владу на певній території та над населенням, припускає визнання базових міжнародно-правових норм»². Роль згоди у становленні й функціонуванні базових норм міжнародного співтовариства суверенних держав бачиться йому в тому, що «принаймні, у цьому сенсі система тримається на їх згоді, як і внутрішня правова система, можна сказати, тримається споконвічно на згоді людей. Без їх спільної згоди не може бути тривало функціонуючої системи права»³.

Чи може та або інша держава не дати своєї згоди на базові норми міжнародної системи? О. Шахтер відповідає на це питання так: «Теоретично можна уявити собі режим, який контролює територію, опирається виключно на голий примус... без звернення до прав на основі міжнародного права. Чи буде здійснення такої влади в таких випадках мовчазно визнано іншими державами – це питання емпіричне. На практиці жодна держава в сучасний період не намагалася відкинути систему в цілому»⁴. До цього варто додати, що при всьому цьому вчений переконаний саме у звичаєво-правовому вираженні базових норм міжнародного права⁵.

Також переконана у звичаєво-правовому вираженні імперативних норм Д. Шелтон. Вона пише: «Ті норми, які найчастіше визначаються як *jus cogens*, очевидним чином прийняті як звичаєве міжнародне право за відсутності постійно протестуючого»⁶. «Очевидність» ця, як

¹ Schachter, O. *International Law in Theory and Practice* [Text] / O. Schachter. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 11.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. – P. 10–15.

⁶ Shelton, D. *International Law and 'Relative Normativity'* [Text] / D. Shelton // *International Law*. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 154.

впливає з міркувань ученої, ґрунтується на нездатності позитивістської теорії пояснити загальнообов'язковість цих норм. Не пропонуючи нічого замість позитивізму, Д. Шелтон, проте, дійшла висновку: «Міжнародне співтовариство не може дозволити собі консенсуальний режим стосовно багатьох сучасних міжнародних проблем. Отже, *jus cogens* – це необхідне вдосконалення в міжнародному праві, затребуване через те, що сучасні незалежні держави вимагають, щоб міжнародний *ordre public* містив норми, що вимагають суворого підпорядкування»¹.

Таким чином, суворе дотримання позитивістської теорії в питанні визначення адекватної форми зовнішнього вираження норм загального міжнародного права є непослідовним і суперечливим. Учені, що обстоюють позитивізм, або приходять до результатів, що не витримують випробування практикою (міжнародний договір – основна форма закріплення норм загального міжнародного права), або основують свої висновки на методі виключення з можливих варіантів відомих науці та практиці міжнародного права джерел (міжнародно-правовий звичай – основна форма закріплення норм загального міжнародного права, оскільки цю функцію міжнародний договір виконати не в змозі), а не на докладному аналізі причин і умов формування міжнародно-правових норм даного виду.

Уявляється, що панівні в юридичному позитивізмі ідеї формування норм загального міжнародного права є значною мірою спрощеними. Вони не враховують інших факторів, безпосередньо пов'язаних зі створенням норм міжнародного права, й активно впливають на їх застосування – ті фактори, які доступні тільки природно-правовому світогляду, який дозволяє бачити роль і відносини держав у створенні норм, що відповідають їх спільним інтересам, набагато глибше й повніше, ніж раніше. Ця роль полягає вже не тільки й не стільки в мовчазно впорядкованій взаємодії виконавчих гілок влади різних держав, підсумованій у міжнародному договорі, скільки в різнобічному, повному, насиченому невинному взаємному впливі одне на одне різних суспільств.

Про те, що світовий порядок необхідно сприймати не тільки у статичності (через позитивні норми), а й у динаміці (через виконання цих норм на практиці, правовідносини), зазначалося вже у радянській літературі «на зорі» перебудови. Про це писали М. І. Лазарев²,

¹ Shelton, D. *International Law and 'Relative Normativity'* [Text] / D. Shelton // *International Law*. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 159.

² Див.: Лазарев, М. И. *Теоретические вопросы современного международного морского права* [Текст] / М. И. Лазарев. – М. : Наука, 1983. – С. 123–129.

М. О. Ушаков та М. Л. Ентін¹. Таку позицію повністю підтримав В. І. Євінгов. «Уявляється, – писав він, – що розуміння міжнародного правопорядку, основане на аналізі правовідносин, дає найбільш адекватну й багату картину реальності»². В. І. Євінгов, піддавши критиці низку нігілістичних концепцій міжнародного правопорядку (політичний реалізм, біхевіоризм, лібералізм, позитивізм), сформулював ряд висновків, революційних для радянської епохи (хоча це вже й був її кінець), що заклали новий природно-правовий підхід до осмислення існуючого міжнародного правопорядку. Зокрема, Володимир Ісаакович указував, що «реальність правопорядку виражається в безлічі правовідносин, що ґрунтуються на нормах міжнародного права; серцевину цієї маси відносин, фундамент порядку становлять загальні правові відносини, основані на принципах міжнародного права, які наділені імперативним характером і виражають спільні інтереси й цінності всього співтовариства держав»³. Особливо слід виділити найважливіший із висновків ученого, у якому, на мій погляд, було переборене сприйняття міжнародних правовідносин, що формують основу міжнародного правопорядку, як виключно міждержавних: «Загальні правовідносини є постійно діючими, вони створюють систему правових зв'язків співтовариства з приводу захисту спільних інтересів і збереження цінностей, поділюваних усіма»⁴. І хоча в цьому висновку немає прямої вказівки на більш широке тлумачення міжнародних правовідносин (не тільки як міждержавних), воно явно мається на увазі.

Взаємодію держав необхідно розглядати як взаємодію різних суспільств, у якій найактивнішу роль відіграють широкі міжособистісні зв'язки учасників міжнародних відносин⁵. Тільки з такого історичного досвіду колективного спілкування виявилася можливою поява правових норм, спрямованих на забезпечення мирного спілкування держав і народів, а тому й набувших найвищої універсальної загальнолюдської цінності, – норм загального міжнародного права. Процес їх формування навіть теоретично неможливо звести тільки до укладення міжна-

¹ Див.: Ушаков, Н. А. Современный международный правопорядок [Текст] / Н. А. Ушаков, М. Л. Энтин // Международный порядок: политико-правовые аспекты. – М. : Наука, 1986. – С. 83; Ушаков, Н. А. Проблемы теории международного права [Текст] / Н. А. Ушаков. – М. : Наука, 1988. – С. 13.

² Евингов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евингов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 69.

³ Там само. – С. 70.

⁴ Там само. – С. 70–71.

⁵ Див. розділ 3.3 цієї монографії.

родних договорів. Далеко не кожна норма, що володіє універсальною загальнолюдською цінністю, може одержати своє втілення в міжнародному договорі. За свідченням самих же прихильників юридичного позитивізму, загальні міжнародні договори, розроблені Комісією міжнародного права й прийняті під егідою ООН, не змогли охопити всі держави світу¹. Хоча, за їх же власними переконаннями, норми *jus cogens* мають охоплювати «всі або майже всі» держави. Як зазначає Р. Макдональд, з цим завданням не справляється навіть Статут ООН, тому єдиний шлях поширити кожну імперативну норму на все людство пролягає «через її кристалізацію у норму звичаєвого міжнародного права»².

В. М. Шафіров цілком справедливо підкреслює, що «будь-яка спроба виділити в системі компонентів, які впливають на право, якийсь один головний, що зумовлює всі інші, є неспроможною»³. Цей учений, розглядаючи феномен права в його внутрішньодержавному втіленні, указує: «Визначальний вплив на право чинять багато факторів: економіка (різні форми власності, підприємництво, конкуренція), політика (форма правління, політичний режим), культура (духовний і моральний розвиток суспільства), ідеологія (панівні політико-правові ідеї, теорії), релігія (християнство, іслам, іудаїзм, буддизм та ін.), національні й історичні традиції (західні, східні) і т. д. Інша справа, що їх комбінації, сила енергії кожного фактора, що спонукає, можуть бути неоднакові на різних стадіях цивілізації та у різних народів»⁴.

Таке зауваження цілком стосується й міжнародного права. І політика, і економіка, і культура, і релігійні погляди – усе у своїй сукупності впливає на нього. Тільки рівень узагальнення інший: набагато вищий, такий, що прагне до вицлювання серед різноманітних факторів тих соціальних норм, які властиві якщо не всім, то переважній кількості народів, що населяють нашу планету. Такими стали універсальні моральні цінності, які забезпечують виживання й розвиток людства і втілені в імперативних нормах загального міжнародного права.

Так, А. Робертс прямо визначає імперативні норми як моральні звичаї міжнародного права. Порівнюючи їх із міжнародно-правовими

¹ Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 237.

² Macdonald, R. St. J. Fundamental Norms in Contemporary International Law [Text] / R. St. J. Macdonald // Canadian Yearbook of International Law. – 1987. – Vol. XXV. – P. 128.

³ Шафіров, В. М. Право в человеческом измерении [Текст] / В. М. Шафіров // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 201.

⁴ Там само. – С. 201.

звичаями, що просто полегшують міжнародне співробітництво (facilitative customs), вона доходить висновку, що моральні звичаї мають більшу нормативність, «тому що вони приписують майбутню дію, що ґрунтується на *нормативних оцінках ідеальної практики*»¹. Указуючи на значну частку незалежності змісту та юридичної чинності (нормативності) моральних звичаїв від поточної практики, А. Робертс вважає це новизною в підході до формування міжнародно-правових звичаїв і тому називає такі звичаї «сучасними» (modern customs)². Розглядаючи особливості створення моральних звичаїв, вона заявляє про перевагу загального консенсусу над згодою окремої держави, що, на її думку, відбиває пріоритет матеріальної (substantive) нормативності над процедурною (procedural) нормативністю у важливих моральних питаннях. До цього вона додає: «Сучасний звичай прагне до формування загального міжнародного права, яке зобов'язує усі держави з приводу важливих моральних проблем»³.

Але в чому саме перевага закріплення зобов'язань із загального міжнародного права у формі звичаю? Вона полягає в тому, що, на відміну від міжнародного договору, висновок про наявність або відсутність міжнародно-правової норми робиться не на підставі аналізу одного або, припустимо, декількох взаємозалежних писаних документів, а на підставі вивчення різних джерел, серед яких увага приділяється засобам фіксації не тільки позитивних зобов'язань, а й стану та правовій оцінці фактичних правовідносин. Під таким кутом зору міжнародний договір виступає тільки одним із засобів, одним із джерел доказів існування норми звичаєвого міжнародного права. Поряд з ним ураховуються й резолюції міжнародних міждержавних організацій, і положення внутрішнього законодавства різних держав, і судова практика як міжнародних органів з вирішення міжнародних спорів, так і внутрішніх судів.

Можна погодитися з А. Робертс, що зміст і юридична сила імперативних норм значною мірою незалежні від поточної практики. Ці норми здебільшого зрозумілі й очевидні. Їх доказування не вимагає розгорнутої і глибокої аргументації. Посилання на нормативно-правові акти нечисленні й у більшості випадків звернені на найважливіші міжнародно-правові документи, що містять розглянуті норми. Поси-

¹ Roberts, A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation [Text] / A. E. Roberts // The American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95, № 4. – P. 764.

² Ibid. – P. 765.

³ Ibid. – P. 766.

лання на практику застосування цих норм або мінімальні, або зовсім відсутні. Ілюстрацією цьому може служити рішення Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії у справі *Анто Фурунзія* (1998 р.)¹, у якій заборона катувань у міжнародному гуманітарному праві розглядалася як імперативна норма загального міжнародного права.

У пункті 137 Трибунал заявив, що «немає необхідності встановлювати, чи увійшли повністю Женевські конвенції та Додаткові протоколи до них у звичаєве міжнародне право, як це нещодавно встановив Конституційний Суд Колумбії, або, що вбачається більш правдоподібним, тільки найважливіші положення цих договорів набули статусу загального міжнародного права. У будь-якому разі припущення про те, що загальна заборона катувань еволюціонувала у звичаєве міжнародне право, є підтвердженням». Далі трьома реченнями йдуть посилання на міжнародні нормативно-правові акти, які містять зазначену норму: Гаазькі конвенції, «особливо статті 4 та 46 Правил, що є додатком до Конвенції IV 1907 р.»; Лондонська угода від 8 серпня 1945 р. про застосування Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі (стаття II (1) (с) Закону № 10 Ради з союзницького контролю (Allied Control Council Law No. 10)); Женевські конвенції 1949 р. і Протоколи до них 1977 р. Зазначимо, що переліченню даних актів передувало таке ж загальне посилання на внутрішній акт США «Кодекс Лібера» (Francis Lieber, Instructions for the Government of Armies of the United States (1863)). У наступних пунктах рішення були додані згадування рішення Міжнародного суду ООН у справі *Нікарагуа* (1986 р.) (п. 138), ст. 6 (2) Статуту Міжнародного трибуналу для Руанди (п. 140), рішення судів США у справах *Filartiga v. Pena-Irala* (п. 147) і *Demjanjuk* (п. 156), рішення Верховного Суду Ізраїлю у справі *Eichmann* (п. 156).

Привертає увагу те, що в даному рішенні Трибунал, заявляючи про існування «загальної норми міжнародного права» (як сказано в п. 139), не зіставляв між собою зазначені документи на предмет відповідності формулювань нормі про заборону катувань, не досліджував практику їх застосування, не розбирався в нюансах змісту норми і т. ін. Посилання на рішення міжнародних і внутрішніх судів мали найзагальніший характер. Якщо і наводилися витяги з них, то тільки резолютивного, а не мотивувального плану. Наприклад, у п. 147 Трибунал заявив, що «у цей час існує загальна відрізка стосовно катувань», і на підтвердження тези послався на рішення якогось суду США в справі *Filartiga*

¹ Див.: Prosecutor v. Anto Furundzija [Електронний ресурс] Judgment, 10 December 1998. Case No.: IT-95-17/1-T. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

v. *Pena-Irala*, де було сказано: «Катування стали, як і піратство й работоргівля раніше, *hostis humani generis*, ворогом усього людства».

Аналогічним чином діяв і Європейський суд з прав людини, розглядаючи питання про заборону катувань у справі *Аль-Адсані проти Сполученого Королівства (2001 р.)*¹. У пункті 59 Європейський суд указав: «У рамках конвенційної системи вже давно визнано, що право, передбачене статтею 3, не бути суб'єктом катувань або нелюдського чи принижуючого поводження або покарання становить одну з фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Це абсолютне право, що не припускає ніяких виключень ні за яких умов». У пункті 60 Суд обґрунтував це право як імперативну норму посиланнями на ст. 5 Загальної декларації прав людини, ст. 7 Міжнародного пакту про цивільні й політичні права, ст. 2 і 4 Конвенції ООН проти катувань та іншого жорстокого, нелюдського й принижуючого гідність поводження або покарання, а також на вищевказане рішення Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії. Знов-таки комплексного й докладного аналізу не було. Додамо, що в цьому ж рішенні Європейський суд ще у більш спрощений спосіб довів, що «суверенний імунітет – це концепція міжнародного права, яка розвилася з принципу *par in parem non habet imperium*, відповідно до якої одна держава не буде підлеглою юрисдикції іншої держави» (п. 54, див. також пп. 55 і 56).

Чи свідчить така тенденція про те, що встановлення норм загально-го міжнародного права повністю незалежне від практики? Навряд чи з цим варто погодитися. Вбачається, що вона насамперед указує на те, що розвиток практики досяг такого рівня, коли свідомість людей в оцінці й виборі адекватного способу поведінки в ключових життєвих ситуаціях, пов'язаних з реалізацією ними власної волі у відносинах між собою та з основними соціальними інститутами (насамперед владними – державою), отримала ідентичність і значну частку автономності від повсякденності. Врешті вона перестала потребувати доказів. Практика попереднього історичного шляху розвитку, перетворившись у досвід, неодноразово довела, перевірила, перевірила ще раз, «покарала» і продовжує «карати» людство за відхилення від єдино можливих, правильних варіантів поведінки.

За необхідності така *практика-досвід* може отримати шукані докази. Хіба бракує норм національних кримінальних законів різних держав і відповідних рішень їх внутрішніх судів, що переслідують за

¹ Див.: *Case of Al-Adsani v. the United Kingdom (Application no. 35763/97)* [Електронний ресурс] Judgment, 21 November 2001. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

заподіяння навмисних тілесних ушкоджень, у тому числі за катування? У цьому сенсі роль національних правових систем у формуванні більшості норм загального міжнародного права є далеко не другорядною. Особливо слід підкреслити значення національних судів. Саме вони своєю діяльністю (засуджуючи використання будь-якої фізичної сили для врегулювання спірних ситуацій, забороняючи посягання на життя людини в будь-якій формі, підтверджуючи необхідність слідувати договірним (контрактним) зобов'язанням, устанавлюючи відповідальність за їх недотримання та ін.) підготували й укоренили у найширшій масовій свідомості норми, що отримали в міжнародному праві загальне визнання. А в деяких випадках вони прямо вказували на існування в міжнародному праві загальноновизнаних звичаєвих норм. Найвідомішим прикладом тут є визнання національним судом м. Луанда (Ангола) до закріплення в міжнародних договорах (ст. 47 Додаткового першого протоколу 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 р., Конвенції з боротьби з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р.) універсальної звичаєвої норми міжнародного права, яка забороняє найманство¹. Характерно, що О. В. Наден прямо називає цей національний судовий процес «першим відомим прецедентом у міжнародному праві»².

Звернення до внутрішніх правових відносин не означає повернення до примату національного права над міжнародним. У даному випадку це вказівка на глибокі й напружені зв'язки міжнародної та національних правових систем, їх єдину ціннісну й морально-правову основу. Іншими словами, це шлях до єдиного розуміння права, що формується, у своїй основі, з повторюваних суспільних відносин³, тобто насамперед із найзагальніших, найбільш широко визнаних у міжнародних масштабах правових звичаїв.

¹ Докладніше див.: Блищенко, И. П. Наёмничество – международное преступление [Текст] / И. П. Блищенко, Н. В. Жданов // Сов. ежегодник междунар. права, 1979. – М. : Наука, 1980. – С. 146–161; Блищенко, И. П. Прецеденты в международном публичном и частном праве [Текст] / И. П. Блищенко, Ж. Дориа. – 2-е изд., доп. – М. : Издат. МНИМП, 1999. – С. 280–285; Наден, О. В. Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблеми протидії [Текст] : [монографія] / О. В. Наден. – К. : Атіка, 2005. – С. 127–129.

² Наден, О. В. Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблеми протидії [Текст] : [монографія] / О. В. Наден. – К. : Атіка, 2005. – С. 127.

³ Див.: Загальна теорія держави і права [Текст] : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 179–183.

На закінчення необхідно зауважити, що зазначену тенденцію слід відрізнити від проблеми якості формулювань норм загального міжнародного права, тобто проблеми однозначності та ясності їх словесно-логічної побудови. Вона – одна з найважливіших у практиці встановлення й застосування міжнародно-правових звичаїв при вирішенні конкретних міжнародних спорів і протиріч. У західній доктрині особливу увагу її вирішенню приділяв А. Д'Амато. За його версією, *формулювання* (articulation) є основним – якісним елементом міжнародно-правового звичаю, що має прийти на зміну суб'єктивному елементу – *opinio juris*¹. У вітчизняній доктрині з даною проблемою зіштовхнувся М. В. Буроменський, коли доводив наявність імперативної норми загального міжнародного права – принципу свободи вибору². Аналіз численних міжнародно-правових і міжнародних політичних документів, поглядів теоретиків міжнародного права виразно й недвозначно вказував на наявність величезної практики на її користь і на її широке визнання. «Це, очевидно, – пише вчений, – свідчить лише про те, що дана норма, у силу частого звернення до неї, належить до основоположних. Але в той же час міжнародне співтовариство й міжнародно-правова доктрина в силу різних причин не приділяли їй належної уваги, що пояснює відсутність її легального формулювання в концентрованому вигляді»³. Ще одним прикладом вирішення цієї проблеми може служити робота Л. Берата (L. Berat), у якій він на підставі багатьох документальних джерел установив зміст імперативної норми міжнародного права, що забезпечує право на здорове навколишнє середовище, та сформулював поняття міжнародно-правового злочину гецида⁴.

Таким чином, найбільш адекватною формою зовнішнього вираження (джерелом) норм загального міжнародного права (імперативних норм, зобов'язань *erga omnes*, загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права) є міжнародно-правовий звичай. Його головні пере-

¹ Див.: D'Amato, A. The Concept of Custom in International Law [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – P. 74–87.

² Див.: Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монографія / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – С. 70–110; Буроменський, М. В. Вплив міжнародного права на політичні режими держав [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук / М. В. Буроменський. – Х., 1998. – 32 с.

³ Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монографія / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – С. 87.

⁴ Див.: Berat, L. Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law [Text] / L. Berat // Boston University International Law Journal. – Fall 1993. – Vol. 11, № 2. – P. 327–348.

ваги перед міжнародним договором, по-перше, полягають у тому, що він є первинним засобом вираження тих універсальних морально-правових цінностей, які сформувалися на основі багатовікового історичного досвіду суспільних відносин і тим самим надали йому властивостей, не залежних від політичної кон'юнктури, а по-друге, визначаються специфікою встановлення звичаїв, за якої висновок про наявність норми робиться виходячи з комплексного аналізу різних джерел, що мають не тільки позитивно-правове походження (міжнародні договори, національне законодавство різних держав), а й зафіксовані в актах застосування позитивних норм (рішеннях міжнародних і національних судів, рішеннях міжнародних організацій, постановах урядів різних держав тощо), а також у будь-яких інших засобах зовнішньої фіксації практики дійсних фактичних міжнародних правовідносин.

4.2. Локальні звичаї міжнародного права

Одна з популярних у доктрині класифікацій міжнародно-правових норм, широко використовувана з навчальними цілями, бере за основу просторову сферу дії норм. Інакше кажучи, вона відштовхується від кола суб'єктів, на яких норми міжнародного права поширюють свою силу, свій вплив. У рамках цієї класифікації виділяють загальні (універсальні), міжрегіональні, регіональні, локальні, двосторонні та партикулярні норми. За винятком першої групи – загальних (універсальних) норм, що становлять міжнародне право, – норми інших груп зосереджені, головним чином, у міжнародних угодах. Закріплення їх у формі міжнародно-правових звичаїв у сучасному світі вважається явищем порівняно рідкісним. Підтвердженням цьому служить і те, що в теорії міжнародного звичаєвого права не існує настільки розгорнутої диференціації норм. Характерний поділ звичаїв на дві великі групи: а) загальні й б) ті, які до них не належать. При цьому другу групу визначають по-різному: «регіональні», «локальні», «партикулярні», (іноді, особливо в західній доктрині) «спеціальні» звичаї.

Безумовно, при суворому аналізі та з урахуванням існуючої добре розвиненої системи поглядів на питання поділу норм міжнародного права між ними існують значеннєві розмежування¹. Можна повністю погодитися з Г. М. Даниленком, який звернув увагу на те, що «такі, зо-

¹ Див., напр.: Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст]: підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній; за ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – С. 165–178.

крема, терміни, як „регіональний” або „локальний звичай”, мають на увазі насамперед суто географічне обмеження сфери застосування діючих звичаєвих норм. У дійсності ж партикулярні звичаї виникають у різних групах держав, у тому числі й не пов’язаних географічною близькістю»¹.

Разом з тим, як буде показано нижче, міжнародна практика вирішення спорів із застосуванням цього виду звичаїв у переважній більшості випадків стосувалася відносин держав, саме пов’язаних географічною близькістю. Більше того, найчастіше на такі звичаї посилалися держави, які мають спільний кордон. До того ж у зарубіжній і вітчизняній науці термін «локальний» широко застосовується для позначення міжнародних правовідносин, що виникають за участю обмеженого кола суб’єктів, які зовсім необов’язково пов’язані географічною близькістю. Наприклад, М. В. Миронов писав: «У міжнародному праві термін „локальні норми” означає правила поведінки, які діють у відносинах між обмеженим колом держав»².

Керуючись вищевказаними міркуваннями, у цьому дослідженні ми врахуємо специфіку доктрини стосовно звичаїв міжнародного права і як єдиний об’єднаний термін будемо використовувати, в основному, поняття «локальні звичаї».

Про можливість формування міжнародно-правових зобов’язань локального характеру було відзначено Постійною палатою міжнародного правосуддя в консультативних висновках у справах *про юрисдикцію Європейської Дунайської комісії на ділянці між Галацом і Браїлою (№ 14, 1927 р.)*³ та *про Вільне місто Данциг і Міжнародну Організацію Праці (1930 р.)*⁴. Поняття «локальний звичай» тоді не було використано, однак Палата визнала факт закріплення міжнародно-правових

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 124, 125.

² Миронов, Н. В. Международное право: нормы и их юридическая сила [Текст] / Н. В. Миронов. – М. : Юрид. лит., 1980. – С. 32. Див. також: Суворова, В. Я. Локальные нормы международного права [Текст] / В. Я. Суворова // Правоведение. – 1973. – № 6. – С. 93–98; Суворова, В. Я. Универсальные и локальные нормы в международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. – Свердловск, 1974 та ін.

³ Див.: Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – № 14, December 8th, 1927 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff’s Publishing Company, 1927. – P. 17.

⁴ Див.: Free City of Danzig and International Labour Organization. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – № 18. August 26th, 1930 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff’s Publishing Company, 1930. – P. 12, 13.

зобов'язань не у формі міжнародних договорів, а на підставі практики між обмеженою кількістю заінтересованих держав¹.

Основний внесок у розвиток уявлень про специфіку локальних звичаїв міжнародного права зроблений Міжнародним судом ООН. У своїх рішеннях у справах *про право притулку (Колумбія проти Перу, 1950 р.)* і *про право проходу (Португалія проти Індії, 1960 р.)* Суд заявив про принципову можливість утворення таких звичаїв, указав на юридичні критерії, необхідні для їх встановлення, і визначив їх співвідношення зі звичаями загального міжнародного права.

Так, у рішенні в справі *про право притулку (Колумбія проти Перу, 1950 р.)* Міжнародний суд досліджував твердження Колумбії про існування регіонального звичаю, що дає право на надання притулку в дипломатичних представництвах з усіма наслідками, що з цього випливають (Колумбія вимагала, щоб Перу оформила для пана Віктора Рауля Айа де ла Торре, лідера збройного повстання в м. Ліма-Каллао у жовтні 1948 р., якому Колумбія надала притулок на території свого посольства, документи для виїзду за кордон).

У відповідь на заяву уряду Колумбії про «сталий регіональний або локальний звичай, властивий Латиноамериканським державам», Міжнародний суд відреагував так: «Сторона, яка посилається на звичай такого роду, повинна довести існування такого звичаю таким чином, що він є обов'язковим і для іншої сторони. Уряд Колумбії має довести, що норма, до якої він звертається, є такою відповідно до постійної та одноманітної практики відповідних держав, і що ця практика є вираженням права однієї держави надавати притулок і відповідного обов'язку територіальної держави. Це впливає зі статті 38 Статуту Суду, яка стосується міжнародного звичаю „як доказу загальної практики, прийнятої як право”»². Після цього Суд перейшов до аналізу відповідної фактичної практики заінтересованих держав, яку визнав недостатньою для встановлення заявленого звичаю.

У рішенні в справі *про право проходу через індійську територію (Португалія проти Індії, 1960 р.)* Міжнародний суд ООН заявив про можливість формування двосторонніх локальних міжнародно-правових звичаїв: «З боку Індії були висунуті заперечення, що тільки між двома державами не може бути яких-небудь локальних звичаїв. Важко зрозуміти, чому кількість держав, між якими на основі тривалої практики

¹ Докладн. див. підрозділ 5.2 цієї монографії.

² *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment of 20 November 1950 // I.C.J. Reports, 1950. – P. 276–277.

може утворитися локальний звичай, обов'язково має бути більше двох. Суд не бачить причин, чому тривала практика між двома державами, прийнята ними для регулювання їх відносин, не може сформуватися на основі взаємних прав і обов'язків двох держав»¹.

Перший принциповий момент, який впливає з наведених вище витягів із рішень, полягає в тому, що Стаття 38 Статуту Міжнародного суду розглядається як єдина правова основа для кваліфікації наявності міжнародно-правових звичаїв будь-яких різновидів. Це означає, що Міжнародний суд не бачить принципових розходжень між звичаями загального міжнародного права і локальними міжнародно-правовими звичаями.

У доктрині міжнародного права ставлення до позиції Міжнародного суду в цілому не однозначне. Найбільше утруднення викликає тлумачення формулювання пункту 1 (b) статті 38 Статуту Міжнародного суду, у якій говориться про звичай як «доказ загальної практики». Багато фахівців слово «загальний» витлумачили буквально – як «такий, що стосується всіх». Прямим наслідком такого тлумачення є виключення локальних міжнародно-правових звичаїв зі сфери юрисдикції Міжнародного суду. У радянській науці пункт 1 (b) статті 38 Статуту Міжнародного суду в такий спосіб тлумачив, зокрема, І. П. Лукін. Він вважав, що «застосуванню Судом підлягає тільки генеральне (загальне) звичаєве право. Партикулярне звичаєве право не застосовується Судом»². Свою позицію він пояснював досить своєрідно: «...Міжнародний суд ООН відрізняється від інших міжнародних судів не тільки своєю організацією, а й системою норм, які він застосовує. Як „головний судовий орган ООН” він застосовує тільки генеральне (загальне) звичаєве право... Коли виникає спір, який має своєю підставою претензії, що випливають з партикулярного міжнародно-правового звичаю, він має передаватися будь-якому міжнародному суду (або третейському суду), за винятком Міжнародного суду ООН. Під час спорів, що стосуються тлумачення партикулярних міжнародно-правових звичаїв, суддя не зобов'язаний мати такі великі знання у галузі міжнародного права, які потрібні для суддів Міжнародного суду ООН. Але він повинен бути знавцем партикулярних звичаїв, місцевих обставин, і йому особливо необхідне знання тих справ, які регулюються даними між-

¹ Case concerning Right of Passage over India Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960. – P. 39.

² Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 53.

народними звичаями (морська справа, питання особливих дипломатичних привілеїв, місцеві територіальні питання і т. ін.)»¹.

Г. І. Тункін підкреслював, що «у Статуті Міжнародного суду йдеться про визнання того або іншого правила міжнародно-правовою нормою або, ще точніше, нормою загального міжнародного права. Статут говорить про „загальну практику”, „визнану правовою нормою”, тобто залишає осторонь локальні звичаєві міжнародно-правові норми. Такі норми існують, хоча й не відіграють великої ролі в загальній системі міжнародного права»².

Імовірно, частка правди в подібних міркуваннях все-таки існує. Адже очевидно, що, наприклад, ні локальні, ні регіональні, ні місцеві, ні, тим більше, двосторонні міжнародно-правові звичаї загальними не можуть бути, що називається, за визначенням. Що стосується партикулярних і спеціальних звичаїв, то вони, видається, за своїм найменуванням у деяких випадках можуть претендувати на загальність, оскільки можуть охоплювати як звичаї, що сформувалися в рамках окремого географічного регіону, так і звичаї, які регулюють міжнародні відносини в деяких спеціальних галузях, але в масштабах усієї планети (наприклад, у сфері міжнародних економічних відносин).

На труднощі тлумачення вказує і Г. М. Даниленко. Він пише: «Очевидно, що у випадку партикулярного звичаю вимога загальності практики набуває відносного характеру і залежить від кола заінтересованих держав, що застосовують даний звичай. Загальність може позначати загальну участь цих держав у тій чи іншій практиці, що веде до утворення партикулярних звичаєвих норм»³. Стосовно двосторонніх звичаїв формулювання п. 1 (b) статті 38 Статуту, зауважує вчений, «може бути використане лише з деякою натяжкою»⁴.

Разом з тим виключення локальних міжнародно-правових звичаїв зі сфери застосування Міжнародним судом неминуче позначилося б на його потенційних можливостях і, отже, на його авторитеті в урегулюванні міжнародних спорів у рамках окремих регіонів, що становлять, до речі, у його практиці переважну більшість справ. Тому, незважаючи на двозначність і «відносність» формулювання, Суд прийняв на себе ви-

¹ Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 53-54.

² Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 108.

³ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 125.

⁴ Там само. – С. 126.

рішення питань, пов'язаних із установленням локальних звичаїв, прямо вказавши при цьому в рішенні у справі *про право притулку* на ключову роль у своїй правовій аргументації п. 1 (b) статті 38 свого Статуту.

Труднощі формулювання положень Статуту були вирішені Міжнародним судом формулюваннями власних рішень (що, до речі, є розширювальним – *яке мається на увазі* – тлумаченням Статуту). Хоча розходження між загальними і локальними звичаями, і є, за словами А. Д'Амато, «концептуально простими»¹, на практиці вони виявилися досить істотними та викликали дискусію в доктрині про застосування до різних видів звичаїв різних концепцій обґрунтування правової природи міжнародно-правових зобов'язань.

Отже, **другий** принциповий момент стосується особливостей формування локальних звичаїв.

А. Кассезе на підставі аналізу рішення Міжнародного суду в справі *про право притулку* дійшов висновку про те, що регіональний звичай повинен ґрунтуватися на двох елементах (об'єктивному та суб'єктивному), обов'язкових для всіх звичаєвих норм. «Однак, – далі пише вчений, – він також має ще дві спеціальні вимоги: (i) він повинен бути мовчазно визнаний усіма заінтересованими сторонами (і в такий спосіб зводиться до різновиду мовчазного договору (*tacit agreement*), як справедливо зазначалося деякими коментаторами); (ii) його існування має бути доведено державою, яка звернулася до нього, з тим наслідком, що якщо ця держава не зможе реалізувати свою норму з доведення, то твердження, основане на проголошеній звичаєвій нормі, відкидається»².

Дж. Шен (J. Shen) звертає увагу на те, що Міжнародний суд у своїх рішеннях *про право притулку* і *про право проходу через індійську*

¹ А. Д'Амато, зокрема, пише: «Загальне звичаєве міжнародне право містить правила, норми і принципи, які навіть за найпростішим спостереженням вбачаються застосовними до будь-якої держави, а не до якоїсь окремої держави чи окремої групи держав. Наприклад, норми, що стосуються відкритого моря, повітряного простору та відкритого космосу, дипломатичних імунітетів, правил ведення війни та ін., застосовуються рівною мірою до всіх держав, які мають у зв'язку з будь-якими обставинами заінтересованість у цих галузях. ... Порівняно з цим спеціальне звичаєве міжнародне право має справу з темами, які не мають загального характеру, такими як право в цілому або на будь-яку частину світового нерухомого майна (*world real estate*) (тобто випадків набуття права за давністю (*acquisitive prescription*), спорів, що стосуються кордонів і так званих міжнародних сервітутів) або з нормами, спеціально обмеженими країнами певного регіону (такими як право притулку в Латинській Америці)» (див.: D'Amato, A. The Concept Of Special Custom In International Law [Text] / A. D'Amato // *American Journal of International Law*. – Vol. 63. – 1969. – P. 212, 213).

² Cassese, A. *International Law* [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 164.

територію нічого не сказав про те, що «спеціальний звичай не повинен суперечити існуючим нормам конвенційного або звичаєвого міжнародного права універсального застосування, зачіпати інтереси третіх держав і має бути таким, щоб не провокувати заявлення протестів і заперечень з боку інших держав. За умови цього принципу, що мається на увазі, доти поки інтереси інших держав не зачіпалися, для групи держав можливо прийняти спеціальну практику й створити спеціальні норми між собою за відсутності заперечень з боку інших держав. Чим більше протестів конкретний «звичай» одержує, тим менш імовірно він одержить загальне твердження. І навпаки, чим більше послідовників він має, тим більш ймовірно спеціальна або локальна звичка (habit), узвичаєння або звичай стануть загальним звичаєм»¹.

Х. Тирлвей з посиланнями на вищезгадані рішення вказує на особливість спеціального або локального звичаєвого міжнародного права. На його думку, загальний принцип установлення міжнародно-правових звичаїв полягає у такому: «Якщо вимога (claim) ґрунтується на загальному звичаєвому праві, досить установити, що норма існує у звичаєвому праві й немає потреби демонструвати, що інша сторона погодилася з нею або брала участь у практиці, з якої виникла норма»². Встановлення локальних звичаїв, як пише вчений, становить виняток із цього загального правила, що, як випливає з його логіки, полягає у зворотному – у потребі демонстрації згоди заінтересованої сторони у відповідній практиці. Х. Тирлвей вказує, що в цьому випадку становище «постійно протестуючого» (persistent objector) дозволяє захистити його від невизнаної ним практики, а згодом і від правової норми, якщо така виникне³.

Про потребу одностайності сторін при формуванні двосторонніх міжнародно-правових звичаїв пише Нгуен Куок Динь, П. Дайє та А. Пеле. Такий висновок вони роблять з такого твердження: «...чим сильніше звужується коло заінтересованих держав, тим більша потреба в їх одностайності»⁴. На їх думку, «у міжнародній судовій практиці домінуючою залишається принцип міждержавного консенсусу, більше

¹ Shen, J. Reflections on D'Amato "Reformulation": of Customary International Law / J. Shen // International Legal Theory / Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law. – Vol. IV (1), 1998. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://law.ubalt.edu/downloads/law_downloads/ILT_04_1_1998.pdf.

² Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 128.

³ Ibid. – P. 128-130.

⁴ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле. – К. : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 198.

помітний у регіональній або в місцевій системах звичаєвого права, ніж у загальному звичаєвому праві»¹.

Е. Х. де Аречага пише про локальні звичаї: «Держава, яка посиляється на подібний звичай, повинна довести, по-перше, його існування, а по-друге, його визнання іншою заінтересованою державою»².

І. І. Лукашук вважає, що «**регіональні й локальні звичаєві норми** приймаються за згодою всіх безпосередньо заінтересованих держав або організацій»³. На відміну від звичаєвих норм загального міжнародного права, стосовно яких згода може бути як ясно вираженою, так і мовчазною (відсутність протесту), «згода з регіональною або локальною звичаєвою нормою має бути ясно вираженою»⁴.

Про важливість доведення згоди сторін при встановленні спеціальних міжнародно-правових звичаїв заявляє А. Д'Амато. При цьому він пропонує досить революційні способи такого доведення. «У цій сфері, – пише вчений, – як і в багатьох інших [сферах] міжнародного права, найбагатша колекція дипломатичної кореспонденції між націями, що має доказове значення, навряд чи може бути використана будь-яким систематичним чином. Нові методи в суспільних науках, особливо контент-аналіз документів, комбінований з аналізом статистичних даних відповідних компонентів рішень і резолюцій з вирішення спорів, можуть запропонувати шлях до зміни поглядів на ці [зазначені] джерела державної практики»⁵.

Таким чином, вимоги до встановлення локальних звичаїв можна охарактеризувати як більш високі, якщо порівнювати зі звичаями загального міжнародного права. Для того щоб дійти переконання у наявності локальних звичаїв, попередня й поточна практика відносин заінтересованих сторін піддається більш докладному, більш детальному аналізу, ніж при встановленні загальних звичаїв.

Нагадаємо, що в рішенні у справі *про право притулку* Міжнародний суд зобов'язав уряд Колумбії «довести, що норма, до якої він зверта-

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – К. : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 198.

² Аречага, Э. Х. де, Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 48–49.

³ Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. правовой ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 169.

⁴ Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. прав. ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 169.

⁵ Див.: D'Amato, A. The Concept Of Special Custom In International Law [Text] / A. D'Amato // American Journal of International Law. – Vol. 63. – 1969. – P. 223.

ється, є такою відповідно до постійної та одноманітної практики відповідних держав, і що ця практика є вираженням права однієї держави надавати притулок і відповідного обов'язку територіальної держави». У рішенні в справі *про право проходу через індійську територію* акцентується увага на важливості встановлення «довгої і тривалої практики між двома державами». По суті, Міжнародний суд говорить про перевагу практики над *opinio juris*, тобто про перевагу об'єктивного елемента над суб'єктивним. Це ключове зауваження, оскільки діяльність Міжнародного суду ООН і деяких інших міжнародних судових органів (зокрема, Міжнародних трибуналів з колишньої Югославії та Руанди), пов'язана з установленням загальних міжнародно-правових звичаїв, була спрямована в інше русло. У низці своїх рішень і консультативних висновків Міжнародний суд звертався до докладного аналізу *opinio juris* і, одночасно з цим, зневажав, а часом і зовсім ігнорував фактичну практику. Іншими словами, Міжнародний суд зосереджувався на вивченні доказів, що вказують на власне ставлення суб'єктів міжнародного права до подій, що відбуваються (тобто їх *opinio juris*) і в той же час не враховував факти, які мали місце в міжнародних відносинах (що, слід зазначити, не заважало йому щораз підкреслювати важливість міжнародної практики для розвитку міжнародного звичаєвого права)¹.

Така позиція Міжнародного суду вбачається логічною і виправданою, адже при встановленні загальних звичаїв точки зору однієї або декількох держав за одночасної відсутності явно вираженої незгоди з їх боку, у цілому, не впливають на думку більшості. Щодо локальних міжнародно-правових звичаїв ігнорування будь-якої позиції неминуче поставити під сумнів упевненість в наявності міжнародно-правової норми, закріпленої у такий спосіб. Тому з'ясування достовірного ставлення заінтересованих держав до правила поведінки, що формується або сформувалося у їх відносинах, стає об'єктивно необхідним. А у випадку двосторонніх звичаїв уникнути з'ясування чіткої позиції будь-якої зі сторін взагалі неможливо.

У принципі, способи з'ясування суб'єктивного ставлення держав при встановленні і загальних, і локальних звичаїв одні й ті самі. Однак при встановленні *opinio juris* держав стосовно звичаїв загального міжнародного права Міжнародний суд може обмежитися як доказ прикладами юридичних і політичних документів, а стосовно локальних звичаїв – ні. Такий стан справ, на мій погляд, має таке пояснення.

Сама по собі соціальна практика (факти) досить суперечлива. Важливими є зроблені з неї висновки. Протягом століть ці висновки втілювалися в уявленнях про належне, правильне, справедливе і посту-

¹ Див. розділ.4.1 цієї монографії.

пово формували правосвідомість людини. У сучасному міжнародному звичаєвому праві вони одержали закріплення у вигляді *opinio juris*. Тому й було цілком логічно порівнювати власні позиції держав, закріплені в численних юридичних і політичних міжнародних документах, а не знову розбиратися в недавній і поточній фактичній міжнародній практиці, намагаючись заново „винайти велосипед” – вивести норми, які вже давно втілилися в загально визнаних моральних цінностях.

Така позиція Міжнародного суду, доречна щодо норм загального міжнародного права, виявляється майже незатребуваною стосовно локальних і ще менше – двосторонніх звичаїв. З одного боку, практика локального міждержавного співробітництва вкрай рідко досягає такого високого рівня розвитку, такої щільності, які б органічно переросли у специфічні риси правової ментальності, властиві народам невеликої кількості держав – їх особливе *opinio juris* стосовно одна одної (хоча, звичайно, це не означає, що таке неможливо). З другого боку, спільна правова ментальність сусідніх держав може виникнути в силу природних історичних причин, наприклад, коли сусідні одна з одною держави сформовані з народів, які мають спільну історію, культуру, етнічну основу (Україна, Росія, Білорусь; Канада та США; країни Латинської Америки та ін.). Але і в цьому випадку сучасні процеси діалогу цивілізацій, що посилюється, які ведуть до взаємопроникнення й дифузії культур, економік, політичних капіталів, спричиняють як наслідок якусь уніфікацію поглядів і світоглядів, і тому коло міжнародних відносин, у яких могли б виявити свою винятковість хоча б кілька держав, не говорячи вже про дві, неминуче звужується¹. Тому

¹ І. І. Лукашук на підставі вивчення найвідоміших науці концепцій регіонального міжнародного права (американського, африканського, мусульманського, соціалістичного) дійшов такого висновку: «В регіональних системах відсутні принципи, інститути й норми, які настільки відрізнялися б від загального міжнародного права, що можна було б говорити про існування регіонального міжнародного права» (див.: Лукашук, І. І. Норми міжнародного права в міжнародній нормативній системі [Текст] / І. І. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 152). Вбачається, що це домінуюча точка зору в сучасній науці. Регіоналізм значною мірою переборений. Хоча, слід зазначити, що деякі вчені досі переконані у протилежному і у зв'язку з цим заявляють про перевагу локального міжнародного звичаєвого права над загальним. Наприклад, Є. Конторович пише: «Спеціальному звичаю майже немає місця в СІЛ (аббревіатура „звичаєве міжнародне право”. – Ю. Щ.). У той час як він має бути серцевиною СІЛ. Звичаї будуть більше служити соціальному благополуччю, коли вони походитимуть з та застосовуватимуться в рамках невеликих однорідних груп, які мають широкі взаємні зв'язки між членами... Замість монолітної маси «звичаєвого міжнародного права» СІЛ повинно складатися із зібрання субглобальних (sub-global) звичаєвих режимів» (див.: Kontorovich, E. Inefficient Customs in International Law / E. Kontorovich // American Law & Economics Association Annual Meetings. Paper 66. – 2006. – 56 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1877&context=alea>).

і шукати докази цього особливого *opinio juris* навіть з урахуванням переліку документальних джерел, що постійно збільшується (зокрема, за рахунок резолюцій міжнародних міжурядових організацій, різних документів міжнародних неурядових організацій, вузівської літератури і т. ін.), виявляється дуже й дуже складно. Міжнародний суд змушений докладно досліджувати ще й фактичну практику сторін, яка підтверджується в основному дипломатичною кореспонденцією, судовими рішеннями, ненормативними актами (постановами, розпорядженнями, указами і т. ін.) органів влади держав, що мають відношення до встановлюваної норми. Суд при визначенні локальних звичаїв набагато менше може розраховувати тільки на свій світогляд і правосвідомість у вирішенні будь-якого конкретного питання, він повинен беззаперечно враховувати й уважно аналізувати історію фактичних правовідносин сторін за станом на момент розгляду того чи іншого спору. Установити наявність звичаю в такій ситуації завжди набагато складніше, особливо якщо відсутня згода сторін спору. Про це свідчить практика самого Суду.

Так, у справі *про право притулку* Міжнародний суд відмовився визнати локальний латиноамериканський звичай, який гарантує таке право. Суд не переконала, за його власними словами, «велика кількість договорів про екстрадицію», надана представником Колумбії. Він визнав, що ці угоди «не можуть мати будь-якого відношення до розглянутого питання. Він [уряд Колумбії] процитував конвенції та договори, які не містять будь-якого положення, що стосується заявленої норми, і певної кваліфікації, як у Конвенції Монтевідео 1889 р. про міжнародне кримінальне право, так і в Боліварському договорі 1911 р. і Гаванській конвенції 1928 р.»¹. Зокрема, Суду виявилось недостатньо визначеним формулювання ст. 18 Боліварського договору 1911 р., у якому було прямо зазначено, що його сторони „визнають інститут притулку відповідно до принципів міжнародного права”»². Суд його відхилив такими двома реченнями: «На визнання „інституту притулку” ця стаття просто посилається на принципи міжнародного права. Але принципи міжнародного права не визнають будь-яку норму односторонньої або остаточної кваліфікації, здійсненої державою, що надає дипломатичний притулок»³. Щодо Гаванської конвенції про право притулку 1928 р. Суд указав: «Ця Конвенція містить певні норми, які стосують-

¹ Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950 [Text] // I.C.J. Reports, 1950. – P. 277.

² Там само. – P. 274.

³ Там само.

ся дипломатичного притулку, але вона не містить будь-якого положення, що поклало б на державу, яка надає притулок, компетенцію в односторонньому порядку кваліфікувати злочин з безумовною та зобов'язуючою силою для територіальної держави»¹. З приводу Конвенції про політичний притулок (Конвенція Монтевідео) 1933 р., на яку також посилався уряд Колумбії, Суд зазначив, що вона не була ратифікована Перу та «в дійсності була ратифікована не більш ніж одинадцятьма державами»².

Міжнародний суд також не переконала «велика кількість особливих справ, у яких дипломатичний притулок у дійсності надавався й шанувався. Але [в них] не було показано, що до заявленої норми односторонньої й остаточної кваліфікації зверталися, або – якщо в деяких випадках і зверталися, – що це було, крім конвенційних застережень, здійснено державами, які надають притулок, як право, що належить їм, та поважається територіальними державами як обов'язок, покладений на них, а не просто з міркувань політичної доцільності»³.

Загальний висновок Міжнародного суду з цього питання в цій справі був такий: «Факти, подані на розгляд Суду, виявляють так багато невизначеностей і протиріч, так багато коливань і розбіжностей у здійсненні дипломатичного притулку та в офіційних точках зору, виражених з різних випадків, існує так багато невідповідностей у низці конвенцій про притулок, ратифікованих одними державами і відхилених іншими, і практика була так суттєво піддана міркуванням політичної доцільності, що неможливо розпізнати у всьому цьому будь-яке постійне і єдине узвичаєння (usage), прийняте як право, стосовно заявленої норми односторонньої та остаточної кваліфікації злочину»⁴.

У рішенні в справі *про право проходження через індійську територію* Міжнародний суд погодився, що таке право (тобто локальна норма звичаєвого міжнародного права) існує щодо приватних осіб, цивільних чиновників і товарів взагалі (in general)⁵. Установити її було нескладно, тому що жодна зі сторін її не заперечувала. Суд указав, що «ця практика тривала понад сто з чвертю років, [вона] не була порушена зміна-

¹ Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950 // I.C.J. Reports, 1950. – P. 275.

² Там само. – P. 277.

³ Там само.

⁴ Там само.

⁵ Right of Passage over India Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960. – P. 40.

ми режиму стосовно відповідної території, які відбулися, коли Індія стала незалежною, Суд з урахуванням всіх обставин у справі переконалий, що ця практика була прийнята як право Сторонами і привела до встановлення права та відповідного зобов'язання»¹.

У той же час Міжнародний суд не погодився з існуванням локального звичаю, який надає право проходу через індійську територію збройним силам, збройній поліції, озброєнням і військової амуніції². Він дійшов висновку, що таке право не малося на увазі, а здійснювалося тільки на основі взаємності (on a basis of reciprocity) з одержанням попереднього дозволу на кожний такий прохід, що було безпосередньо закріплено у п. 3 ст. XVIII Договору про торгівлю та екстрадицію, укладеного між сторонами в 1878 р. Довід Португалії про те, що протягом 1880–1889 рр. було двадцять три випадки перетинання британської території між Даманом і анклавом без одержання такого дозволу, Суд відмовився кваліфікувати як звичаєву практику, оскільки була надана дипломатична кореспонденція між сторонами, у якій був прямо зазначений неправомірний характер такої практики³.

Потреба у встановленні чіткої позиції держав, які мають пряме відношення до конкретної норми, закріпленої у формі локального звичаю, на думку багатьох авторитетних учених (вище наводилися думки А. Кассезе, Нгуен Куок Диня, П. Дайс, А. Пеле), здатна ще продовжити життя *теорії угоди (консенсусу)*⁴. П. Маланчук, який констатував захоплене сприйняття даної теорії радянською доктриною, зазначав, що «у справі про політичний притулок (малася на увазі розглянута вище справа *про право притулку*. – Ю. Щ.) Міжнародний суд дещо наблизився до радянського підходу»⁵.

Така точка зору здається уразливою.

Теорія угоди первісно була розроблена щодо встановлення норм загального звичаєвого міжнародного права, а не локального. Це зумо-

¹ Right of Passage over India Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960. – P. 40.

² Ibid. – P. 40-43.

³ Ibid. – P. 41.

⁴ Зокрема, теорія угоди була однозначно відкинута Комітетом з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права Асоціації міжнародного права (див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 31 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>. Також див. розділ 2.1 цієї монографії).

⁵ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 85.

вило її специфіку, яка полягала в тому, щоб робити висновок про наявність згоди держав на будь-який загальний звичай виходячи з їх пасивної поведінки. Власне, тому найпоширеніше найменування цієї теорії – *теорія мовчазної угоди*.

У нашому ж випадку, тобто в питанні локальних звичаїв, переважна більшість фахівців, а також практика Міжнародного суду вказують на необхідність ясно вираженої позиції відповідних держав. Пасивна поведінка держав при встановленні локальних звичаїв може бути зрозумілою і відповідно розцінюватися як згода з ними в дуже обмеженій кількості випадків. Можна стверджувати, що це буде винятком, а не правилом. Про це пишуть самі прихильники теорії угоди. Наприклад, Г. М. Даниленко вважає, що стосовно партикулярного звичаєвого права «презумпція згоди, виведена з пасивної поведінки держав, може допускатися не в усіх випадках»¹. Учений погоджується із ситуацією, за якої двосторонній міжнародно-правовий звичай може виникнути в результаті активної поведінки однієї держави і пасивної поведінки, що буде розцінюватися як мовчазна згода, іншої (як приклад двостороннього міжнародно-правового звичаю, що виник таким чином, може розглядатися «право проходу космічних об'єктів держав, які здійснюють їх запуски, через повітряний простір сусідніх держав на висоті нижче 100 км над рівнем моря для виходу на орбіту і повернення на Землю»²). Але все-таки загальне правило він бачить у тому, що «партикулярні звичаєві норми можуть зв'язувати тільки ті держави, які постійно й активно беруть участь у відповідній практиці та визнають її обов'язковою»³. Цю точку зору повністю поділяє І. І. Лукашук⁴.

До цього можна додати і позицію Міжнародного суду, виражену в рішенні у справі *про делімітації морського кордону в районі затоки Мен (Канада проти США, 1984 р.)*, у якій Канада наполягала на тому, що Сполучені Штати мовчазно погодилися із застосуванням методу рівного відстояння, зокрема, для делімітації морського шельфу в секторі Джордж Бенк (Georges Bank sector), а США, відповідно, заперечували проти цього⁵. Суд визнав, що мовчання держави повинне роз-

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 130.

² Там само. – С. 129.

³ Там само. – С. 130.

⁴ Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [Текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 128.

⁵ Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 // I.C.J. Reports, 1984. – P. 304.

глядатися як невизначеність його позиції, а не як згода з усталеною фактичною практикою. У зв'язку з тим, що у цій справі йшлося про встановлення звичаю, який впливає з двосторонніх відносин, зупинимося на ній докладніше.

У 1964 р. Канада почала видавати дозволи на довгострокову експлуатацію гідрокарбонатів у тій частині континентального шельфу в секторі Джордж Бенк, що, на її думку, відходить до неї у відповідності із серединною лінією, що розділяє цей сектор. Канада стверджувала, що Сполучені Штати знали про це. Відповідну інформацію Канада розмістила в одному зі спеціалізованих журналів – «Monthly Oil and Gas Report». США заперечували, що ця діяльність Канади стала надбанням широкої гласності. У будь-якому разі офіційного дипломатичного повідомлення про це вони не одержували. Проте Канада наполягала на тому, що влада США була інформована про зазначені факти. Бюро з управління земельними ресурсами Департаменту внутрішніх справ США в 1965 р. направило запит у Департамент з Північних справ і національних ресурсів Канади з проханням указати розташування двох ділянок, на які були видані дозволи, і послалося при цьому на серединну лінію та на ст. 6 Женевської конвенції про континентальний шельф. Департамент Канади у відповіді на запит позначив території, на які були видані дозволи. Американське бюро відповідним листом від 14 травня 1965 р. підтвердило одержання документів, згадавши, *inter alia*, питання про точне розташування серединної лінії. Департамент Канади у своєму відповідному листі від 16 червня 1965 р. указав, що серединна лінія була проведена відповідно до ст. 6 Женевської конвенції про континентальний шельф. Після цього почалося листування вже на дипломатичному рівні між посольством США в Канаді та Міністерством закордонних справ Канади, у якій уточнювалися різні питання у даній справі. У листі від імені заступника державного секретаря іноземних справ Канади від 30 серпня 1966 р. була чітко згадана серединна лінія. Реакція Сполучених Штатів пішла тільки через три роки в офіційній пам'ятній записці (*aide-memoire*) від 5 листопада 1969 р., у якій вперше був заявлений офіційний протест. На суді також США заявили, що листування на рівні посадових осіб середньої ланки не може служити підставою для будь-яких висновків. Чиновники такого рівня не вповноважені розглядати питання про державні кордони США (див.: paras. 127–136¹).

¹ Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 // I.C.J. Reports, 1984. – P. 304–307.

Висновок Міжнародного Суду був таким:

а) описані факти не дають можливості стверджувати про мовчазне визнання Сполученими Штатами делімітації континентального шельфу в секторі Джордж Бенк за серединною лінією (para. 137);

б) ставлення США до своїх морських кордонів з Канадою до кінця 1960-х є невизначеним і значною мірою суперечливим. Факти, викладені Канадою, юридично не перешкоджають Сполученим Штатам залишатися на своїй позиції (тобто стверджувати, що кордон має піти по Північно-Східному каналу (Northeast Channel) або навіть включати всі райони західніше «скорегованого перпендикуляра» (adjusted perpendicular)) (para. 138)¹.

Тим унікальним прикладом винятку із правила, коли пасивна поведінка все-таки може тлумачитися як згода з усталеною локальною практикою та вести до встановлення відповідного звичаю, може бути рішення Міжнародного суду в справі *про храм Пра Вайхеа (Камбоджа проти Таїланду, 1962 р.)*. Суд, вивчивши договори, укладені в 1904–1908 рр. Францією (яка відповідала тоді за міжнародні відносини Індокитаю) із Сіамом (Таїландом), дійшов такого висновку: оскільки Таїланд тривалий час (як зазначено в рішенні: «...протягом багатьох років») не протестував проти зазначеного на одній із географічних карт, які склалися при делімітації кордону, храму на стороні Камбоджі, він мовчазно погодився із цим².

Таким чином, найбільшу складність у встановленні наявності локальних звичаїв становить доведення суб'єктивного ставлення сторін (іх *opinio juris*). У зв'язку з цим зазначу, що не випадково в доктрині міцно утвердилося поняття *узвичаєння*, тобто практики без визнання її правовою. Кількість як повторюваність ідентичних за своєю суттю фактичних діянь (дій і утримань від них) далеко не завжди здатна перейти в якість. Наприклад, добровільна й кількаразова видача злочинців однією державою іншій не веде до формування міжнародно-правової звичаєвої норми³. Перша держава може тільки сподіватися на взаєм-

¹ Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 // I.C.J. Reports, 1984. – P. 307.

² Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962 // I.C.J. Reports, 1962. – P. 23.

³ Н. А. Сафаров, зокрема, констатує, що «позитивний розвиток міжнародних відносин та міжнародного права, на жаль, не призвів до формування норми звичаєвого міжнародного права, яка зобов'язувала б держави видавати збіглих злочинців» (Сафаров, Н. А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики [Текст] / Н. А. Сафаров. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 7). Також див.: Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 84.

ність, але не вимагати її. Формується тільки узвичаєння і, до речі, двостороннє.

Отже, локальні 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, – об'єктивний (практика) і суб'єктивний (*opinio juris*). При цьому порівняно із загальними звичаями встановлення локальних передбачає більш поглиблене й комплексне вивчення доказів, що стосуються фактичних відносин (практики) всіх суб'єктів, які брали участь у їх формуванні.

Міжнародно-правовий звичай та інші джерела міжнародно-правових зобов'язань

5.1. Міжнародно-правовий звичай і загальні принципи права

Серед безлічі дискусійних питань, що супроводжують тему загальних принципів права, проблема їх застосування є найскладнішою і одночасно найбільш актуальною. Можна навіть стверджувати, що саме в ній сконцентровано підсумки гострих дискусій про правову природу загальних принципів права і їх співвідношення з основними джерелами міжнародного права – міжнародними договорами та міжнародно-правовими звичаями.

На сьогодні вердикт численних обговорень з цього питання такий – незважаючи на спільне розуміння важливості й необхідності загальних принципів права для регулювання міжнародних відносин, при вирішенні міжнародних спорів міжнародні судові органи про застосування загальних принципів права воліють не заявляти, хоча й безпосередньо використовують їх. Видається, що така ситуація пояснюється насамперед відсутністю досліджень, присвячених адекватним способам зовнішнього вираження загальних принципів права в контексті вивчення їх правової природи.

У цілому ж загальні принципи права, їх роль у регулюванні міжнародно-правових відносин були предметом дослідження у багатьох працях. Значний внесок у вивчення цієї тематики зробили Л. А. Алексідзе, Я. Броунлі, В. Г. Буткевич, С. А. Войтович, П. Дайє, В. Н. Денисов, В. М. Дурденевський, В. І. Євінтов, А. Кассезе, В. М. Корецький, Є. О. Коровін, С. Б. Крилов, Р. Х. Кук, Х. Лаутерпахт, Д. Б. Левін, Р. Ле-заффер, І. І. Лукашук, І. П. Лукін, А. Макнейр, П. Маланчук, М. М. Мінасян, Нгуен Куок Динь, Д. П. О'Коннелл, А. Пеле, Х. Тирлвей, Г. І. Тункін, Л. Оппенгейм, І. Рідел, А. Фердросс, М. О. Хадсон, Л. Хенкін, Р. Хоуз, О. Шахтер, І. А. Ширер, М. Ейкхерст.

Спільне переконання у правомочності безпосереднього застосування загальних принципів права для вирішення міжнародних спорів ґрунтується на положенні п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, а саме: «Суд, що зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує... загальні принципи права, визнані цивілізованими націями». Норма (у частині розглянутого тут питання) повністю була запозичена з відповідного положення п. 3 ст. 38 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя.

Формулювання Статуту вкрай убоге і практично не містить вказівок на конкретні характеристики загальних принципів, за винятком посилення на те, що вони повинні бути «визнані цивілізованими націями». Дослідники, які вивчали історію виникнення цієї норми, зазначають, що вона стала компромісом у спорі прихильників концепції природного права – головних ініціаторів її появи в Статуті та послідовників юридичного позитивізму¹. Єдине, що безперечно можна стверджувати: Міжнародний суд уповноважили застосовувати при вирішенні міжнародних спорів загальні принципи права поряд із міжнародними договорами та міжнародно-правовими звичаями як самостійне джерело міжнародного права.

¹ А. Кассезе так описує процес підготовки п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН: «Комітет поділився на дві групи. З'ясувалося, що більшість знаходиться у найкращому становищі. У них було дві мети. По-перше, вони хотіли розширити джерела міжнародного права, зробивши застосовним „фундаментальне право справедливості й несправедливості, яке глибоко зберігається в серці кожної людської істоти і яке має найвище та найавторитетніше вираження в правосвідомості цивілізованих націй” (Дескампе). По правді кажучи, захисники цієї доктрини здійснювали спроби ввести „принципи об'єктивної справедливості”, тобто принципи природного права у міжнародні відносини. По-друге, коли спір не був урегульований ані договором, ані звичаєм, вони хотіли уникнути можливості, щоб Суд проголосив себе некомпетентним через брак застосовуваних норм. Три члени [комітету] (американець Рут, англієць лорд Філімор та італієць Річі-Бузатті) наполегливо противились цьому підходу, обстоюючи позитивістську позицію. На одній із перших зустрічей лідер цієї групи Рут багатозначно заявив: «Нації підкорятимуться позитивному праву, але не підкорятимуться таким принципам, які не отримали розвитку в позитивних нормах, підтриманих згодою всіх держав». Він також запитав: «Чи можливо примушувати нації винести свої спори на розгляд Суду, який буде керуватися не тільки правом, але також тим, що, він вважає, є переконанням цивілізованих народів?» Коротко кажучи, меншість трималась за традиційну концепцію, згідно з якою Суд повинен був застосовувати норми і принципи, виходячи з волі держав, які втілені в договорах або звичаях. Таке радикальне розходження в поглядах призвело до того, що Рут і лорд Філімор врешті-решт запропонували компроміс: Суд має бути уповноважений застосовувати „загальні принципи права, визнані цивілізованими націями»» (Cassese, A. *International Law [Text]* / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 191). Див. також: Броунлі, Я. *Международное право [Текст]* : у 2 кн. / Я. Броунлі. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 41, 42.

Вивчення історії появи п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду вказує на те, що його розроблювачі в цьому випадку мали на увазі загальні правові принципи, властиві національним правовим системам держав. Посилання на «цивілізовані нації» обмежує коло первісних членів ООН правовими системами тільки провідних Європейських держав. На це, зокрема, вказує І. Рідел (E. Riedel): «Стаття 38 (1) (с) Статуту Суду відбиває це посиланням на „цивілізовані нації“, терміном, який застосовувався європейськими державами і який міг би бути неприйнятним, якби був вигаданий після Другої світової війни, але у 1920-х він був охоче прийнятий як частина компромісу в обмін на визнання категорії загальних принципів як формули, що встановлює мости у протиріччях між юридичним позитивізмом і природним правом»¹.

Імовірно, ще під час створення цієї організації можна було стверджувати про більш-менш цивілізовані нації і народи. Хоча вже й тоді щодо цього критерію велася гостра полеміка. Як приклад можна згадати його запальну критику в радянській доктрині з боку В. М. Корецького². Сьогодні зберігати поділ націй на «цивілізовані» і «нецивілізовані» з певних очевидних причин неможливо, з чим згодні багато авторитетних учених. Так, Нгуен Куок Динь, П. Дайє й А. Пеле зазначають: «З підставою чи ні, але в цей час вважається, що всі держави відповідають цій назві»³. Л. Хенкін пише: «Посилання в цій статті на „цивілізовані нації“ зараз розглядається як образливе та пихливо євроцентричне, і джерело в цей час описується як загальні принципи права, „спільні для більшості правових систем світу“»⁴. В. І. Євінгов вказує: «Про відмінності, проведені на основі критерію „цивілізованості“, у сучасній західній літературі практично не говорять... Дійсно, у наш час імперіалістичний критерій „цивілізованості“ канув у небуття як і система імперіалістичного міжнародного права, що його породила»⁵.

¹ Riedel, E. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? [Text] / E. Riedel // European Journal of International Law. – 1991. – № 2. – Р. 60.

² Див.: Корецкий, В. М. «Общие принципы права» в международном праве // Избранные труды [Текст] : в 2 кн. ; АН УССР. Ин-т государства и права. – Киев : Наук. думка, 1989. – Кн. 2. – С. 189–194.

³ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1 : Формирование международного права; кн. 2 : Международное сообщество. – С. 211.

⁴ Henkin, L. International Law: Politics and Values [Text] / L. Henkin. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1995. – Р. 39–40.

⁵ Евингов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евингов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 75.

Хоча дискусія, викликана тлумаченням поняття „цивілізовані нації”, поступово згорнулась, сама ідея звернення до внутрішньодержавних правових систем для встановлення цих принципів збереглася як одна з основних. Вона мала на меті вказівку на більш чіткі орієнтири в застосуванні даного джерела. Суть проблеми ясно сформулював А. Фердросс. Він зазначив, що розроблювачі Статуту Міжнародного суду, закріплюючи за ним право на звернення до загальних принципів права, які вже були визнані цивілізованими націями, мали намір тим самим «зв'язати його принципами, права яких були вже об'єктивовані»¹. При цьому вчений зробив важливе уточнення: «У той же час не був більш детально визначений спосіб цієї об'єктивізації (виділено самим А. Фердроссом. – Ю. Щ.)»². Іншими словами, основна проблема, пов'язана із застосуванням загальних принципів права, полягала в тому, що на момент підготовки Статуту Міжнародного суду не було більш-менш усталених уявлень сторін про способи їх зовнішнього вираження. Звернення до внутрішніх правових систем держав, де загальні принципи в результаті їх тривалого й кількарізного застосування вже мали найширше визнання і підтвердження (у законах, актах застосування права органів виконавчої влади, судових рішеннях тощо), повинно було вирішити цю проблему. Дискусії з цього питання тривають донині. Тверде небажання міжнародних судових органів прямо посилатися на загальні принципи при ухваленні рішень свідчить про відсутність результатів наукових спорів, які задовольнили б практику застосування норм міжнародного права.

Основна ідея використання в міжнародному праві загальних принципів, властивих національним правовим системам, полягає в тому, щоб шляхом зіставлення відібрати найбільш загальні, найпоширеніші принципи внутрішнього права різних держав і застосувати їх на іншому – міжнародно-правовому – рівні. А оскільки внутрішні приватно-правові (цивільно-правові) відносини найбільше нагадують відносини суб'єктів міжнародного права, передбачалося запозичити в міжнародне право загальні принципи приватного права різних держав.

Такої позиції дотримувався Л. Оппенгейм, який прокоментував п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду так: «Зміст цієї фрази був предметом чималих дискусій. Мета її – уповноважити Суд застосовувати загальні принципи внутрішньодержавного права, особливо при-

¹ Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – С. 161.

² Там само. – С. 161.

ватного права, оскільки вони застосовні у відносинах між державами»¹. Про наявність такої позиції писав Х. Тирлвей: «Розглянуті принципи є такими, що можуть виникнути з порівняння різних систем внутрішнього права, і, як вбачається, узагальнення (екстракт) таких принципів буде поділятися всіма або більшістю»². Р. Х. Кук (R. H. Cook) запропонував таке визначення: «„Загальні принципи права” – це норми, які теоретично спільні для всіх національних правових систем»³.

Вчені, які поділяють таку точку зору, закликають творчо використати досвід розвитку внутрішнього права різних держав, враховуючи при цьому специфіку міжнародно-правових відносин. Наприклад, Я. Броунлі зазначав із цього приводу: «Було б неправильно вважати, що суди на практиці дотримуються методу механічного запозичення у внутрішньодержавного плану на підставі аналізу його систем. Справи є такими, що міжнародні суди застосовують елементи правового мотивування та цивільно-правові аналогії для того, щоб зробити міжнародне право життєздатною системою, яка могла б застосовуватися в судовій процедурі»⁴. Про це ж писав І. А. Ширер: «Вони [загальні принципи права] були включені в Статут Суду для того, щоб передбачити додаткову основу для ухвалення рішення у випадку, якщо інші матеріали не можуть надати будь-яку допомогу Суду. Ці „загальні принципи” мали застосовуватися за аналогією та виводитися шляхом відбору концепцій, визнаних всіма системами внутрішнього права»⁵.

Про поповнення розумним чином міжнародного права нормами та інститутами із систем приватного права заявляв суддя Міжнародного суду А. Макнейр у своїй особливій думці до консультативного висновку в справі про міжнародний статус Південно-Західної Африки (1950 р.). Він писав: «Шлях, яким міжнародне право запозичує з цього джерела, не означає привнесення інститутів приватного права цілком (lock, stock and barrel), у готовому стані й повністю укомплектованих нормами. Було б важко погодити такий процес із застосуванням „загальних принципів права”. На мою думку, ширий обов’язок міжнародних три-

¹ Оппенгейм, Л. Международное право [Текст] : пер. с англ. / Л. Оппенгейм. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1948. – Т. 1. Полут. 1. – С. 18–19.

² Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 131.

³ Cook, R. H. Dynamic Content: The Strategic Contingency of International Law [Text] / R. H. Cook // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2004. – Vol. 14. – P. 94.

⁴ Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 42.

⁵ Shearer, I. A. Starke’s International Law [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 29.

буналів у цьому сенсі полягає в тому, щоб брати до уваги будь-які особливості або термінологію, які нагадують норми й інститути приватного права, як певну політику й принципи, а не безпосередньо запозичувати ці норми й інститути»¹.

Широко розкриває особливості даного методу О. Шахтер. Він пише, що «найважливіше обмеження на використання принципів внутрішнього права виникає з вимоги, відповідно до якої принцип повинен відповідати застосуванню на міжнародному рівні. Тому універсально визнані звичаєві злочини – убивство, крадіжка, образа, інцест, які застосовуються до фізичних осіб, не є злочинами за міжнародним правом через їх загальну поширеність»². На думку вченого, міжнародне право, все більше й більше торкаючись питань, що стосуються фізичних осіб, бізнес-компаній, захисту навколишнього середовища, спільного використання природних ресурсів, могло б з успіхом використати досвід національних правових систем у даних сферах. «Це не означає, – пише він, – повного запозичення внутрішніх норм, це припускає, що норми внутрішнього права, застосовні до таких питань, як права індивідів, способи забезпечення контрактних зобов'язань, відповідальність за використання засобів підвищеної небезпеки або обмеження з використання спільної власності, у цей час стали підходящими для використання в міжнародному праві»³. О. Шахтер погоджується, що природний шлях залучення загальних принципів національних правових систем – це міжнародні договори і звичаї, але в той же час він допускає, що в деяких ситуаціях, раніше не регульованих міжнародним правом, міжнародні судові органи можуть бути змушені використати схожі з внутрішнім правом способи врегулювання аналогічних відносин⁴.

Звернемо увагу на останнє твердження О. Шахтера. Можливість використання міжнародними судами загальних принципів права у випадках, коли відсутні такі загальновизнані традиційні джерела, як міжнародний договір і міжнародно-правовий звичай, являє практичну реалізацію ідеї самостійності даного джерела. Переважна більшість фахівців, які вбачають у загальних принципах права загальні принципи національних правових систем, підкреслюють їх допоміжний, але

¹ International Status of South-West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950, Separate Opinion by Sir Arnold McNair // I.C.J. Reports 1950. – P. 148.

² Schachter, O. International Law in Theory and Practice [Text] / O. Schachter. – The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 52.

³ Ibid. – P. 53.

⁴ Ibid.

й разом з тим відокремлений стосовно основних джерел (договорів і звичаїв) характер. Відокремленість виражається в тому, що судді міжнародних судів за своїм розсудом можуть звертатися до загальних принципів внутрішнього права, щоб не допустити ситуації *non liquet* (неясності), тобто коли неможливо встановити наявність норм, застосовних до даного спору і закріплених у загальновизнаних джерелах міжнародного права. Таким чином, загальні принципи внутрішнього права різних держав проникали у сферу міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин через судову практику. Про таке проникнення протягом XIX – початку XX ст. писав А. Кассезе: «Слід зазначити, що суди встановлювали ці принципи без звертання до порівняльного дослідження національного права. Вони просто проголошували, що вони мають загальний сенс і є, безсумнівно, спільними для всіх основних Західних систем. Жодна держава не протестувала, оскільки не дивувалася застосуванню судами загальних принципів, добре відомих заінтересованим державам»¹.

Саме проти такого суддівського розсуду – наділення Міжнародного суду владою заповнювати міжнародне право – категорично протестував В. М. Корецький. Він писав: «Суд... вони (буржуазні юристи. – Ю. Ш.) наділяли владою «заповнювати» міжнародне право. Механічно переносячи в міжнародне право приписи внутрішнього законодавства, які забороняють судам відмовляти у вирішенні спору з приводу мовчання (неясності) або «неповноти закону», вони пропонували вимагати те ж від міжнародних судів; їх вони готові були вподібнити римським преторам, які творили право, і надати їм „значну свободу в здійсненні судової функції”, наділити їх творчою (creative) роллю, повноваженнями за англійським зразком, бути творцями, „виробниками права” (*law-makers*)»².

Такі протиріччя в розумінні загальних принципів права, як за Статутом Постійної палати міжнародного правосуддя, так і за Статутом Міжнародного суду ООН, привели до вкрай обережного використання цього терміна у практиці вирішення спорів цими органами. У цілому ж будь-які аналогії, тим більше пряме запозичення в міжнародне право норм із національних правових систем, як правило, заперечувалося. Стверджувалася доктрина, що обґрунтовує якісні розходження

¹ Cassese, A. *International Law [Text]* / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 190.

² Корецький, В. М. «Общие принципы права» в международном праве [Текст] // Избранные труды : в 2 кн. / В. М. Корецкий ; АН УССР. Ин-т государства и права. – Киев : Наук. думка, 1989. – Кн. 2. – С. 167.

міжнародно-правової і внутрішньодержавної правових систем, відповідно до якої загальні принципи права, що успішно регулюють відносини всередині держав, не підходили для застосування до регулювання міжнародних відносин. Щодо ст. 38 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя писав суддя Палати М. О. Хадсон: «Положення ст. 38 не являють собою значного кроку вперед; згадування про „загальні принципи права” віталосся як багатозначне нововведення, однак у практиці Палати важко відшукати вказівки на те, що посилання на загальні принципи права визначило нові напрями в її діяльності»¹. Далі він конкретизував свою думку: «Загалом кажучи, міжнародні суди не зв'язані принципами внутрішньодержавного права якої б то не було держави навіть у тому випадку, коли ті або інші положення внутрішньодержавного права знаходять застосування у праві всіх держав, що виступають як сторони перед міжнародним судом. У виняткових випадках на суд може бути покладений обов'язок застосувати норми внутрішньодержавного права»². Як приклади таких випадків учений указав на ситуації змушеної оцінки міжнародним судом юридичного значення певних фактів: моменту, з якого застосовуються норми міжнародного права, якщо попередньо обговорено, що повинні бути вичерпані всі можливості врегулювання спору місцевими засобами; установлення підданства осіб, пов'язаних із міжнародним спором; застосування діючого у внутрішньому праві даної держави правила про вибір закону, який підлягає застосуванню»³.

На якісні розходження міжнародної і національної правових систем указував В. І. Євінгов. З одного боку, він погодився з тим, що «міжнародне право як правова система не може не мати рис подібності з національними правовими системами»⁴. Втім з другого боку, він зазначив, що міжнародне право «є якісно відмінним від національної правової системи (інший суб'єктний склад, характер регульованих відносин, особливості правотворчості та правозастосування в міжнародному співтоваристві держав і т. д.). Жоден з цих аспектів не повинен применшуватися або перебільшуватися. Риси подібності припускають певну аналогію за наявності якісної відмінності»⁵.

¹ Хадсон, М. О. Международные суды в прошлом и будущем [Текст] : [пер. с англ.] / М. О. Хадсон. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1947. – 147.

² Там само. – С. 149.

³ Там само. – С. 150.

⁴ Евингов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евингов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 74.

⁵ Там само.

На існування власне міжнародно-правових загальних принципів, які не зобов'язані своїм походженням внутрішнім правовим системам держав, указує П. Маланчук. «Не всі загальні принципи, – пише він, – що застосовуються у міжнародній практиці, походять від внутрішньо-державних правових систем і перенесені до міжнародного рівня шляхом визнання. Деякі з них ґрунтуються на „природній справедливості”, загальній для всіх правових систем (приміром, принципи добросовісності, позбавлення права заперечення та пропорційності); інші застосовують логіку, відому юристам (наприклад, норми *lex specialis derogat generali*, *lex posterior derogat legi priori*); ще одна категорія пов'язана з „особливою природою міжнародного суспільства”, яка знайшла вираз у принципах *jus cogens* (імперативного права)»¹.

Ідея прямого запозичення принципів національних правових систем не була підтримана Міжнародним судом ООН у низці рішень. Так, у рішенні в справі *про право проходу через індійську територію (Португалія проти Індії, 1960 р.)* Суд поставив практику, що склалася у двосторонніх відносинах учасників спору, вище «будь-яких загальних норм». У світлі досліджуваної нами проблеми справа цікава тим, що Португалія, доводячи право на прохід, найбезпосереднішим чином, прямо-таки буквально використала метод зіставлення загальних принципів внутрішньодержавних правових систем. Вона, зокрема, аргументувала свою позицію так: «...внутрішні закони цивілізованих націй однастайні у визнанні за власниками анклавів права з метою доступу до них на прохід через прилеглі території; ...важко знайти принцип, що більш ясно впливає із загальної практики держав *in foro domestico* і такий, що якнайкраще відповідає вимогам Статті 38, параграфа 1 (с) Статуту Суду»². Суд відмовився розглядати подібну аргументацію стосовно встановленої ним двосторонньої норми у вигляді локального звичаю, що гарантує право проходу приватним особам, посадовим особам і товарам взагалі, оскільки «немає потреби досліджувати питання про те, чи можуть загальний звичай або загальні принципи права, визнані цивілізованими націями, вести до такого ж результату»³. Так само Суд відреагував і щодо права на прохід збройних сил, збройної поліції, озброєнь і військової амуніції. Але при цьому він розвинув

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 87, 88.

² Right of Passage over India Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960. – P. 11, 12.

³ Ibid. – P. 43.

свою позицію: «У цьому випадку Суд розглядає конкретну справу, яка має свої особливості ...Коли, відповідно, Суд дійде висновку про те, що практика, ясно встановлена між двома державами, була прийнята сторонами як така, що регулює відносини між ними, Суд повинен надати вирішальне значення цій практиці з метою визначення їх спеціальних прав і обов'язків. Така окрема практика повинна превалювати над будь-якими загальними нормами»¹.

Більш певним Міжнародний суд був при обґрунтуванні позиції в консультативному висновку *про міжнародний статус Південно-Західної Африки (1950 р.)*. Суд відмовився інтерпретувати термін «мандатарій» (mandator) у тому розумінні, в якому цей термін використовується в національному праві окремих держав. «Мандат» має тільки спільну назву з деякими визначеннями мандата за національним правом. Об'єкт мандата регулювався міжнародними нормами, які значно переважають контрактні відносини, регульовані національним правом. Мандат був створений в інтересах жителів території та гуманності в цілому як міжнародний інститут з міжнародним об'єктом – священним обов'язком цивілізації (a sacred trust of civilization). Отже, неможливо дійти будь-якого висновку за аналогією, виходячи з понять мандата за національним правом або з будь-яких інших юридичних концепцій цього права»².

Слід зазначити, що незгоду з ідеєю запозичення міжнародним правом загальних принципів з внутрішнього права держав завжди висловлювали прихильники позитивістської моделі міжнародного права. Логіка їх міркувань така: загальні принципи права, сформовані усередині держав, строго кажучи, не є результатами угод (явних або таких, що припускаються) суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. Тому сама постановка питання про застосування таких принципів у міжнародно-правових відносинах уже виглядає недоречною. Якщо і є загальні принципи, то тільки ті, що стосуються міжнародного права. Іншими словами, існують тільки *загальні принципи міжнародного права*, а оскільки основний предмет їх регулювання – це міждержавні відносини, то в цьому випадку відбулося повне ототожнення загальних принципів права з основними принципами міжнародного права (суверенна рівність держав, мирне вирішення міжнародних спорів, *pacta sunt servanda* й ін.).

¹ Right of Passage over India Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports, 1960. – P. 43, 44.

² International Status of South-West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950 // I.C.J. Reports 1950. – P. 132.

Такі норми виражаються за допомогою або міжнародних договорів, або міжнародно-правових звичаїв. Третього не існує.

Додамо, що в цьому контексті положення п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду тлумачиться так, що воно за своїм буквальним – словесно-граматичним прочитанням не має навіть натяку на застосування внутрішніх принципів міжнародного права. «Стаття 38 Статуту Міжнародного суду, – писав В. М. Корецький, – у якій міститься вказівка на „загальні принципи права, визнані цивілізованими націями”, саме починається з констатації обов’язку суду „вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права”. Отже, суд зобов’язаний застосовувати принципи міжнародного права, але аж ніяк не принципи внутрішнього права окремих держав»¹.

У радянські часи цю позицію поділяли також В. М. Дурденевський², Є. О. Коровін³, Е. А. Пушмін⁴, Д. Б. Левін, Н. М. Мінасян⁵ та ін. У сучасній українській науці в цілому погодилися з даною позицією В. І. Євінгов⁶ і А. І. Дмитрієв⁷.

В основі такого підходу лежало абсолютне неприйняття моністичної теорії співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного

¹ Корецький, В. М. «Общие принципы права» в международном праве [Текст] // Избранные труды : в 2 кн. / В. М. Корецький ; АН УССР. Ин-т государства и права. – Киев : Наук. думка, 1989. – Кн. 2. – С. 194. Однак були вчені, переконані в протилежному. Зокрема, П. І. Лукін зазначав: «У статті (38 Статуту Міжнародного суду. – *Ю. Ц.*) „загальні принципи права” в значенневому відношенні протиставляються тим частинам тексту, в яких мова йде про міжнародне право. Контраст між міжнародним правом та загальними принципами доводиться граматичним тлумаченням до такого ступеня, що його важко не помітити. Граматичне тлумачення не має, певна річ, вирішального значення, але ним не можна знехажати. Граматичне тлумачення приводить до висновку, що п. «с» ст. 38 має на увазі загальні принципи внутрішньодержавного права окремих держав» (див.: Лукин И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 95).

² Дурденевский, В. Н. Пять принципов [Текст] / В. Н. Дурденевский // Международная жизнь. – 1956. – № 3. – С. 44–49.

³ Коровин, Е. А. Об общепризнанных нормах международного права [Текст] / Е. А. Коровин // Сов. государство и право. – 1959. – № 9. – С. 14–19.

⁴ Пушмин, Э. А. О понятии основных принципов современного общего международного права [Текст] / Э. А. Пушмин // Сов. ежегодник междунар. права, 1978. – М. : Наука, 1980. – С. 72–85.

⁵ Минасян, Н. М. Источники современного международного права [Текст] / Н. М. Минасян. – Ростов н/Дону : Изд-во Ростов. ун-та, 1960. – С. 25–46.

⁶ Евингов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евингов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 82–84.

⁷ Дмитрієв, А. І. Міжнародне публічне право [Текст] : навч. посіб. / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 157, 158.

права та будь-яких ідей, що обґрунтовують у цьому співвідношенні примат міжнародного права. Наведемо слова Д. Б. Левіна. Він писав: «У всіх своїх різновидах теорія „примата” міжнародного права над внутрішньо-державним правом є антинауковою. Вона виходить з помилкових передумов і доходить помилкових висновків. Уявлення про те, що існує якась універсальна єдність норм права, у якій національні правопорядки підкорюються міжнародному праву, як „вищому” правопорядку, як і уявлення про те, що міжнародно-правові відносини – це ланцюг різного роду транснаціональних „спілкувань”, є штучно створеними ідеалістичними схемами, які не можна охарактеризувати інакше, як найчистіші фікції»¹.

Явний недолік позитивістських поглядів полягав у нездатності пояснити на їх основі причини, з яких століттями в міждержавних і внутрішніх правовідносинах заінтересовані сторони дотримувалися правил, не прописаних у текстах міжнародних договорів або національних законів. Чому новий договір (закон) скасовував або змінював дію попереднього? Чому порушення договору (закону) передбачало відповідальність винної сторони? Чому кращим арбітром у спорі завжди була третя незаінтересована (нейтральна) сторона? І так далі.

Ці недоліки важко було не помічати. У радянській доктрині їх спробував урахувати Г. І. Тункін. У своїх міркуваннях він урахував думки вищевказаних радянських учених, але при цьому звернувся і до аналізу зарубіжної (західної) літератури щодо цього². Не погоджуючись з іноземними фахівцями в цілому, Г. І. Тункін все ж таки опинився під їх впливом, що виявилось насамперед у тому, що уявлення про сутнісні риси загальних принципів права не обмежувалося нормами, які склалися тільки в міждержавних відносинах. Він стверджував, що існують спільні для міжнародної та внутрішньодержавних правових систем правові поняття, прийоми юридичної техніки, логічні правила. Однак пояснити природу їх походження на основі позитивістських уявлень про міжнародне право вчений не міг. У результаті він нерідко був суперечливим у викладенні матеріалу. Так, в одному місці він категорично заявляє про «очевидну неспроможність концепції, відповідно до якої „загальні принципи права” є принципами національних правових систем, що „спільні для всіх цивілізованих держав”»³. Втім уже через сторінку погоджується з тим, що все-таки «є загальні

¹ Левин, Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1974. – С. 203.

² Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 167–180.

³ Там само. – С. 175.

правові поняття, логічні правила, прийоми юридичної техніки, використовувані при тлумаченні та застосуванні права взагалі як міжнародного, так і національного, незалежно від соціальної сутності права»¹. На одній сторінці Г. І. Тункін стверджує, що «такого роду положення (тобто загальні принципи права. – Ю. Ш.) хоча і є правовими, суть не норми права»². А на наступній сторінці він дійде висновку, що «вони складаються звичайно в національному праві (але ніщо не заважає їм складатися і в міжнародному праві) і входять у міжнародне право через договір або звичай»³. Інакше кажучи, загальні принципи можуть-таки бути нормами права. У протилежному випадку, як пояснити твердження про їх створення в національному праві та «входження» у міжнародне право за допомогою договорів і звичаїв, якщо пряме призначення цих джерел – фіксація міжнародно-правових норм?

Позицію Г. І. Тункіна поділяв Л. А. Алексідзе. Він вважав, що вона найбільш адекватно «відбиває існуючу реальність як стосовно практики самого Міжнародного суду ООН, так і стосовно держав до права Суду застосовувати ст. 38, 1 (с)»⁴. Узнявши за основу цю позицію при дослідженні взаємозв'язку загальних принципів права та імперативних норм міжнародного права, учений дійшов такого висновку: «Якщо ж „загальні принципи права” – всього-на-всього юридичні положення допоміжного, технічного, процесуального характеру, то їх відношення до проблеми *jus cogens* найбільш віддалене, вірніше, не можна взагалі погоджувати ці дві категорії норм, тому що ненормативні принципи не можуть мати характеру ані *jus cogens*, ані *jus dispositivum*»⁵.

Аналогічної точки зору дотримувався І. І. Лукашук. У одній зі своїх робіт радянського періоду він писав, що «під загальними принципами права розуміються вироблені в практиці спеціальні юридичні формулювання, аксіоми, які відбивають специфіку прийомів правового регулювання (наприклад, «ніхто не може передати прав більше, ніж має сам»). Такого роду принципи становлять основну частину поняття „загальні принципи права, визнані цивілізованими націями” у сенсі ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН»⁶. Решта цього понят-

¹ Тункін, Г. І. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 177.

² Там само. – С. 178.

³ Там само. – С. 179.

⁴ Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 302.

⁵ Там само.

⁶ Лукашук, И. И. Механизм международно-правового регулирования [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Выща шк., 1980. – С. 55.

тя, на його думку, приділялася «технічним прийомам здійснення галузевих принципів», які не мають юридичної сили принципу (наприклад, правило рівної відстані при визначенні континентального шельфу¹).

На цій же позиції І. І. Лукашук залишився і у пострадянській період своєї наукової діяльності, розвинувши і конкретизувавши її. Так, він заявив про свою незгоду з теоріями, що розглядають як загальні принципи загальні принципи природного права і справедливості, а також основні принципи міжнародного права². Загальні принципи права – це «принципи, спільні для національних правових систем», «правила, що відбивають закономірності застосування норм у будь-якій правовій системі». Для їх входження в міжнародне право вони, поперше, мають бути придатними для дії саме в цій системі і по-друге, включатися в міжнародне право, «нехай навіть у спрощеному порядку, в результаті якого мається на увазі згода міжнародного співтовариства», тобто через міжнародно-правовий звичай³. Однозначний висновок ученого: «Загальні принципи не можуть розглядатися як особливе джерело міжнародного права»⁴.

Як не парадоксально, але погляди саме цих фахівців, оснований на порівнянні позицій вітчизняних і західних учених, у цьому питанні для радянської доктрини зіграли позитивну роль. Адже, виявившись непослідовними, вони тим самим сприяли утвердженню в нас позицій, які, по суті, можуть бути виведені з природно-правових уявлень про міжнародне право, а не з юридичного позитивізму, що панував у той час. Наприклад, припущення про те, що і для міжнародного права, і будь-яких інших внутрішніх правових систем, «незалежно від соціальної сутності», характерна наявність загальних правових понять, логічних правил і прийомів юридичної техніки, може ґрунтуватися тільки на переконанні в існуванні надпозитивних категорій у праві – єдиної нормативної правосвідомості людства, універсальних правових цінностей людської особистості і її свобод, загальних уявлень про принципи універсальної справедливості тощо. Довести, що вони первісно були волевстановлені державами для регулювання внутрішніх відносин або спеціально погоджені на міжнародному рівні, неможливо.

¹ Лукашук, И. И. Механизм международно-правового регулирования [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Выща шк., 1980. – С. 55.

² Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. прав. ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 160.

³ Там само. – С. 160, 161.

⁴ Там само. – С. 161.

Також можна навести заяву Г. І. Тункіна про те, що загальні принципи права, хоч і мають відношення до права, самі по собі нормами права не є. Таке твердження історично ґрунтувалося на одному з відомих, хоча й несперечних (про це нижче), припущень теорії природного права, яке має відповідні логічні висновки. Наприклад, її видатний представник А. Фердросс писав: «...Говорячи про принципи права ... стаття 38 не має на увазі правові норми. З цього випливає, що стаття 38 у жодному разі не має на увазі просто випадкові приписи права різних держав, а лише принципи права, що ґрунтуються на загальному правовому мисленні й здатні бути використаними в міждержавному обороті»¹. До речі, аналогічної позиції дотримувались й інші вітчизняні вчені. Можна навести слова В. Г. Буткевича, який зазначає: «Загальні принципи хоча і є правовими положеннями, але по суті не являють собою норми права»². Раніше у вітчизняній літературі таку позицію обґрунтовував В. І. Євінгов. Ті спільні для міжнародної та національних правових систем загальні поняття, логічні правила і прийоми юридичної техніки він не розглядав ані як загальні принципи права, ані як правові норми. Він писав, що «ці максими й поняття – суть інструментарій міжнародного права. Саме тому їх не можна кваліфікувати як принципи міжнародного права, які мають узагальнюючий характер»³. Але пояснювати, чому ці максими універсально використовуються для регулювання міжнародних і внутрішніх правовідносин різних держав, учений не став, зазначивши недостатню вивченість проблеми: «Ще не прояснене питання про склад таких понять. Їх зміст і особливості застосування в міжнародному праві в більшості випадків потребують уточнення»⁴.

Здається, протиріччя, наведені вище, з усією очевидністю демонструють складність і неоднозначність теми загальних принципів права в міжнародно-правовій доктрині. На мій погляд, головна причина цього полягає в тому, що в міркуваннях більшості вчених, які займаються даною темою, відсутня яскраво виражена теоретична чистота – суворе додержання певної раніше обраної філософської концепції права взагалі й міжнародного права зокрема.

¹ Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – С. 161.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 127.

³ Євінгов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евингов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 78.

⁴ Там само. – С. 81.

Наприклад, як вже зазначалося, багато вітчизняних і зарубіжних фахівців вважають, що поява формулювання п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду в тому вигляді, як воно є, стало результатом компромісу, досягнутого між прихильниками природно-правового та позитивістського напрямку в міжнародному праві. І апелювання до національних правових систем було певною поступкою прихильникам позитивізму. До певної міри це так, оскільки вчені, які обстоювали цю ідею, справді розглядали природне право як занадто ідеалістичне і відірване від реальної юридичної практики. Разом з тим сама ідея звертання до внутрішньодержавних правових систем для вичленовування загальних принципів права й застосування їх для регулювання міжнародних відносин з урахуванням специфіки міжнародного права не є позитивістською. Вона природно-правова. Про це писав у своїй докторській дисертації Х. Лаутерпахт (H. Lauterpacht)¹. Звертанням до приватного права різних держав він прагнув вийти за рамки традиційних для міжнародного права джерел – договорів і звичаїв. Оминути їх. Він зазначав, що звертання до норм і концепцій приватного права зможе протистояти «концепції держави як сутності, що володіє абсолютною юридичною і моральною цінністю»²; зможе «підкорити суверенну волю держав нормам, які ніколи не одержували їх вираженої згоди»³. Р. Лезаффер прокоментував позицію Х. Лаутерпахта так: «Для нього історична і сучасна практика звертання до приватного права служила як посилене протидія позитивізму, що домінував наприкінці 19 – на початку 20 сторіччя»⁴.

Така обставина дає підстави стверджувати, що п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду відображає цілком природно-правову позицію. Бажання витлумачити «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями», і як якісь начала універсальної та незалежної від волі будь-яких політичних утворень (держав) справедливості, і як загальні начала (аналогії, смисли і т. ін.) внутрішніх правових систем держав – усе це дві сторони однієї й тієї ж медалі. Тільки в першому випадку яскраво виражений природно-правовий ідеологічний момент, а в другому – закріплений намір застосовувати ті загальноправові постулати, які вже забезпечили дотримання справедливості як об'єктивної кате-

¹ Lauterpacht, H. *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* [Text] / H. Lauterpacht. – London : Longmans, Green and Co. Ltd., 1927. – 325 p.

² Ibid. – P. 43.

³ Ibid. – P. 44.

⁴ Lesaffer, R. *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription* [Text] / R. Lesaffer // *European Journal of International Law*. – 2005. – Vol. 16, № 1. – P. 27.

горії у конкретних правових ситуаціях у рамках національних правових систем¹.

Такий підхід до розуміння загальних принципів хоча й дозволяє певною мірою інтегрувати загальну ідею з її практичними втіленнями, у сучасних умовах вичерпним вже не є. За більш ніж шістдесятирічну історію з моменту прийняття Статуту Міжнародного суду теорія і практика міжнародного права привнесли у нього нові грані, раніше не зазначені його розробниками, і одночасно з цим підтвердили обґрунтованість деяких сумнівів, що стосуються насамперед способів практичного застосування загальних принципів.

По-перше, за минулі роки міжнародна практика виділила незлічиму розмаїтість загальних принципів права, чітко продемонструвала їх значення для ефективного функціонування міжнародної та національних правових систем, давши привід для міркувань про їх єдину правову природу.

Приміром, О. Шахтер, крім загальних принципів, властивих національним правовим системам, як другу групу виділяє основні принципи міжнародного права (невтручання, територіальної цілісності, дотримання міжнародних зобов'язань й ін.). Третя група – це принципи, які «властиві ідеї права і є основними для всіх правових систем». Їх характеристика містить у собі два основних критерії: а) звертання до принципів, які можливо відшукати у всіх правових системах (як міжнародній, так і внутрішньодержавній); і б) прихильність ідеї права (*intrinsic to the idea of law*)². До цих принципів належать, зокрема, *pacta sunt servanda*, *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet* (ніхто не може передати прав більше, ніж має сам), *lex specialis*, *lex posterior derogate priori* (більш пізня норма скасовує попередню), *res judicata* (питання, остаточно вирішене судом, не може знову розглядатися тим же самим судом або судом паралельної юрисдикції). Обґрунтування цих принципів потребує підтримки теорії права. Вони є чимось на зразок «субстрату юридичних постулатів» (*substratum of legal postulates*),

¹ У цьому сенсі можна повністю погодитися з думкою філіппінських дослідників Й. Р. Кокія і М. Д. Сантьяго, які запропонували таке визначення загальних принципів: «„Загальні принципи права, визнані цивілізованими націями“, розуміються як загальні принципи справедливості, тісно пов'язані з природним правом. Вважається, що більшість норм, що пішли з природного права, є загальними принципами справедливості» (див.: Coquia, J. R. Public International Law [Text] / J. R. Coquia, M. D. Santiago. – Philippines : U. P. Law Complex, 1984. – P. 34).

² Schachter, O. International Law in Theory and Practice [Text] / O. Schachter. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 53.

але «у дійсній практиці» установлюються в результаті процесу міркування¹.

Четверту групу складають загальні принципи, які є втіленням універсального застосування ідеї «єдності людських істот» (unity of the human species) – яскраво виражений вияв теорії природного права. О. Шахтер пише: «Вона виявляється, принаймні, у трьох значних політичних і правових рухах. Перший – це глобальний рух проти дискримінації на основі раси, кольору [шкіри] і статі. Другий – це рух із загального визнання прав людини. Третій – це страх, що посилюється, ядерного знищення. Ці три рухи значно зміцнюють універсальні цінності, властиві доктрині природного права. Вони знайшли висвітлення в численних міжнародних і конституційно-правових документах, а також у суспільних рухах у всьому світі, спрямованих на гуманітарні цілі. Ясно, що вони – це «матеріальне джерело» більш нового міжнародного права, втіленого в договорах і звичайних нормах»².

П'ята група – це загальні принципи права, які персоніфікують принципи природної справедливості (the principles of natural justice). Виявляється у двох аспектах. Перший звернений до мінімальних стандартів дотримання й поваги прав людини і в основному закріплений у відповідних міжнародних документах. Другий – втілюється у відповідній концепції рівності, що включає в себе такі елементи, як справедливість (fairness), взаємність (reciprocity) і врахування специфічних (особливих) обставин справи³.

Також можна навести класифікацію підходів до розуміння загальних принципів права, запропоновану М. Діксоном.

По-перше, М. Діксон виділяє доктрину природного права. Він зазначає, що «норми, які виникли з природного права, мають доюрідичну цінність (a pre-existing legal validity), тобто вони вже правові незалежно від договору або звичаю»⁴. Такого роду норми мають моральну підставу. Вони стосуються захисту прав людини або заборони геноциду. «Однак, – підкреслює вчений, – хоча такі принципи, як ці, можуть мати універсальне застосування, на практиці джерела зобов'язань держав у цих сферах суворо ґрунтуються на договорі та звичаї»⁵.

¹ Schachter, O. *International Law in Theory and Practice [Text]* / O. Schachter. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 54.

² Ibid. – P. 54-55.

³ Ibid. – P. 55.

⁴ Dixon, M. *Textbook on International Law [Text]* / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 36.

⁵ Ibid.

По-друге, М. Діксон виділяє матеріальні (material) джерела, що формуються за взаємним явно вираженим або таким, що мається на увазі, волевиявленням держав (свобода відкритого моря, суверенна рівність тощо). Вони також втілюються в договорах і звичаях, але при цьому «не мають ніякого відношення до правостворюючих джерел міжнародного права»¹.

По-третє, це норми і принципи, спільні для всіх правових систем. «Це не означає, – пише вчений, – що концепції національного права повинні бути запозичені повністю. Це швидше за все припускає, що національне право може забезпечити визначення таких типів норм, оснований на публічній політиці, які можуть мати допоміжне значення в міжнародному праві»². На відміну від попередніх видів такі норми і принципи «не мають потреби в легалізації ані через звичай, ані через договір, щоб мати правовий ефект»³.

І по-четверте, це принципи рівності (principles of equity). М. Діксон вважає, що «такі принципи, будучи загальними принципами неупередженості й справедливості, перебувають у межах [тлумачення] ст. 38 (1) (с) і можуть бути застосовані Міжнародним судом й іншими міжнародними судовими органами»⁴. Як приклади називаються «рівний принцип естоппеля», «рівність у питаннях делімітації території».

Наведені класифікації досить несистемні та хаотичні. Проте вони відбивають розмаїтість думок про конкретні нормативні втілення загальних принципів права і виразно вказують на наявність спільних аксіологічних і онтологічних корінів. 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). У зв'язку з цим є підстави для твердження про існування певної ієрархії, системи норм, які становлять загальні принципи права.

Загальні принципи права пов'язують міжнародну і національні правові системи єдиними уявленнями про феномен права, про способи належної поведінки в тих чи інших ситуаціях. Аналогії неминучі та природні. Переважна більшість загальноновизнаних (основних) норм

¹ Dixon, M. Textbook on International Law [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 36, 37.

² Ibid. – P. 37.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

і принципів, а також інститутів сучасного міжнародного права своїм походженням зобов'язані нормам і принципам, виробленим національними правовими системами. Загальновизнана в міжнародному праві норма-принцип *pacta sunt servanda* – найбільш яскравий тому приклад.

Слід зазначити, що, на думку деяких учених, сучасне міжнародне право вже досягло такого високого рівня розвитку, що більше не потребує будь-якого досвіду правового регулювання суспільних відносин у рамках національних правових систем. Про це, зокрема, пише А. Кассезе. Він вважає, що «у цей час у світовому співтоваристві можна бути впевненим в існуванні тільки *двох різних класів загальних принципів*. По-перше, існують загальні принципи міжнародного права, а саме ті принципи, які можуть бути виведені або виділені способом індукції та узагальнення конвенційних і звичаєвих норм міжнародного права. Деякі з цих принципів неодноразово заявлялися державами в міжнародних документах, покликаних установити фундаментальні стандарти поведінки, які повинні регулювати відносини між членами світового співтовариства... По-друге, існують принципи, властиві окремим галузям міжнародного права (морського права, гуманітарного права, права відповідальності держав і т. д.)»¹.

Таким чином, А. Кассезе підтримує точку зору, дуже популярну у вітчизняній доктрині, про яку говорилося вище. Учений визнає вплив на розвиток міжнародного права загальних принципів національних правових систем, але разом з тим вважає, що «основна причина, за якої слід відмовитися від цих принципів, полягає в тому, що в цей час у світовому співтоваристві утвердилася ціла мережа договірних норм і, на додаток [до них], виникла велика кількість звичаєвих норм, які перетворюють загальні принципи міжнародного права в договірні або звичаєві норми. Як наслідок, можна думати, що більше немає потреби в традиційних сферах міжнародного права звертатися до цих загальних принципів»².

Можливо, згодом так воно і буде. Однак поки що загальні принципи, які виникли і в процесі свого розвитку отримали значну конкретизацію у внутрішньому праві різних держав, можуть бути затребувані в міжнародному праві. Деякі дослідники прямо вказують на це. Так, І. Рідел зазначає, що в національному праві держав існують норми

¹ Cassese, A. *International Law [Text] / A. Cassese*. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 189.

² *Ibid.* – P. 193.

і принципи загального характеру (як він пише, «стандарти», «типові параметри поведінки»), які можуть бути запозичені і міжнародним правом, і правовими системами інших держав, наприклад: спеціальні юридичні правила «розсудливий продавець» (the reasonable salesman), «загальні узвичаєння торгівлі», «справедливе змагання», «добросовісна цивільна служба»; абстракція «добросовісність» (good faith); конституційно-правові принципи «пропорційність», «адекватність», «найменша шкода і найменше за інтенсивністю втручання в права людини», «передбачуваність і зрозумілість норм»¹. Р. Хоуз (R. Howse) побудував нову концепцію «одіозного боргу» (odious debt) у міжнародному праві, взявши за основу принципи і норми, що склалися в національних правових системах деяких держав². При цьому формулювання п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду стало для нього транзитною нормою – нормою, що дозволяє вивести пропоновану ним концепцію на рівень міжнародного права. І, звичайно, він кваліфікував її не як допоміжне, а «фундаментальне джерело міжнародного права, зазначене в Статуті Міжнародного суду справедливості (Міжнародного суду ООН. – Ю. Ш.)»³.

По-друге, за минулий період більш чітких обрисів, «приземленості» набули ідеї справедливості, гуманності, рівності, свободи – основні й стрижневі ідеї будь-якої правової системи. Їх сприятливий вплив уже не потребує доказів. Утілюючись в універсальних нормах морально-правової поведінки, вони перестали сприйматися як щось наївне і відірване від життя⁴.

У даному контексті загальні принципи права набули нового, глибокого значеннєвого наповнення. Їх почали сприймати як певні і найбільш загальні імперативні вимоги до поведінки в будь-якому суспільстві й відносин будь-яких суспільств між собою, які мають глибокий зміст, що зародилися в суспільній свідомості у глибині століть, про-

¹ Див.: Riedel, E. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? [Text] / E. Riedel // European Journal of International Law. – 1991. – № 2. – P. 77, 78.

² В уявленні Р. Хоуза концепція «одіозного боргу» знаходить свій вияв у групі норм (умов), які можуть бути використані для виправдання невиконання боргових зобов'язань, якщо вони збереглися в суспільствах, що перебувають в процесі «політичних змін», а раніше виникли перед тоталітарними (одіозними) режимами та/або за їх допомогою (докладніше див.: Howse, R. The Concept of Odious Debt in Public International Law [Text] / R. Howse // United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD/OSG/DP/2007/4). Discussion Papers. – July 2007. – № 185. – 27 p.).

³ Ibid. – P. 21.

⁴ Див. розділ 2.3 цієї монографії.

йшли випробування часом і тому стали невід'ємною складовою правової культури (а отже, і правової свідомості) більшості існуючих (і, звичайно, цивілізованих) націй і народів. Вони, довівши свою незмінну актуальність у національних правових системах, стали затребувані в міжнародному праві (чим саме і викликана поява п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду). Забезпечивши життєздатність національних правопорядків, загальні принципи сприяють становленню й ефективному розвитку міжнародного права з урахуванням його специфіки. Як пише М. В. Буроменський, «загальні принципи права – це саме ті первинні правові смисли, на основі яких виникло й існує право, у тому числі й міжнародне»¹.

Загальні принципи виступають своєрідним концентрованим втіленням мудрості в розумінні права. Вони формують якийсь значеннєвий стрижень, що надає праву єдності, системності, універсальності й імперативності в застосуванні. Можна повністю погодитися з С. Погребняком, який визначає принципи права як «систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер та напрямки подальшого розвитку»².

Унаслідок цього відпали ідеологічні причини, з яких Х. Лаутерпахт і багато інших фахівців відкидали та намагалися оминати договірний і звичаєво-правовий шляхи закріплення загальних принципів права, покладаючись на особливу високорозвинену правосвідомість міжнародних арбітрів, які творчо використовують загальні принципи права національних правопорядків при вирішенні міжнародних спорів.

Від самого початку ця ідея була дуже уразливою для критики, тому що несла в собі безліч протиріч політичного і юридичного порядку. Політично вона давала можливість застосовувати норми, до яких заінтересована держава будь-яким чином не виражала свого ставлення. Юридично – спрямовувала на застосування норм, безпосередньо не розрахованих на регулювання міжнародних відносин і, отже, які не враховували специфіку міжнародного права.

¹ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 48.

² Погребняк, С. Втілення принципів права в юридичних актах [Текст] / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 22, 23; також див.: Погребняк, С. П. Поняття принципів права [Текст] / С. П. Погребняк // Акт. пробл. правознавства : тези доп. і наук. повідомл. учасн. наук. конф. молодих учених та здобувачів. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – С. 5–7.

У наш час ця критика, як і раніше, має підстави, але сприймається вже не настільки однозначно. У сучасному міжнародному праві загальновизнане існування норм, які мають універсальну цінність. Можлива політична незгода з ними вже не впливає на їх юридичну чинність і обов'язковість для використання будь-якими суб'єктами міжнародного права, у тому числі й тими, що знову з'являються. Очевидно, що деякі з цих норм, а також ідеї, що лежать у їх основі, були запозичені з національних правових систем окремих держав. Однак надалі вони одержали загальне міжнародне визнання і закріплення в найрізноманітніших формах (джерелах). Вони не стали б міжнародно-правовими, якби не пройшли тест на регулювання міжнародних відносин. Неодмінна об'єктивна умова їх широкого визнання полягає в найважливішій якійсь відмінності міжнародного права від внутрішнього – його координаційному характері, що виявляється в більш складному, такому, що не має тимчасових обмежень, наповненому постійним пошуком взаємних поступок і компромісів, шляху узгодження міждержавних (але не в значенні міжбюрократичних, а в значенні міжсуспільних) інтересів і цінностей, необхідних для формулювання юридично обов'язкових для членів міжнародного співтовариства норм. Чим вищий статус норми в системі міжнародно-правового регулювання, чим масштабніший її вплив на неї, тим складнішим є шлях її первісного визнання, необхідний для наділення цієї норми особливими ціннісними характеристиками, що надають їй унікальності, а в більшості випадків і безальтернативності. Такий шлях пройшли норми загального міжнародного права – основні системоутворюючі норми міжнародного права, що стали основним мірилом правомірності інших існуючих і норм, що зароджуються. Можна повністю погодитися з думкою В. І. Євінтова, який зазначив, що «використання формул внутрішнього права повинне відповідати найважливішій вимозі: відповідність основним принципам міжнародного права, його загальновизнаним нормам»¹.

Ототожнення багатьма вченими загальних принципів права з нормами загального міжнародного права, з одного боку, можна вважати закономірним – норми загального міжнародного права органічно несуть у собі функцію встановлення сутнісних характеристик всієї міжнародно-правової системи. Однак, з другого боку, навряд чи слід

¹ Євінтов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евинтов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – С. 79.

повністю ототожнювати ці поняття. Загальні принципи права – ідеологічна основа для визначення оптимальних нормативних моделей міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин. Вони являють собою абстракції, ідеї, смисли, цінності, які виражаються в нормах загального міжнародного права. Принцип *pacta sunt servanda* – це, насамперед, норма, що виражає загальний принцип права. Як норма загального міжнародного права вона втілюється в універсальному зобов'язанні держав дотримуватися норм, закріплених у міжнародних договорах й інших джерелах міжнародного права. У пункті 2 ст. 2 Статуту ООН вона закріплена так: «Усі Члени Організації Об'єднаних Націй добросовісно виконують взяті на себе за дійсним Статутом зобов'язання, щоб забезпечити їм усім у сукупності права і переваги, що випливають із належності до складу Членів Організації». У Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами, відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй від 24 жовтня 1970 р. цей загальний принцип має таке тлумачення: «Кожна держава зобов'язана добросовісно виконувати свої зобов'язання, що випливають із загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права. Кожна держава зобов'язана добросовісно виконувати свої зобов'язання, що випливають із міжнародних договорів, що діють відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права».

Низка загальних принципів права являє собою абстракції ще більш високого порядку, абстракції, що виражають найбільш загальні, найбільш ідеальні уявлення про феномен права взагалі та феномен міжнародного права зокрема. Маються на увазі принципи гуманності, справедливості, рівності, свободи. Вони ідейно визначають характер і зміст підпорядкованих їм і розвиваючих їх загальних принципів права і, звичайно, основних принципів міжнародного права, а також детальніших норм, прийнятих на їх виконання. Такі загальні принципи-абстракції ідейно поєднують міжнародне право з національними правовими системами, дозволяють правосвідомості «конструювати» норми, що часто визначають як «загальні правила юридичної техніки», «логічні прийоми». Можна погодитися, приміром, із О. Шахтером, що такі правила є результатом процесу міркування, логіки, але при цьому слід зробити застереження, що саме є підґрунтям для таких міркувань, яка їх ідеологічна основа?

Так, принцип рівності знаходить своє втілення і розвиток у таких загальних принципах права, як *par in parem non habet imperium* (рівний

над рівним влади не має), *aliquis non potest esse iudex in propria cause* (ніхто не може бути суддею у власному спорі), та і наведений вище принцип *pacta sunt servanda* є його втіленням, тому що первісно припускає рівне становище сторін договірних відносин. У площині загального міжнародного права принцип рівності втілюється, насамперед, у принципах суверенної рівності держав і невтручання у внутрішні справи інших держав. Принцип рівності ідейно забезпечує рівноправні відносини держав і міжнародних міжурядових організацій і міжнародних міжурядових організацій між собою. Адже поки немає, приміром, загальновизнаних норм загального міжнародного права, що прямо передбачають рівність держав і міжнародних організацій або міжнародних організацій між собою, або невтручання одних міжнародних організацій у справи інших міжнародних організацій. Так само чітко не виражена норма про добросовісне дотримання норм міжнародного права міжнародними міжурядовими організаціями. У преамбулі Віденської конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 р., яка ще не набрала чинності, містяться положення, що лише побічно вказують на наявність таких норм: «визнаючи єднаний характер договорів і їх дедалі зростаюче значення як джерела міжнародного права»; «відзначаючи, що принципи вільної згоди і добросовісності та норма *pacta sunt servanda* одержали загальне визнання»; «визнаючи зв'язок між правом договорів між державами та правом договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями» та ін.

Принцип гуманності має, мабуть, найширший спектр міжнародних нормативно-правових втілень і неодноразово відзначався у практиці Міжнародного суду ООН. Так, Міжнародний суд у своєму рішенні у справі *про військову й напіввійськову діяльність в і проти Нікарагуа* (Нікарагуа проти США, 1986 р.) при встановленні за принципами міжнародного гуманітарного права сили міжнародно-правових звичаїв насамперед ототожнив їх із вимогою гуманності в міжнародних відносинах, яка раніше була зазначена в його ж рішенні у справі *про канал Корфу* (Велика Британія проти Албанії, 1949 р.)¹ і загальновизнана як загальний принцип права². У самому ж рішенні Міжнародного суду

¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, para. 215 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 212.

² Див., напр.: Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 60.

у справі *про канал Корфу* норма про гуманність знаходиться в одному ряді (і, звичайно, на першому місці) з нормами, визнаними як міжнародно-правові звичаї: «Такі зобов'язання ґрунтуються... також на певних загальних і широко визнаних принципах, а саме: елементарних міркуваннях гуманності, які ще більш важливі під час миру, ніж під час війни; принципі свободи морських комунікацій; і зобов'язанні кожної держави не дозволяти свідомого використання своєї території для здійснення дій, спрямованих на шкоду правам інших держав»¹.

Тут зазначу, що міжнародно-правові звичаї, установлені в рішенні у справі *про Нікарагуа*, – заборона використання сили, право на самооборону, невтручання у внутрішні справи інших держав, повага державного суверенітету, норми міжнародного гуманітарного права – згідно з текстом визначаються як принципи міжнародного права (пп. 183–220 цього рішення²). Причому роль кожного з них Суд вважає настільки значною в регулюванні міжнародних відносин, що називає їх «основними принципами міжнародного звичаєвого права». Наприклад, норму, яка забороняє використання сили, Суд у п. 190 свого рішення охарактеризував так: «Подальше підтвердження чинності принципу заборони використання сили як звичаєвого міжнародного права, вираженого у Статті 2 пункті 4 Статуту Об'єднаних Націй, може бути знайдене в тому факті, що на нього часто посилаються у своїх заявах представники держав не тільки як на принцип звичаєвого міжнародного права, але і як на фундаментальний або основний (*cardinal*) принцип такого права»³.

Безсумнівно, правильне переконання у винятковій важливості існування загальних принципів права – абстракцій – дозволило деяким ученим засумніватися в їх нормативних якостях і, як наслідок, спонукало апелювати до розвиненої правосвідомості найбільш кваліфікованих представників юридичної науки і практики як основного джерела їх встановлення⁴. А оскільки, як вважається, найбільш видатні

¹ *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, Merits // I.C.J. Reports, 1949. – P. 22.

² Див.: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 97–115.

³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 100.

⁴ Вище вже наводились висловлювання з цього приводу А. Фердросса, В. І. Свінтова, В. Г. Буткевича. Додатково можна послатися на думку М. В. Буроменського, який зазначає: «Загальні принципи не мають звичай письмового закріплення, а їхнє застосування пов'язане в першу чергу з культурою правозастосовувача, коли на основі інших норм прийняти рішення неможливо» (див.: *Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 48).*

з таких представників – це служителі міжнародної Феміди, то і головним джерелом виявлення загальних принципів необхідно вважати міжнародну судову й арбітражну практику.

З такою позицією важко погодитися. *По-перше*, таке твердження суперечить самій природі, самому розумінню розвиненої правосвідомості, що без чітких і продуманих формулювань правових норм у принципі неможливо. Воно внутрішньо, іманентно припускає їх наявність. Про це, зокрема, писав видатний теоретик природного права І. О. Ільїн: «Розвиненій правосвідомості властива непохитна впевненість у тому, що *право і закон мають свій певний зміст* і що кожний з нас, звертаючись до права і зустрічаючись з його узгодженими вказівками, має насамперед завдання з'ясувати і неперекручено зрозуміти цей *об'єктивний зміст права*... Праву в його зрілому і розвиненому вигляді властиво мати вигляд норми, тобто *тези, що виражена в словах і встановлює відомий порядок зовнішньої поведінки*, як такий, що має юридичне значення (виділене І. О. Ільїним. – *Ю. Щ.*)»¹.

Важливе питання, що вже досліджувалося в цій роботі, це виникнення правової норми. В його основі лежить сформована суспільна практика – повторювані суспільні відносини, у подальшому визнані як такі, що мають нормативно-правовий характер. Про це так пише М. В. Цвік: «Джерелом набуття суспільними відносинами нормативного характеру є не зовнішній вплив, не державне втручання, а їх постійна повторюваність. Лише згодом сформовані таким чином у суспільному середовищі обов'язкові нормативи визнаються і захищаються судами та іншими державними органами. На подальшому етапі відбуваються поглиблення основ права, деталізація його змісту з допомогою сформульованих державними органами правових деталей і конкретних процедур. Отже, у своїй основі право складається і самореалізується, а державою тільки закріплюється, конкретизується і деталізується»². Для теорії і практики міжнародного права пояснення походження феномену права через повторювані суспільні відносини з подальшим визнанням за ними нормативно-правового характеру несе в собі не що інше, як широко відому формулу міжнародно-правового звичаю – практику та визнання її юридично обов'язковою (*opinio juris*). Тільки в контексті міжнародного права – це

¹ Ільїн, І. А. О сущности правосознания [Текст] / И. А. Ильин // Теория права и государства ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 170.

² Загальна теорія держави і права [Текст] : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 180.

міжнародна практика і міжнародне визнання її юридично обов'язковою.

У радянській літературі на застосовність формули міжнародно-правового звичаю до встановлення загальних принципів права вже вказував Г. М. Даниленко. Однак, на жаль, тезисно висловивши ідею, він, на нашу думку, аргументував її недостатньо. Вчений написав лише: «Є підстави вважати, що загальне нормативне положення, яке стосується звичаєвого нормоутворення і містить вимогу про необхідність наявності двох елементів – практики та визнання цієї практики правовою нормою, може бути віднесене до загальних принципів права, оскільки воно визнано обов'язковим у переважній більшості правових систем світу»¹.

Про повну ідентичність понять «загальні принципи міжнародного права» і «міжнародно-правові звичаї» пишуть Л. Вайлдхабер (L. Wildhaber) та С. Брейтенмозер (S. Breitenmoser). «Ми вважаємо, – заявляють вони, – загальні принципи міжнародного права також знаходяться в межах поняття «стандарті і принципи загального міжнародного права», як зазначено в деяких конституціях»². Такої думки вчені дійшли на підставі дослідження одних із найважливіших фундаментальних і широко визнаних принципів – добросовісності (*good faith*) і *pacta sunt servanda* як норм міжнародного звичаєвого права. Вони зазначають, що «завдяки універсальній законності двох розглянутих принципів відмінність між звичаєвим міжнародним правом і загальними принципами міжнародного права навряд чи може бути проведена»³.

До цього можна додати, що сама норма, відповідно до якої загальні принципи права мають обов'язкову силу в міжнародному правопорядку, як пишуть Нгуен Куок Динь, П. Дайє і А. Пеле, є «основоположною звичаєво-правовою», сформованою ще до включення у 1920 р. у ст. 38 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя положення про загальні принципи⁴.

¹ Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 27.

² Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 174.

³ Ibid. – P. 175, 176.

⁴ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: Формирование международного права; кн. 2: Международное сообщество. – С. 210.

По-друге, у міжнародному праві вже давно є усталеною думка про те, що судді при вирішенні спору повинні застосовувати норми, які діють на момент його виникнення і відповідно — на момент розгляду самого спору судом. Доведення наявності норми (нюансів її застосування) і формулювання нової норми в ході розгляду судової справи — позиції не рівнозначні¹.

Разом з тим слід визнати, що судді міжнародних судових і арбітражних органів у питанні встановлення і застосування тих чи інших загальних принципів права у конкретній справі дійсно виявляють значну самостійність — більше декларують, ніж доводять наявність загального принципу. Детальна аргументація на його користь, як правило, відсутня. Така тенденція була особливо характерна для судових рішень першої половини ХХ ст., коли судова практика відчувала величезний дефіцит загальних принципів права, офіційно виражених в основних і загально-визнаних джерелах міжнародного права — міжнародних договорах і міжнародно-правових звичаях (у розумінні того часу). Широко розповсюджена вона і зараз із тією лише відмінністю, що, доводячи наявність будь-якого загального принципу, судді частіше звертаються до правила *res judicata*, посилаючись на одне або кілька попередніх своїх рішень або рішень міжнародних судів із загально-визнаним у міжнародному праві авторитетом (Постійної палати міжнародного правосуддя, Міжнародного суду ООН і т. ін.), що не може не викликати деякої іронії.

Проілюструвати таку тенденцію можна, зокрема, найвідомішим рішенням Постійної палати міжнародного правосуддя у справах *про Хоржувську фабрику* (Німеччина проти Польщі) у 1927–1928 рр., де були встановлені два тісно взаємозалежні загальні принципи права, що мають основне значення для регулювання міжнародних відносин у сфері міжнародно-правової відповідальності: а) будь-яке порушення міжнародно-правового зобов'язання тягне міжнародно-правову відповідальність незалежно від того, передбачається це відповідним договором чи ні і б) розмір відшкодування за порушення має бути адекватним заподіяному збитку. У рішенні Палати від 26 липня 1927 р. ці принципи сформульовані поряд в одному абзаці: «...Принципом міжнародного права є те, що порушення домовленості тягне обов'язок зробити репарацію в адекватній формі. Репарація, отже, є обов'язковим наслідком невиконання конвенції і немає необхідності, щоб це було встановлено в самій конвенції»².

¹ Докладніше див. підрозділ 5.4.1 цієї монографії.

² Case Concerning The Factory of Chorzów. Judgment № 8. Series A – № 9. July 26, 1927 // Publications of the P.C.I.J., 1927. – P. 22.

Суддя М. Ерліх (M. Ehrlich) цю позицію Постійної палати прокоментував так: «Це наслідки принципу, відповідно до якого порушення міжнародного зобов'язання тягне обов'язок репарації, принципу настільки широко прийнятого, що в класифікації міжнародних спорів правового характеру, яка міститься у статті 13 Статуту Ліги Націй і в статті 36 Статуту Палати (...), не вказано на існування особливих спорів стосовно зобов'язання здійснити репарацію за порушення міжнародного зобов'язання як таких, що відрізняються від спорів, які стосуються існування факту, що, у випадку встановлення, буде становити порушення міжнародного зобов'язання: цей останній вид спорів, мабуть, включає попередній»¹.

У рішенні Постійної палати у цій же справі від 13 вересня 1928 р. знаходимо такі вказівки: «Зобов'язання зробити репарацію *в принципі є визнаним* (виділено авт. – Ю. Щ.), воно повинне встановлюватися, якщо порушення міжнародної домовленості в дійсності мало місце у даній справі. Зараз це питання *res judicata*»². І далі: «Найважливіший принцип полягає в існуючому розумінні неправової дії (illegal act) – *принцип, який, як видається, встановлений міжнародною практикою і особливо рішеннями арбітражних трибуналів* (виділено авт. – Ю. Щ.) – полягає в тому, що репарація повинна, наскільки це можливо, покрити всі наслідки неправової дії і відновити ситуацію, що могла, цілком ймовірно, існувати, якби ця дія не була вчинена»³.

У цій же справі в рішенні від 26 липня 1927 р. Постійна палата сформулювала ще один загальний принцип права, що стосується міжнародно-правової відповідальності: «Це тим більше є *принципом, загальноприйнятим у практиці міжнародного арбітражу, також як і внутрішньодержавних судів* (виділено авт. – Ю. Щ.), що одна сторона не може посилатися на той факт, що інша сторона не виконала будь-яке зобов'язання або не звернулася до будь-яких засобів відшкодування збитків, якщо перша сторона своїми неправомірними діями перешкодила другій стороні виконати дане зобов'язання або звернутися до суду, який був відкритий для неї»⁴.

Переважно декларативний характер установлення загальних принципів права має місце в сучасній практиці різних міжнародних судових

¹ Dissenting Opinion by M. Ehrlich. Case Concerning The Factory of Chorzów. Judgment № 8. Series A - № 9. July 26, 1927 // Publications of the P.C.I.J., 1927. – P. 35.

² Case Concerning The Factory of Chorzów. Merits. Judgment № 13. Series A – № 17. September 13th, 1928 // Publications of the P.C.I.J., 1928. – P. 29.

³ Ibid. – P. 47.

⁴ Case Concerning The Factory of Chorzów. Judgment № 8. Series A - № 9. July 26, 1927 // Publications of the P.C.I.J., 1927. – P. 31.

органів. Це підтверджується, зокрема, дослідженням діяльності Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (далі – ІКСІД), проведеним С. А. Войтовичем¹. Не вдаючись у глибокий теоретичний аналіз, учений, на мій погляд, правильно припускає, що норми, які стосуються і міжнародно-правових звичаїв, і загальних принципів права «існують в обох якостях, будучи одночасно і принципами основних систем внутрішньодержавного права, і нормами міжнародного права»². Що, однак, не можна підтримати, так це його переконання у правильності теорії угоди. Вона, як неодноразово зазначалося в цьому дослідженні, має істотні недоліки і вже не поділяється ні більшістю світових експертних співтовариств, ні міжнародно-правовою практикою. Зібраний С. А. Войтовичем багатий матеріал щодо діяльності ІКСІД у розглянутій галузі цій теорії саме прямо суперечить. Учений не навів жодної справи, у якій ІКСІД установлював би або явну, або мовчазну згоду із заявленою нормою. У всіх цитованих рішеннях обґрунтування наявності того або іншого принципу в найкращому разі полягало в найбільш загальному посиланні на його загальновизнаність. Наприклад, принцип, згідно з яким держава відповідає за діяльність всіх державних і місцевих органів на своїй території, обґрунтовувався в одній справі тим, що «це вже усталений принцип міжнародного права, відповідно до якого держава відповідальна за поведінку всієї публічної влади в межах своєї території» (§ 126 рішення в справі *Autopista v. Venezuela* (ARB/00/5)), в іншій – загальним посиланням на ст. 4 Проекту статей Комісії міжнародного права ООН про відповідальність держав (§ 10.2 рішення у справі *Generation Ukraine v. Ukraine* (ARB/00/9)), тобто посиланням на документ, що не має поки самостійного юридичного значення; стосовно правила, відповідно до якого позивач може прагнути зменшувати розмір своїх збитків, указується лише на те, що воно «може розглядатися як частина загальних принципів права, які, у свою чергу, є частиною норм міжнародного права, які застосовні до

¹ Див.: Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах. Практика Международного центра по урегулированию инвестиционных споров с участием государства [Електронний ресурс] / С. А. Войтович // Юрид. практика. – № 22 (336). – 1 июня 2004. – Режим доступа: <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10003466>; Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи и общие принципы права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров [Електронний ресурс] / С. А. Войтович. – Режим доступа: http://www.gp.ua/ukr/art4.shtml#_edn11.

² Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи и общие принципы права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров [Електронний ресурс] / С. А. Войтович. – Режим доступа: http://www.gp.ua/ukr/art4.shtml#_edn11.

даного спору згідно зі статтею 42 Конвенції ІКСІД» (§ 167 рішення в справі *Middle East v. Egypt* (ARB/99/6)¹.

Зважаючи на таку тенденцію, зауважу, що бездоказове декларування міжнародним судом (арбітражем) наявності загальних принципів права, як, власне, й інших міжнародно-правових норм, використовуваних при ухваленні рішення у справі, може поставити під сумнів його обґрунтованість і, відповідно, правомірність подальшого застосування на основі принципу *res judicata*. Слід повністю погодитися з Р. А. Каламкар'яном у тому, що «з погляду права силою *res judicata* володіють тільки такі рішення суду, які ухвалені в рамках його загальної компетенції і відповідно до чинних міжнародно-правових норм і принципів. У протилежному випадку, рішення визнається недійсним»². Воно, як зазначає вчений, буде «актом зловживання правом, що негативним чином торкнеться прав сторін, які беруть участь у справі. Адже вони не давали своєї згоди у явній або мовчазній формі на розширення компетенції суду в даній справі. Відповідно, дія принципу *res judicata* на таке рішення не поширюється»³.

Таким чином, загальні принципи права, використовувані будь-яким міжнародним судом (арбітражем) при обґрунтуванні свого рішення у будь-якій справі, не повинні бути плодом уяви, творчості або інтуїції одного або навіть декількох міжнародних суддів (арбітрів), нехай навіть найвищої професійної кваліфікації. Ці принципи в момент застосування повинні мати широку міжнародну популярність, бути визнані як норми, що регулюють міжнародні відносини, підтверджуватися досить різноманітною практикою вирішення міжнародних спорів (не тільки за допомогою судів і арбітражів). Якщо міжнародний судовий орган посилається на той чи інший загальний принцип права, то, щоб уникнути сумнівів у його неупередженості, він має доводити наявність цього принципу, тобто виконувати ті дії, які він виконує при встановленні звичаєвої норми міжнародного права.

Отже, зробимо деякі узагальнення:

1. Включення в п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН норми про застосування «загальних принципів права, визнаних циві-

¹ Докладн. див. Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи и общие принципы права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров [Електронний ресурс] / С. А. Войтович. – Режим доступу: http://www.gp.ua/ukr/art4.shtml#_edn11.

² Каламкар'ян, Р. А. Принцип добросовестности и международно-правовые последствия, возникающие по завершении международного судебного разбирательства [Текст] / Р. А. Каламкар'ян // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия – Нева», 1996. – С. 53.

³ Там само. – С. 53.

лізованими націями», стало втіленням впливу природно-правових концепцій на теорію і практику міжнародного права першої половини ХХ ст. Поглиблене вивчення історії її формулювання дозволяє інакше оцінити компроміс, досягнутий між прихильниками природно-правового та позитивістського напрямів у міжнародному праві, результатом якого, як вважається, 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 (і насамперед норм внутрішнього приватного права), від самого початку мало на меті подолання виключного, монополістського застосування норм, закріплених у міжнародних договорах і міжнародно-правових звичаях, які, за думкою, що панувала в першій половині ХХ ст., були єдиними джерелами міжнародного права і закріплювали тільки його позитивні (волеустановлені державами) 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 (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.

2. Зважаючи на сучасні уявлення 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 свободи у відносинах людей у будь-якому суспільстві та відносинах будь-яких суспільств між собою, усталено закріплені в суспільній свідомості, які пройшли випробування часом і є основною невід'ємною складовою правової культури більшості існуючих націй і народів.

3. Загальні принципи права як різновид нормативних приписів (норм права), необхідно відрізнити від джерел міжнародного права, до яких належать міжнародно-правовий звичай, міжнародний договір, юридично обов'язкові резолюції міжнародних міждержавних організацій, іноді внутрішньодержавний закон. Поняття «загальний принцип права» характеризує внутрішній зміст правової норми, її особливу значущість у системі міжнародно-правового регулювання, а поняття «джерело права» – спосіб зовнішнього вираження (об'єктивізації) міжнародно-правової норми.

Загальний принцип права може бути закріплений у кожному з названих вище джерел міжнародного права. Разом з тим найбільш адекватним засобом об'єктивізації загальних принципів, на переконання автора, є міжнародно-правовий звичай, оскільки, по-перше, *неписане* утвердження в міжнародній суспільній правосвідомості загальних принципів права як особливої категорії правових норм здійснюється тільки через визнання нормативно-правових якостей за постійно повторюваними суспільними відносинами, інакше – шляхом додержання широко відомої формули міжнародно-правового звичаю – суспільна фактична практика і визнання її юридично обов'язковою (*opinio juris*). По-друге, на відміну від інших джерел міжнародного права, тільки звичаєва форма вираження загальних принципів права забезпечує їм якісно стабільний характер, їх універсальну міжнародну суспільну значущість, охороняє від політичного маніпулювання та довільного суддівського розсуду.

5.2. Міжнародно-правовий звичай і міжнародний договір

5.2.1. Проблема ієрархії у співвідношенні міжнародно-правового звичаю і міжнародного договору як джерел міжнародного права

На відміну від теми попереднього підрозділу питання співвідношення та взаємодії міжнародно-правових звичаїв і міжнародних договорів є одними з найбільш досліджених, найбільш детально пророблених у сучасній доктрині міжнародного права¹. Виступаючи

¹ Див., напр.: Даниленко, Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М. : Наука, 1983. – С. 151–170; Даниленко, Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 1) [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 12–25; Даниленко, Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 2) [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 115–130; International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 42–54 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>; Reisman, W. M. Unratified Treaties and Other Unperfected Acts in International Law: Constitutional Functions [Text] / W. M. Reisman // Vanderbilt Journal of Transnational Law. – May 2002. – Vol. 35. – № 3. – P. 729–747; Tunkin, G. Is General International Law Customary Law Only? [Text] / G. Tunkin // European Journal of International Law. – 1993. – № 4. – P. 534–541 та ін.

безперечно основними джерелами міжнародного права, вони знайшли першочергове закріплення в п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Його так прокоментував Е. Х. де Аречага: «Це положення Статуту, а також юридична практика, основана головним чином на внутрішньодержавному праві, і визначили домінуючу тенденцію – вважати ці два джерела відокремленими і незалежними»¹.

«Незалежність» звичаїв і договорів, проте, не виключила їх глибокі й всебічні зв'язки, об'єктивна необхідність яких викликана постійним пошуком і закріпленням оптимальних нормативних моделей поведінки на міжнародній арені. В основі таких пошуків – специфіка їх зовнішнього вираження, яка складає одночасно головну умову їх «незалежності» один від одного. Міжнародні договори – це закріплення міжнародно-правових зобов'язань у писемній формі. У сукупності вони утворюють так зване писане право (*lex scripta*). Міжнародно-правові звичаї – закріплення міжнародно-правових зобов'язань, як вважається, в усній формі. Вони утворюють, відповідно, неписане право (*lex non scripta*). У даному розмежуванні спосіб зовнішнього вираження норми міжнародного права визначає загальну характеристику кожного із зазначених джерел, найбільш характерні риси процесу їх формування: писане право «постає як результат свідомого інтелектуального зусилля, яке надає правовим нормам точність і ясність та упорядковує їх», а неписане право – це «стихийне, яке мається на увазі, право, що характеризується неупорядкованістю й неточністю»².

Для достатньо представницької більшості вчених зазначене розмежування має вирішальне значення при визначенні пріоритетної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань, що, однак, як вважається, не має будь-якого юридичного значення. У світовій доктрині панує переконання в повній юридичній рівноправності договорів і звичаїв як двох основних джерел міжнародного права³. Хоча, звичайно, існують спроби обґрунтувати наявність між ними ієрархії. Наприклад, І. А. Ширер заявив про існування формальної підстави для переважного застосування міжнародних договорів не тільки стосовно

¹ Аречага, Э. Х. де, Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 25.

² Там само.

³ Г. Д. Найко у зв'язку з цим доходить характерного висновку: «Рівна юридична сила договору і звичаю, в свою чергу, може розглядатися як універсальна норма міжнародного права, що за своїм характером наближується до норм типу *jus cogens*» (див.: Найко, Г. Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии) [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / Г. Д. Найко. – М., 1972. – С. 16).

міжнародно-правових звичаїв, а й інших джерел міжнародного права. Він вважає, що в питанні черговості застосування джерел необхідно суворо орієнтуватися на послідовність, з якою вони викладені в п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Таким чином, коли виникає необхідність знайти норму для врегулювання будь-яких конкретних міжнародних відносин, спочатку потрібно її шукати в міжнародних договорах. Якщо вона там не знайдена, пошуки слід продовжити в міжнародному звичаєвому праві. Якщо й у ньому немає – у загальних принципах права, визнаних цивілізованими націями... і т. д. до публікацій фахівців (доктрини)¹.

Позиція І. А. Ширера хоча і відбиває досить поширену на практиці послідовність дій, здійснюваних дипломатами і юристами-міжнародниками при пошуку норм, застосованих до спірних ситуацій, але суворо юридично вона уразлива. У самій ст. 38 Статуту Міжнародного суду прямо не зазначено, що дані джерела застосовуються тільки в тому порядку, у якому вони перераховані. Як справедливо зазначають Нгуен Куок Динь, П. Дайє і А. Пеле, «ст. 38 Статуту Міжнародного суду не містить навіть натяку на яку б то не було ієрархію джерел, що перераховуються»². Х. Тирлвей також звертає увагу на цей момент: «Текст статті 38 не визначає, чи існувала ієрархія застосування між звичаєм і договором; запропонована норма, яка спеціально вказує на обов'язок Суду застосовувати джерела в тому порядку, у якому вони зазначені в статті, була відкинута на стадії розробки тексту [Статуту]»³.

Про наявність ієрархії в застосуванні джерел міжнародного права також заявляє Р. Бернхардт. На його думку, «якщо договори укладені і є чинними, у відносинах сторін вони домінують над звичаєвими нормами, за винятком норм *jus cogens*... З іншого боку, загальні принципи права та допоміжні джерела або засоби встановлення [норми міжнародного права] є вторинними стосовно звичаєвого права. Це не означає, що різні джерела міжнародного права ранжуються в суворому ієрархічному порядку; вони доповнюють одне одне і часто застосовуються спільно. Але у випадку явного конфлікту договірні норми превалюють над звичаєвими, як і звичаєві норми превалюють щодо

¹ Див.: Shearer, I. A. *Starke's International Law [Text]* / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 48.

² Нгуен Куок Динь. *Международное публичное право [Текст]* : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: *Формирование международного права*; кн. 2: *Международное сообщество*. – С. 63.

³ Thirlway, H. *The Sources of International Law [Text]* / H. Thirlway // *International Law*. 1st edition; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – P. 136.

допоміжних джерел»¹. Причини переважної сили договорів над звичаями вчений бачить «у швидких змінах у міжнародному співтоваристві», які вплинули на традиційні уявлення про джерела міжнародного права взагалі та міжнародно-правові звичаї зокрема. Але головним чином, як впливає з його міркувань, на зміну таких «традиційних уявлень», які піднесли договори над іншими джерелами, вплинула поява великої кількості універсальних багатосторонніх договорів, що створили чіткі й загально визнані норми у найважливіших галузях міжнародного права².

Такого роду пояснення наведені в доктрині досить широко. Але на відміну від аргументації І. А. Ширера, який тлумачить п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду і намагається таким чином підвести юридичну підставу під ієрархію джерел, дані пояснення апелюють, головним чином, до якісної фактичної переваги того чи іншого джерела як особливого способу зовнішнього закріплення норми. І в цьому сенсі найбільшу підтримку має, звичайно, міжнародний договір. Так, О. Шахтер пов'язує достоїнства міжнародних договорів насамперед із процесами кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права. Він розглядає їх як еквівалент національних законодавчих процедур. Він пише: «На зміну невизначеному і повільному процесу звичаю, що формується із прецедентів, неодмінно заплутаних і обмежених [у кількості], уряди ведуть переговори і співробітничать у формулюванні норм і принципів, що відповідають усвідомлюваним потребам усього співтовариства держав. Тексти вносять визначеність і точність туди, де існували неясність і сумніви. Більше того, всі уряди мають можливість взяти участь у законодавчому процесі та висловити свою згоду або заперечити відповідно до своїх конституційних процедур. Жодна з цих можливостей не була доступна для всіх держав у створенні звичаєвого права»³.

У радянській і пострадянській українській юридичній літературі вказівка на зручність договірної форми закріплення норм міжнародного права в більшості випадків поєднана із вказівкою на її ідейну позитивістську основу: договір чіткіше і зрозуміліше, ніж будь-яке інше джерело, закріплює результати узгодження воль держав. Так, Г. І. Тун-

¹ Bernhardt, R. Customary International Law [Text] / R. Bernhardt // Encyclopedia of Public International Law / ed. by R. Bernhardt. – Vol. 1. – North-Holland et al. : Elsevier Science Publishers, 1992. – P. 899.

² Ibid.

³ Schachter, O. International Law in Theory and Practice [Text] / O. Schachter. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1991. – P. 66.

кін обґрунтовував головну роль міжнародних договорів у розвитку міжнародного права тим, що: а) питома вага договірних норм більша, ніж звичаєвих; б) міжнародний договір – це «явно виражена угода держав»; в) «у сучасний період швидких змін у всіх сферах міжнародного життя договір є особливо підходящим засобом конкретизації, розвитку, зміни або створення нових норм міжнародного права»¹.

С. Г. Пальчик бачить переваги міжнародного договору над міжнародно-правовим звичаєм у тому, що, по-перше, «у договорі в наш час виражено і закріплено значно більше, ніж у звичаї, норм і принципів міжнародного права», і по-друге, «договір є більш досконалою і зручною для застосування цих правових норм формою волевиявлення держав»².

Г. Д. Найко вважає, що зараз у зв'язку зі збільшенням норм договірної походження усе більше підсилюються тенденції до писаного права. Однак, на його думку, головною підставою висновку про переважну силу договірних норм права в порівнянні зі звичаєвими служить не це, а спрямованість воль держав. Він підкреслює: «Ця спрямованість визначає і буде визначати в кожному конкретному випадку народження, модифікацію або скасування норм міжнародного права. Угода держав є вирішальним етапом на шляху створення, зміни й скасування норм міжнародного права як договірних, так і звичаєвих. Саме волі держав, недвозначно виражені угодою, можуть служити єдиним обмеженням у дії різних явищ у сфері міжнародного нормоутворення»³.

М. Є. Черкес вважає «найбільш перспективною і виправданою» позицію, відповідно до якої міжнародно-правовий звичай не може служити основним джерелом міжнародного права, тому що він «менш динамічний, менш визначений, на відміну від договору»; також треба «враховувати зростання кодифікаційних процесів, що витісняють звичаєві норми»⁴.

У сучасній українській літературі найбільш розгорнута і досить типову характеристику переваг міжнародних договорів перед міжнародно-правовими звичаями навів М. О. Баймуратов. Спочатку він

¹ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 118.

² Пальчик, С. Г. Юридическая природа международного обычая [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Дону : б. и., 1984. – С. 14, 15.

³ Найко, Г. Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии) [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / Г. Д. Найко. – М., 1972. – С. 16.

⁴ Черкес, М. Е. Международное право [Текст] : учеб. пособие / М. Е. Черкес. – Харьков : Одиссей, 2006. – С. 40, 41.

указав на ті загальні причини, з яких міжнародні договори посідають основне місце в системі джерел міжнародного права:

а) «процес створення договірної норми в хронологічному плані коротший за процес створення звичаєвих норм. Крім того, волі суб'єктів міжнародного права при створенні договірної норми мають більш виражений характер»;

б) «процедура укладення, виконання та денонсації договорів детально розроблена і закріплена в кодифікованих міжнародно-правових актах (...);

в) «договірна форма надає більше можливостей для узгодження волі суб'єктів, ніж будь-яка інша»¹.

Далі вчений більш детально зупинився на відмінностях договорів і звичаїв, які, як він пише, «свідчать на користь договору як джерела міжнародного права, що найбільш повно відповідає потребам держав, їх інтересам, цілям подальшого розвитку самого міжнародного права в сучасну епоху»:

а) особливості способів створення договірної і звичаєвої норми (договір – це завжди активна взаємодія держав; міжнародно-правовий звичай може складатися як з активних, так і з «мовчазних» акцій);

б) «договір має чітко виражений у часі процес створення», а «процес становлення звичаю простежується важко, час його формування може бути зазначено лише приблизно»;

в) факт існування міжнародно-правової норми, втіленої в договорі, може бути підтверджений посиланням на відповідний документ. «Доказом же існування звичаєвої норми служить виключно практика держав або, принаймні, наявність будь-яких непрямих ознак, наприклад, переваг, що впливають з існування звичаю; включення звичаю у внутрішнє законодавство будь-якої держави або ряду держав; певні акції, які свідчать про те, що держава бажає від інших суб'єктів виконання і дотримання даного звичаю, а також така своєрідна форма доказу, як відсутність протесту проти певних дій держав, що застосовують звичай»;

г) особливості зовнішнього вираження даних джерел: договір припускає «наявність погодженого тексту, чітких логічних зв'язків, формувань, певної компактності, що дає можливість його промульгації», тому норми, втілені в договорі, на відміну від норм звичаєвих, можуть бути швидко відшукані й застосовані;

¹ Див.: Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 36, 35.

д) тлумачення писаної норми є зручнішим, ніж звичаєвої; тільки до писаної норми можуть бути заявлені застереження;

е) звичай завжди іде (створюється) за практикою, фіксує її, а «писана норма в ряді випадків сама створює практику, встановлюючи правила обов'язкової поведінки держави в нових галузях співробітництва або вносячи зміни в попередні норми»;

ж) «тільки з писаною нормою пов'язаний такий прогресивний інститут сучасного міжнародного права, як *кодифікація*»¹.

Із запропонованою аргументацією можна погодитися лише почасти. Насамперед викликає заперечення повне ототожнення закріплення норм міжнародного права в міжнародних договорах із закріпленням норм міжнародного права в писемній формі. Міжнародний договір є однією з часто використовуваних форм письмової фіксації міжнародно-правових зобов'язань. Крім нього формат писаних (друкованих) документів мають і юридично зобов'язуючі резолюції міжнародних міжурядових організацій, і односторонні акти держав, що стосуються добровільного прийняття ними міжнародно-правових зобов'язань в односторонній формі. Щодо міжнародно-правового звичаю усна форма вираження норм не може сприйматися буквально – як форма, що існує тільки «на словах». Загальновідомо, що лівову частку доказів звичаїв становлять різного роду документи, серед яких можуть бути і міжнародні договори, що як діють, так і втратили чинність. Отже, віднесення звичаїв до *lex non scripta* (як, власне, і сам поділ на *lex scripta* і *lex non scripta*) має певну частку умовності – звичай як джерело міжнародного права просто не має однієї суворо визначеної офіційної писаної форми вираження. Чи варто розцінювати це як його недолік?

Практика укладання міжнародних договорів свідчить, що одиничне, разове узгодження воль і інтересів держав, втілене в окремому міжнародному договорі, рідко означає повне вирішення тієї чи іншої проблеми міжнародних відносин. Після підписання договору (особливо багатостороннього) розбіжності сторін не зникають. «Досвід показує, – пише Г. М. Даниленко, – що в багатьох випадках багатосторонні конвенції ратифікуються менше ніж половиною держав, що беруть участь у їх підготовці»². Важливо додати, що переважна біль-

¹ Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – С. 38-40.

² Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – С. 132.

шість багатосторонніх договорів, про які йде мова, стали результатом кодифікації звичаєвих норм міжнародного права. На це вказує П. Маланчук і далі порушує питання: «чому ж держави не бажатимуть ратифікувати договір, якщо він просто підтверджує звичаєве право? Пояснити це можна інертністю та браком парламентського часу (якщо ратифікація потребує участі законодавчих органів, як це має місце в багатьох країнах). Більше того, кодифікувати звичаєве право може лише частина договору, і держава може відмовитися від ратифікації через те, що вона не згодна з іншими його частинами»¹.

Про те, що незгода держав – сторін договору може стосуватися не тільки тих його частин, які являють собою новели (у контексті прогресивного розвитку відповідної галузі міжнародного права), а й тих частин, які безпосередньо закріплюють існуючі звичаї, зазначає В. Г. Буткевич. При цьому він ставить під сумнів один із головних аргументів прихильників переваги міжнародних договорів – ясність і чіткість формулювань. Він пише: «Більшість договорів є результатом компромісу, якого вдалося досягти в результаті переговорів. Але часто це досягається за рахунок чіткості, ясності формулювання. Значна більшість принципів та універсальних норм міжнародного права навіть у найавторитетніших міжнародних угодах формулюється дещо звужено (на відміну від того, як вони функціонують століттями у звичаєвому міжнародному праві). Багато таких угод за кількістю її сторін часто поступаються відповідним міжнародним звичаям, які визнають сучасні суб'єкти міжнародного права»². Учений не згодний з розхожою думкою про те, що часовий період створення договірної норми є коротшим за тимчасовий період створення звичаєвої норми (як би важко не було його точно визначити). «Надто оптимістичними, – пише він, – є твердження про можливість оперативного врегулювання міжнародних відносин тільки завдяки міжнародному договору. Практика свідчить, що для підготовки і переговорів з метою укладення деяких багатосторонніх договорів були потрібні роки й десятиріччя. Особливо це є характерним для відносин роззброювання, контролю над озброєнням, заборони зброї масового знищення тощо»³.

Таким чином, переваги договірної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань дуже перебільшені. Зовнішня офіційна однора-

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 76.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 117.

³ Там само.

зова фіксація норм далеко не завжди може бути надійним засобом чіткого, ясного й оперативного встановлення міжнародних прав і обов'язків. Договір може виявитися «папером», що має мало спільного з реальними (фактичними) правовідносинами сторін, їх споконвічними інтересами і намірами. На противагу йому звичай набагато повніше відображає ці правовідносини, враховує не тільки слова (офіційні заяви, декларації і т. ін.), а й діяння суб'єктів (їх дії та бездіяльність). Звичаєва норма права корениться в суспільній свідомості, в усталених уявленнях про належне. Слова усні, як і слова писані, відбивають ступінь переконаності, впевненості в правомірності або, навпаки, неправомірності того чи іншого варіанта поведінки в міжнародних відносинах. А фактичне додержання їх надає цій поведінці реальності, перевіряє її і, як наслідок, або наділяє нормативними якостями, або відбраковує, підтверджуючи сумніви в надуманості та непрактичності. Тому договір широко визнаний не тільки як самостійне джерело міжнародного права, але і як допоміжний засіб для встановлення міжнародно-правового звичаю, чому присвячена величезна кількість наукової літератури. Інакше не буває. Звичай, виконуючи функцію зміни, доповнення, розвитку договору, завжди виступає як самостійний. Оскільки ця проблема у вітчизняній літературі досліджена недостатньо, зупинимося на ній докладніше.

5.2.2. Зміна і доповнення норм міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями

У внутрішньодержавних правових системах зміна і доповнення нормативно-правових актів являє собою процедуру, як правило, чітко регламентовану і тому цілком буденну. Правова норма в міру вичерпання своєї соціальної ролі з регулювання суспільних відносин або, можливо, з будь-яких інших (наприклад, політичних) міркувань, у встановленому порядку замінюється на правову норму іншого змісту.

У міжнародному праві зміна норм являє собою чималу складність. Приміром, заміна або зміна норм тільки в будь-якому двосторонньому міжнародному договорі може потребувати колосальних політичних і організаційно-технічних зусиль. Зміна ж змісту універсальних багатосторонніх договорів у переважній більшості випадків взагалі вважається справою безперспективною. Тому держави, виробляючи договірно-правову основу регулювання відносин між собою, прагнуть відточити відповідні формулювання, що називається, «на століття». Однак у сучасному світі це практично неможливо.

Інтенсифікація міжнародного співробітництва веде до появи таких форм взаємодії, які раніше були не передбачені. Одна справа, якщо вони йдуть у єдиному значенневому руслі з існуючими міжнародно-правовими договірними конструкціями, логічно розвивають їх. Інша справа, якщо вони суперечать їм, демонструють їх хибність. Єдиним дійовим способом корегування договірно-правового регулювання міжнародних відносин виявляються міжнародно-правові звичаї, але й до них у цьому випадку ставлення фахівців більш ніж обережне. Так, М. Діксон, розглядаючи ситуацію, коли звичай, який регулює ті ж відносини, що й договір, з'являється пізніше останнього, пише: «На практиці, імовірніше, що наступний звичай може змінити договірні зобов'язання держав-учасниць тільки в дуже виняткових обставинах, швидше за все тільки за наявності явної і переважаючої згоди між сторонами договору про те, що він має бути змінений»¹. Г. М. Даниленко пише з цього приводу: «Зміна договірних норм у результаті формування міжнародного звичаю відбувається досить рідко, зокрема, тому, що договори, як правило, передбачають порядок своєї зміни. Можна, імовірно, говорити про існування презумпції проти заміни договору звичаєм. Ця презумпція може бути відкинута тільки переконливими доказами, що свідчать про наміри сторін визнати в їх взаємних відносинах норми, що відрізняються від діючих до цього договірних норм»². Практика показала, що, з одного боку, зазначена презумпція не переросла в норму міжнародного права, а з другого боку – підтвердила правильність думки про труднощі та багатоаспектність проблеми зміни і доповнення міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями.

У Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. питанням зміни й доповнення договорів присвячена частина IV («Поправки до договорів і зміна договорів»), що складається з трьох статей (39–41). Загальне правило, що стосується виправлень до договорів, сформульоване у ст. 39: «Договір може бути змінено за угодою між учасниками». Статті 40 і 41 деталізують цю норму. Стаття 40 визначає порядок внесення виправлень у багатосторонні договори. Стаття 41 передбачає ситуацію, за якої угоди про зміну багатостороннього договору укладають між собою два або три його учасники. Жодна зі

¹ Dixon, M. Textbook on International Law [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 34.

² Даниленко, Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 1) [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 21.

статей частини IV можливість змінити положення міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями прямо не передбачає.

Частково право на зміну деяких положень чинного міжнародного договору впливає з логічного тлумачення статей 44, 53 і 64, які містяться в частині V («Недійсність, припинення і зупинення дії договору») Віденської конвенції 1969 р. Його зміст зводиться до такого: поява в міжнародному праві *нової* імперативної норми (*jus cogens*) не у всіх випадках веде до повного скасування міжнародних договорів, які містять положення, що прямо суперечать цій нормі; за наявності низки умов, що стосуються, передусім структурно-логічної побудови тексту чинного договору, можуть бути скасовані тільки ті його (переважно другорядні) положення, які суперечать новій імперативній нормі, а сам договір у цілому залишиться юридично чинним¹.

У зв'язку з тим, що основним способом закріплення норм *jus cogens* є міжнародно-правові звичаї, можна зробити висновок, що в деяких випадках норми Віденської конвенції 1969 р. допускають зміну положень норм міжнародних договорів звичаськими нормами.

Разом з тим слід мати на увазі, що формування нової імперативної норми являє собою складний і тривалий процес. Такі норми не з'являються одномоментно, навіть незважаючи на їх очевидну високу соціальну значущість для прогресивного розвитку загального міжнародного права. Можна згадати, приміром, з якими труднощами пробивають собі дорогу на шляху загального юридичного визнання норми, які забезпечують права людства на здорове навколишнє середовище². Тому такі випадки – велика рідкість.

Інша справа, коли звичаї, що формуються, не є імперативними. Як і норми *jus cogens*, вони втілюють якесь одне правило поведінки. Г. В. Ігнатенко точно зауважив: «Договір концентрує певну сукупність тематично однорідних норм, а звичай – це майже завжди одна норма»³.

¹ Див.: Щерба, Г. А. Делимость положений международного договора в случае его недействительности [Текст] / Г. А. Щерба // Сов. ежегодник междунар. права, 1977. – М. : Наука, 1979. – С. 259; Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 2: кн. 3: Международные отношения. – С. 177; Талалаев, А. Н. Некоторые вопросы теории международного договора на Венской конференции ООН [Текст] / А. Н. Талалаев // Сов. ежегодник междунар. права, 1970. – М. : Наука, 1972. – С. 124, 125.

² Див., напр.: Berat, L. Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law [Text] / L. Berat // Boston University International Law Journal. – Fall 1993. – Vol. 11, № 2. – P. 329–340; Birnie P. W. International Law and the Environment [Text] / P. W. Birnie, A. E. Boyle. – N. Y., U.S.A. : Oxford University Press Inc., 1992. – P. 1–31.

³ Международное право [Текст] : учеб. для вузов / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, О. И. Тиунов и др. ; под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 1995. – С. 96.

Але при цьому вони не мають такої ж універсальної загальнолюдської морально-правової цінності, як норми *jus cogens*. Тому не договір пристосовується під нову імперативну норму, як у першому випадку, а відбувається до певної міри зворотний процес – нова звичаєва норма підлаштовується під дію договору, вичленовуючи з нього і змінюючи в ньому те, що не пройшло випробування практикою застосування. Не випадково вчені, які вивчали дану тему, стверджують, що в більшості випадків міжнародно-правові звичаї як би корегують чинний міжнародний договір, адаптують його до нових умов¹.

Якого роду можуть бути зміни? Вбачається, що можливі два варіанти.

Варіант перший – норми звичаю уточнюють і надолужують формулювання міжнародного договору.

Постійна палата міжнародного правосуддя кілька разів у своїй діяльності констатувала уточнення положень міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями. Так, у консультативному висновку в справі про юрисдикцію Європейської Дунайської комісії на ділянці між Галацом і Браїлою (1927 р.) Постійна палата дійшла висновку, що, незважаючи на відсутність відповідних повноважень в міжнародних договорах, які регулюють діяльність Європейської Дунайської Комісії (Паризький договір 1856 р., Берлінський договір 1878 р., Лондонський договір 1883 р., відповідні положення Версальського договору 1919 р., Статут Європейської Дунайської Комісії 1921 р.), вона має необхідні юрисдикційні повноваження на зазначеній ділянці Дунаю на підставі практики, що склалася у звичай, визнаний всіма заінтересованими сторонами².

У консультативному висновку в справі про Вільне місто Данциг і Міжнародну організацію праці (далі – МОП) (1930 р.) Постійна палата з'ясувала право Данцига, міжнародні відносини якого на підставі Версальського договору 1919 р. і Паризького договору між Польщею та Данцигом 1920 р. контролювала Польща, виявити самостійну волю і вступити до МОП. Постійна палата не знайшла чіткої вказівки на це право у зазначених договорах, але констатувала його наявність

¹ Див.: Лукашук, И. И. Источники международного права [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Юрид. фак. КГУ им. Т. Г. Шевченко, 1966. – С. 76; Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 85.

² Див.: Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – № 14, December 8th, 1927 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. – P. 17.

з «практики, що, як зараз видається, добре усвідомлюється обома Сторонами, яка поступово сформувалася на основі рішень Верховного Комісара (High Commissioner) і відповідних угод і договорів, укладених між сторонами під егідою Ліги [Націй]»¹.

У діяльності Міжнародного суду ООН можна виділити справу *про храм Пра Вайхеа (Камбоджа проти Таїланду, 1962 р.)*, в якій Суд дійшов висновку, що Таїланд, який не протестував «протягом багатьох років» проти делімітації кордону на одній з географічних карт, що закріплювала розташування храму на стороні Камбоджі, мовчазно погодився з цим².

Факти заповнення прогалин міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями відзначають деякі вчені. Наприклад, В. М. Лихачов, розглядаючи питання про взаємодію договірних і звичаєвих норм у процесі заповнення прогалин у міжнародно-правовому регулюванні різних сфер міжнародного співробітництва, вказує на випадки, коли за допомогою звичаїв уточнювався зміст недостатньо чітко сформульованих положень міжнародних договорів. «Прикладом цього, – пише вчений, – може служити історія кодифікації міжнародного морського права. До прийняття Конвенції ООН з морського права 1982 р. звичай сприяв кристалізації низки норм, яких не було в Конвенціях 1958 р. або які були сформульовані там нечітко, що нерідко викликало спори держав (наприклад, зовнішня межа континентального шельфу, ширина територіальних вод та ін.)»³.

Однак найчастіше питання про заповнення прогалин у міжнародному договірно-правовому регулюванні порушується у зв'язку з розширеним тлумаченням статутів міжнародних міжурядових організацій. Держави-засновники, закладаючи у статут організації міжнародно-правову основу майбутнього багаторічного співробітництва, об'єктивно не в змозі передбачати всі політичні ситуації, з якими вона зіштовхнеться. Тому рано чи пізно тема розширеного тлумачення постає на порядку денному будь-якої міжнародної організації.

¹ Free City of Danzig and International Labour Organization. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – No. 18. August 26th, 1930 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1930. – P. 12–13.

² Див.: Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962 // I.C.J. Reports 1962. – P. 6.

³ Лихачев, В. Н. О взаимодействии договорных и обычных норм международного права в процессе восполнения его пробелов [Текст] / В. Н. Лихачев // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 270.

Утім, якими є межі розширеного тлумачення? На якому етапі воно починає виходити за межі здорового глузду, тобто добросовісного тлумачення норм міжнародного договору (так, як це безпосередньо пропонує п. 1 ст. 31 Віденської конвенції 1969 р.)?

Звернемося до досвіду Організації Об'єднаних Націй. Уже в перші роки її діяльності в консультативному висновку Міжнародного суду в справі про відшкодування збитку, понесеного на службі в ООН, від 11 квітня 1949 р. була офіційно закріплена компетенція, «що мається на увазі» (*implied competence*), Об'єднаних Націй: «За міжнародним правом повинно передбачатися, що Організація має такі повноваження, які, хоча вони прямо й не передбачені Статутом, надані їй у силу логіки речей як істотно необхідні для виконання її обов'язків»¹. У консультативному висновку також указувалося, що права й обов'язки такого утворення, як ООН, «повинні визначатися його цілями та функціями, як вони визначені або маються на увазі в основних документах і набули розвитку на практиці»².

Такий консультативний висновок, з одного боку, вніс деяку ясність у дискусію, викликану цією справою, між прихильниками компетенції, «що мається на увазі», і «іманентної» компетенції³, але, з другого боку, не вказав на чіткі орієнтири, які могли б служити вододілом між розширеним («що мається на увазі») і майже необмеженим («іманентним») тлумаченням Статуту ООН. О. О. Шибаєва у зв'язку з цією справою зазначала: «Головний недолік консультативного висновку в частині, що стосується правосуб'єктності ООН, був у тому, що Суд, ставши на позиції розширеного тлумачення Статуту ООН, визнав можливість для ООН «компетенції, яка мається на увазі», без будь-яких застережень про випадки її застосування. На його думку, повноваження (компетенція) міжнародної організації, які маються на увазі, повинні впливати з повноважень, зафіксованих у її установчому акті, і застосовуватися тільки тоді, коли вони необхідні для здійснення делегованих повно-

¹ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion of 11 April 1949 // ICJ Reports, 1949. – P. 182.*

² Там само. – P. 180.

³ Див.: Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 288–297; Шибаева, Е. А. Правовой статус межправительственных организаций [Текст] / Е. А. Шибаева. – М. : Юрид. лит., 1972. – С. 23–28; Sohn, L. B. The UN System as Authoritative Interpreter of Its Law [Text] / L. B. Sohn // *United Nations Legal Order*; ed. by O. Schachter and C.C. Joyner. Vol. 1. – UK: Cambridge University Press, 1995. – P. 169–229.

важень і з тих питань діяльності організації, які не є головними (виділене мною. – Ю. Ц.)»¹.

Які ж питання діяльності міжнародної організації можуть розглядатися як неголовні, особливо, якщо мається на увазі ООН? Консультативний висновок Міжнародного суду в справі про силу рішень про компенсацію, присуджувану Адміністративним Трибуналом ООН, від 13 липня 1954 р., який підтвердив право органів організації діяти на основі компетенції, «яка мається на увазі», не тільки не вніс ясність у дану проблему, але й, навпаки, ускладнив її. Вбачається, що саме в такий спосіб можна розцінювати основний аргумент Суду на користь права Генеральної Асамблеї на створення зазначеного Трибуналу: «Статут не містить визначеного положення для заснування судових органів, але і не має на увазі зворотного»².

Крім цього компетенцією, «яка мається на увазі», обґрунтовувалося ухвалення Генеральною Асамблеєю резолюції 377 (V) від 3 листопада 1950 р. «Єдність на користь миру», відповідно до якої збройні підрозділи ООН могли використовуватися не тільки за рішенням Ради Безпеки, а й за рішеннями Генеральної Асамблеї, що прямо суперечило Статуту ООН; заснування Генеральною Асамблеєю на підставі ст. 22 Статуту, яка наділяє її правом засновувати допоміжні органи, Конференції ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД) (резолюція ГА ООН 1995 (XIX) від 30 грудня 1964 р.), що одержала повноваження, які дозволили в доктрині кваліфікувати її як автономну міжнародну міжурядову організацію³; створення Радою Безпеки ООН без чітко прописаних у Статуті ООН на те повноважень Міжнародних трибуналів з колишньої Югославії (резолюція 827 (1993)) і Руанди (резолюція 955 (1994)) та ін.

Як вбачається, розширення сфер діяльності міжнародних організацій за рахунок постійного домислення повноважень не може бути безмежним. Це прямо суперечить принципу *pacta sunt servanda*. У цьому сенсі можна повністю погодитися з Г. І. Тункіним, який зазначав, що «немає таких міжнародних організацій, статuti яких уповноважували б міжнародні організації використовувати будь-які засоби для досягнення

¹ Шибаева, Е. А. Правовой статус межправительственных организаций [Текст] / Е. А. Шибаева. – М. : Юрид. лит., 1972. – С. 25.

² Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal. Advisory Opinion of 13 July 1954 // I.C.J. Reports, 1954. – P. 55.

³ Див.: Вельяминов, Г. М. Правовое урегулирование международной торговли [Текст] / Г. М. Вельяминов. – М. : Междунар. отношения, 1972. – С. 52, 53.

зазначених цілей»¹. Визнання можливості доповнення (що за своєю суттю являє собою зміну) положень міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями – єдиний вихід з такого роду ситуацій.

Як зміну міжнародних договірних норм звичаєвими слід розглядати практику міжнародних організацій, що явно виходить за межі їх статутних повноважень. Так, І. І. Лукашук, розглядаючи юридичні підстави заснування Радою Безпеки ООН трибуналів з колишньої Югославії та Руанди, вже не звертається до концепції компетенції, «що мається на увазі» (так, як це зробила, наприклад, Апеляційна палата Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії²), а логічно підводить до думки про формування міжнародно-правового звичаю, який «узаконив» даний вихід: «Найбільш широким тлумаченням Радою своїх повноважень з'явилося, мабуть, заснування міжнародних трибуналів з колишньої Югославії та Руанди. Їх необхідність диктувалася інтересами захисту прав людини, попередженням масових злочинів проти людяності. Заснування трибуналів за допомогою договорів потребувало б багатьох років. Єдиною реальною можливістю виявилися рішення Ради Безпеки. Вони явно виходили за межі її повноважень за Статутом. Проте члени ООН їх мовчазно визнали і тим самим легалізували дії Ради»³.

Таке обґрунтування здається точнішим, ніж, наприклад, запропоноване Н. В. Дрьоміною, яка також спеціально вивчала дане питання⁴. Вона дійшла висновку, що хоча в Статуті ООН не було прямих вказівок на правомочність Ради Безпеки із заснування трибуналів з колишньої Югославії і Руанди, глава VII Статуту ООН все-таки дозволяє Раді «реалізувати ідею міжнародної юрисдикції, здійснюваної ім'ям світового співтовариства»⁵. Н. В. Дрьоміна пише: «Юрисдикція, здійснювана «ім'ям світового співтовариства», є загальнообов'язковою. В її основі лежить універсальна злочинність дій, що підлягають переслідуванню, їх масштаб і небезпека для миру й безпеки людства. Такі злочини є міжнародними злочинами, широкомасштабними і тяжкими

¹ Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 290.

² Див.: Блищенко, И. П. Прецеденты в международном публичном и частном праве [Текст] / И. П. Блищенко, Ж. Дориа. – 2-е изд., доп. – М. : Издат. МНИМП, 1999. – С. 285–293.

³ Лукашук, И. И. Глобализация и международное сообщество [Электронный ресурс] // Право и политика. – 2000. – № 4. – Режим доступа: <http://zakon.rin.ru/cgi-bin/view.pl?midr=481&id=580&npage=5&pagein=3>

⁴ Дрьоміна, Н. В. Юрисдикція міжнародних кримінальних судів і трибуналів [Текст] : монографія / Н. В. Дрьоміна. – О. : Фенікс, 2006. – С. 54–68.

⁵ Там само. – С. 67.

зазіханнями на загальнолюдські цінності. Загальнообов'язкова юрисдикція ґрунтується на загальному міжнародному праві й допускає обмеження суверенітету держав без їх згоди. Вона має первинний, а не похідний характер, і повинна мати пріоритет над юрисдикцією держав»¹.

Такий підхід переконливо пояснює важливість і причини швидкого заснування трибуналів для ефективного забезпечення неминучості покарання за здійснення найбільш тяжких міжнародних правопорушень – міжнародних злочинів. Однак він не повинен підмінювати собою відсутність чітких і недвозначних норм у Статуті ООН. Позиції держав – членів ООН, які своєю поведінкою погодились з утвердженням і подальшим існуванням трибуналів, повинні розглядатися як головна правова підстава їх діяльності, а не думка самих трибуналів про свою власну юрисдикцію.

Варіант другий – скасування деяких положень міжнародних договорів за допомогою міжнародно-правових звичаїв.

Саме цей варіант перш за все мала на увазі Комісія міжнародного права ООН, коли заклдала у проект тексту статей з права договорів – майбутньої Віденської конвенції 1969 р. – норму такого змісту: «Договір може бути змінений подальшим виникненням нової норми звичаєвого права, що стосується питань, які є предметом договору, і зобов'язує всі сторони»². Однак держави, побоюючись ослаблення стабільності договірних норм, висловилися проти неї³.

Відсутність запропонованої Комісією міжнародного права норми в остаточному варіанті тексту Конвенції з права міжнародних договорів не вирішило і не усунуло проблеми. Учені, як і раніше, переконані в тому, що зміна норм міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями, хоча і є рідкісним випадком, але в той же час таким, що зустрічається в реальному житті. Наприклад, С. В. Черніченко на його підтвердження посилається на практику держав – учасниць Чиказької конвенції 1944 р., що суперечить її ст. 5, яка передбачає можливість нерегулярних польотів іноземних повітряних суден для некомерційних цілей у повітряному просторі учасників конвенції без одержання доз-

¹ Дрьоміна, Н. В. Юрисдикція міжнародних кримінальних судів і трибуналів [Текст] : монографія / Н. В. Дрьоміна. – О. : Фенікс, 2006. – С. 68.

² Report of the International Law Commission covering the work of its 16th session, 11 May – 24 July 1964. Document A/5809 [Text] // Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. II. – P. 198.

³ Див.: Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [Текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 134.

волу. С. В. Черніченко зазначає, що «багато учасників Чиказької конвенції допускають такі польоти тільки в дозвільному порядку»¹.

Таким чином, питання про те, як відрізнити порушення міжнародного договору від його зміни міжнародно-правовим звичаєм, як і раніше залишається на порядку денному науки міжнародного права.

З повною впевненістю можна стверджувати, що загальне правило полягає в тому, що міжнародно-правовий звичай, який змінює норму міжнародного договору, має задовольняти всім основним вимогам, які висуваються для встановлення даного виду норм міжнародного права. А. М. Талалаєв, досліджуючи це саме питання, підкреслює: «Оскільки всякі зміни в міжнародному договорі можуть здійснюватися тільки юридичним шляхом, то й практика держав у цьому випадку також повинна мати не фактичний, а юридичний характер, тобто бути такою, що веде до утворення міжнародно-правового звичаю»².

З цього випливає, що практика, яка суперечить договірній нормі, не буде розглядатися як її порушення тільки в тому випадку, якщо вона одержить юридичне визнання (*opinio juris*) з боку учасників договору. Зрештою, держави – сторони договору самі ухвалюють рішення щодо того, порушений він чи ні.

Чи всі учасники міжнародного договору повинні висловити згоду на його зміну за допомогою міжнародно-правового звичаю?

Усе залежить від того, чи претендує норма міжнародного права, яка формується, на статус імперативної, чи ні. Якщо претендує, то визнання абсолютно всіх держав – суб'єктів міжнародного права не потрібно. Ця позиція одержала глибоке теоретичне обґрунтування в остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, який діяв у межах Асоціації міжнародного права³.

Якщо ж створювана міжнародна звичаєво-правова норма не буде імперативною, то міжнародна практика свідчить на користь установалення думки всіх учасників того чи іншого міжнародного договору. Так, у нормі, запропонованій Комісією міжнародного права, говориться про «виникнення нової норми звичаєвого права... зобов'язуючої всі

¹ Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 85.

² Талалаев, А. Н. Международные договоры в современном мире [Текст] / А. Н. Талалаев. – М. : Междунар. отношения, 1973. –С. 211.

³ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – 66 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

(виділено мною. – Ю. Щ.) сторони договору»¹. У зазначених консультативних висновках Постійної палати міжнародного правосуддя і рішенні Міжнародного суду ООН також або заявлялася, або логічно передбачалася одностайна згода всіх заінтересованих учасників. Наприклад, у *консультативному висновку Постійної палати в справі про юрисдикцію Європейської Дунайської Комісії (1927 р.)* міститься чітке формулювання: «Ці умови... просто виникли у зв'язку зі звичаєм (*usage*), що має юридичну чинність, і згодом застосованим з одностайної (*unanimous*) згоди всіх заінтересованих держав»².

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що, незважаючи на відсутність у Віденській конвенції з права міжнародних договорів 1969 р. норм, які прямо передбачали б 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.

5.3. Міжнародно-правовий звичай і резолюції міжнародних міжурядових організацій

У сучасній міжнародно-правовій доктрині та практиці загально-визнана роль резолюцій міжнародних міжурядових організацій як одного з найважливіших джерел доказів наявності міжнародно-правових звичаїв. Значною мірою таке визнання відбулося завдяки діяльності Міжнародного суду ООН, який у низці своїх рішень використав резолюції Генеральної Асамблеї ООН для підтвердження існування норм загального міжнародного права.

Так, у п. 188 рішення в справі *про військовоу та напіввійськовоу діяльність в і проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США, 1986 р.)* Суд

¹ Report of the International Law Commission covering the work of its 16th session, 11 May – 24 July 1964. Document A/5809 [Text] // Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. II. – P. 198.

² Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. Advisory Opinion. PCIJ, Series B. – № 14. December 8th, 1927 [Text] // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. – P. 17.

заявив, що «*opinio juris* може, з усіма необхідними застереженнями, бути виведене з, *inter alia*, відносин сторін і відносин держав стосовно певних резолюцій Генеральної Асамблеї і особливо резолюції 2625 (XXI), озаглавленої «Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй». Вплив згоди з текстом таких резолюцій не може розумітися просто як «багаторазове повторення або роз'яснення» договірних зобов'язань, гарантованих Статутом. Навпаки, вони можуть розумітися як прийняття цінності норми або зводу норм, що декларуються самими резолюціями»¹. У пункті 69 консультативного висновку в справі *про правомірність загрози або використання ядерних озброєнь (1996 р.)* Суд зробив таке твердження: «Суд відзначає, що резолюції Генеральної Асамблеї, навіть якщо вони не є зобов'язуючими, являють собою важливе свідчення встановлення існування норми або появи *opinio juris*»².

Важливо підкреслити, що Міжнародний суд урахував резолюції Генеральної Асамблеї не як єдиний засіб доведення шуканої звичаєвої норми, а як один із засобів. Крім вищенаведених рішень Міжнародний суд продемонстрував свою переконаність у цьому в своєму консультативному висновку *про правові наслідки для держав у зв'язку з тривалою присутністю Південної Африки в Намібії (Південно-Західній Африці) всупереч резолюції Ради Безпеки 276 (1970)*. При встановленні принципу самовизначення націй і народів він послався на Декларацію про надання незалежності колоніальним країнам і народам, ухвалену Генеральною Асамблеєю ООН резолюцією 1514 (XV) 14 грудня 1960 р., як на «важливу стадію в його розвитку» (para. 52)³. Суд також заявив, що «неможливо не брати до уваги політичної історії підмандатних територій у цілому»⁴.

На таке комплексне тлумачення резолюцій міжнародних організацій у контексті іншої практики звернули увагу фахівці. Наприклад, П. Маланчук зазначав: «Будь-яка резолюція, ухвалена на будь-якій

¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 99–100.

² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996 // I.C.J. Reports 1996. – P. 254–255.

³ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion of 21 June 1971 // I.C.J. Reports 1971. – P. 31.

⁴ Ibid.

нараді будь-якої міжнародної організації, ніколи не є неспростовним доказом норми звичаєвого права. Вона має перевіритися разом з усіма іншими існуючими доказами такої норми, після чого може виявитися, що ця резолюція є неправильним твердженням. Урешті-решт, за відсутності відповідної практики просто заява про нібито існування норми є не достатнім доказом, а ні чим іншим, як спробою з боку держав обґрунтувати свої позиції»¹.

Разом з тим спроби держав надати рекомендаційним резолюціям міжнародних міжурядових організацій особливе юридичне значення породили і широко популяризували в доктрині міжнародного права ідеї про новий особливий шлях формування міжнародно-правових звичаїв за їх допомогою. Його суть полягає в тому, що рекомендаційні резолюції ледве не з моменту прийняття головними органами міжнародних організацій самі по собі, без великої й тривалої фактичної практики можуть породжувати міжнародно-правові звичаї (М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, І. І. Лукашук, П. В. Саваськов, В. М. Шумілов). Чимало вчених, до речі, стосовно таких рекомендаційних резолюцій висловило ще більш радикальну думку – що вони в деяких особливих випадках можуть і навіть повинні розглядатися як юридично зобов'язуючі й, отже, виступати як самостійні джерела міжнародного права (Ф. І. Кожевніков, С. Б. Крилов, М. М. Мінасян, Г. І. Морозов, Г. І. Тункін, Д. І. Фельдман, М. В. Яновський).

Поява таких думок багато в чому викликана тими нечисленними фактами, що мали місце в діяльності Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (ГА ООН), коли вона ухвалювала рекомендаційні резолюції переважною більшістю голосів або одностайно, а зміст резолюцій, як правило, стосувався вирішення найважливіших проблем міжнародного співробітництва і був розрахований на утвердження в міжнародному праві нових універсальних норм (наприклад: резолюція 217 А (III) від 10 грудня 1948 р. «Загальна декларація прав людини», резолюція 1962 (XVIII) від 13 грудня 1963 р. «Декларація правових принципів, що регулюють діяльність держав з дослідження та використання космічного простору», резолюція 2625 (XXV) від 24 жовтня 1970 р. «Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй», резолюція 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р. «Визначення агресії», резолюція 3201 (S-VI) від

¹ Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук : пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – С. 93.

1 травня 1974 р. «Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку», резолюція 3281 (XXIX) від 12 грудня 1974 р. «Хартія економічних прав і обов'язків держав» та деякі інші).

Учені, які дотримуються думки, що рішення міжнародних організацій, ухвалені одностайно або переважною більшістю голосів, слід розглядати як юридично обов'язкові, іноді формулювали її досить безапеляційно. Так, Д. І. Фельдман і М. В. Яновський писали: «Що стосується резолюцій Генеральної Асамблеї, які являють собою одностайне тлумачення положень Статуту, то... таке тлумачення, виходячи з елементарної юридичної логіки, буде мати обов'язковий для держав-членів характер»¹.

Н. М. Мінасян не заперечує, що рішення Генеральної Асамблеї, ухвалені у формі резолюцій відповідно до статей 10, 11 і 14 Статуту ООН, мають рекомендаційний характер. Разом з тим, погоджуючись з думками Ф. І. Кожевникова та Є. О. Коровіна про обов'язковість резолюцій Асамблеї, ухвалених одностайно, зауважує: «Але рекомендації, які стосуються підтримки міжнародного миру й безпеки народів, роззброювання та інших найважливіших питань міжнародного життя, мають не факультативний, а обов'язковий характер для членів ООН»². Свій загальний висновок з цього питання М. М. Мінасян сформулював більш широко: «Рішення Генеральної Асамблеї ООН та інших міжнародних організацій являють собою джерела міжнародного права і є обов'язковими для держав лише в тому випадку, якщо вони відповідають загальним принципам міжнародного права, Статуту ООН і спрямовані на забезпечення мирного співіснування та розвиток співробітництва країн безвідносно до їх соціальних систем»³.

Г. І. Морозов також вважає, що деякі резолюції Генеральної Асамблеї ООН виходять за межі звичайних рекомендацій і набувають обов'язкової сили для членів цієї організації. При цьому він зазначає, що «дане положення, якщо до нього додати необхідність ухвалення зазначених резолюцій голосами всіх її членів або передбаченою Статутом більшістю, включаючи голоси всіх постійних членів Ради Безпеки, охоплює всі або майже всі позитивні резолюції, ухвалені Генеральною Асамблеєю»⁴.

¹ Фельдман, Д. И. Генеральная Ассамблея ООН и вопросы развития международного права [Текст] / Д. И. Фельдман, М. В. Яновский. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1968. – С. 277.

² Мінасян, Н. М. Источники современного международного права [Текст] / Н. М. Мінасян. – Ростов н/Дону : Изд-во Ростов. ун-та, 1960. – С. 126.

³ Там само. – С. 128.

⁴ Морозов, Г. И. Международные организации. Некоторые вопросы теории [Текст] / Г. И. Морозов. – 2-е изд., доп. – М. : Мысль, 1974. – С. 280.

Г. І. Тункін підводить до цієї позиції набагато більш обережно, з різними застереженнями й умовами. Спочатку він начебто погоджується з тим, що рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї ООН (далі — ГА ООН), ухвалені одногосно або більшістю голосів, не є юридично обов'язковими: «Звідси ще не випливає, що результатом такого голосування є норма міжнародного права. Остання виникає лише тоді, коли є узгодження воль держав щодо визнання того чи іншого правила як норми міжнародного права»¹. Однак далі вчений виділяє якісь особливі рекомендаційні резолюції ГА ООН, які також ухвалені у зазначений спосіб, але стосуються вже тільки тлумачення Статуту ООН. На його думку, «резолюція Генеральної Асамблеї щодо тлумачення тих чи інших постанов Статуту ООН, прийнята голосами всіх членів ООН, є обов'язковою»². Пояснення таке: «Дійсно, тлумачення тієї або іншої постанови Статуту ООН стає обов'язковим тільки в тому випадку, якщо воно визнане всіма або майже всіма членами ООН, включаючи членів Ради Безпеки. Юридична обов'язковість визначається цим визнанням, що може бути виражено різним шляхом, зокрема звичаєвим. Голосування за резолюцію, що дає тлумачення Статуту, є одним зі способів такого визнання, і резолюція, ухвалена одностайно, являє собою свідчення загального визнання відповідного тлумачення»³.

Ці міркування викликають такі заперечення.

По-перше, статут регулює всю діяльність міжнародної організації, тому будь-яка її резолюція є результатом тлумачення положень статуту. Причому положень, присвячених як процедурним, так і непроцедурним питанням.

Рекомендаційні резолюції спрямовані на врегулювання непроцедурних питань. Вони найбільш складні, найбільш делікатні й тому вимагають максимальної концентрації зусиль членів організації, максимальної гнучкості в політичному діалозі між ними при виробленні тексту резолюцій. Зазначимо, що сама поява після Другої світової війни саме рекомендаційних рішень розглядалася як значний прорив у розвитку такої організаційно-правової форми міжнародного співробітництва, як міжнародні міжурядові організації. Саме вони стали підсумком глибокого аналізу недоліків функціонування Ліги Націй і забезпечили

¹ Тункін, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 145.

² Там само. – С. 152.

³ Там само.

шлях поступок і компромісів у рамках ООН¹. Тому з великою часткою впевненості можна припустити, що якби в Статуті ООН містилися норми про обов'язкову юридичну силу резолюцій ГА ООН, ухвалених одноставно або переважною більшістю голосів (наприклад, 3/4 або 4/5), то підсумки голосувань за них та, власне, і зміст документів, імовірно, були б іншими.

При визначенні юридичної сили того чи іншого рішення міжнародної організації завжди необхідно суворо додержуватися положень її статуту. У цьому сенсі, якщо говорити про юрисдикційну і предметну компетенції Генеральної Асамблеї ООН, доречно звернутися до відповідного аналізу, зробленого Г. К. Єфімовим. Він указує, що одні рішення ГА мають обов'язкову силу для членів організації, інші – рекомендаційну. Перші – це резолюції, що стосуються правил процедури ГА (ст. 21), затвердження бюджету організації та розподілу витрат між її членами (ст. 17), прийому держав до членів ООН за рекомендацією Ради Безпеки (ст. 4), призупинення прав члена ООН (ст. 5), затвердження угод з опіки (ст. 16, 79, 85), а також угод між ООН і спеціалізованими установами (ст. 63). Інші – це резолюції з питань підтримання миру й безпеки, ухвалені відповідно до статей 10, 11, 13 і 14 Статуту ООН. Учений пише про останні: «Це найбільш численна група рішень Асамблеї, що зачіпає найважливіші питання діяльності ООН і викликає різну оцінку з правової характеристики. Вивчення цієї групи рішень показує, що вони за своїм характером є рекомендаційними й, отже, як правило, не несуть юридичного зобов'язання»².

Разом з тим слід зазначити, що Г. К. Єфімов припускає можливість того, що деякі рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї, які містять тлумачення та розвиток принципів і норм міжнародного права, можуть мати особливе юридичне значення. Однак у цьому випадку він зазнає явного браку аргументів, тому висловлює свою думку не у стверджувальній, а в можливій формі, підкреслюючи роль майбутньої практики міжнародних відносин. Він пише: «Незважаючи на свій декларативний характер, такі резолюції, спрямовані на закріплення норм міжнародного права, за умови голосування за них держав двох систем, ідуть набагато далі інших рекомендацій і скоріше зможуть закріпити-

¹ Див., напр.: Зайцева, О. Г. Международные межправительственные организации [Текст] / О. Г. Зайцева. – М. : Наука, 1983. – С. 36, 37, 78–86; Морозов, Г. И. Международные организации. Некоторые вопросы теории [Текст] / Г. И. Морозов. – 2-е изд., доп. – М. : Мысль, 1974. – С. 16.

² Єфімов, Г. К. Генеральная Ассамблея ООН [Текст] / Г. К. Єфімов. – М. : Международный. отношения, 1969. – С. 84.

ся в практиці як юридично обов'язкові рішення Генеральної Асамблеї»¹. Якщо суворо додержуватися логіки вченого, то в момент прийняття таких резолюцій-рекомендацій юридично обов'язковими вони все-таки не є.

По-друге, не можна погодитися з тією інтерпретацією голосування за резолюцію, що фактично означає одночасне визнання за її положеннями сили норм звичаєвого міжнародного права (наприклад, Г. І. Тункін хоча й стверджує, що визнання юридичної обов'язковості за рекомендаційними резолюціями «може бути виражено різним шляхом» і «звичаєвий шлях» є одним з них, по суті, це єдиний шлях, тому що договірний спосіб закріплення норм міжнародного права виключає саму постановку питання про наділення юридичною силою рекомендаційних резолюцій міжнародних організацій). Звичайно, голосування за будь-який документ за логікою є наслідком визнання положень, що містяться в ньому, згоди з ними. Це правильно для будь-якого нормативно-правового акта. Але якщо мова йде про те, що він містить норми міжнародного звичаєвого права, голосування за нього повинне розглядатися тільки як один з доказів існування будь-якого звичаю. Він може бути одним з найавторитетніших, але не може бути єдиним.

Тут повністю погоджуємося з Г. М. Даниленком, який зазначає: «Якщо ж заздальгідь презюмувати істинність всіх положень, що містяться в резолюції і встановлюють, що дана резолюція декларує існуюче звичаєве право, то це означало б, що навіть нові норми, які можуть міститися в цій резолюції, є вже діючими нормами міжнародного звичаєвого права. Це вело б до введення в міжнародну систему законодавства в прихованій формі»².

Незважаючи на вельми вагомні аргументи, активна спроба такого «введення» спостерігається в теорії та практиці сучасного міжнародного права за допомогою розвитку *теорії миттєвого (моментального) звичаю*. Згідно з останньою в деяких випадках міжнародно-правові звичаї з'являються дуже швидко (миттєво), без будь-якої тривалої фактичної практики, а то й зовсім без неї. Головне – єдина позиція держав стосовно правомірності будь-якого правила поведінки. У переважній більшості випадків найбільш красномовно свідчать про таку позицію, на думку прихильників теорії, рекомендаційні резолюції міжнародних організацій і головним чином рекомендаційні резолюції ГА

¹ Ефимов, Г. К. Генеральная Ассамблея ООН [Текст] / Г. К. Ефимов. – М. : Международная организация, 1969. – С. 86–87.

² Даниленко, Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М. : Наука, 1983. – С. 159.

ООН, ухвалені більшістю голосів або одностайно. Стверджується, що вже саме згадування в резолюції того або іншого правила поведінки, незалежно від того, чи мало воно широке поширення в міжнародних відносинах до цього чи ні, наділяє його властивостями міжнародно-правового звичаю.

Як характерні приклади, що підтверджують дану теорію, наводяться міжнародні правовідносини, що формуються у сфері дослідження та використання космічного простору і небесних тіл, що, як вважають прихильники теорії, завдяки резолюціям ГА ООН «миттєво» стали відповідними звичаєвими нормами (насамперед мається на увазі резолюція 1962 (XVIII) від 13 грудня 1963 р. «Декларація правових принципів, що регулюють діяльність держав з дослідження та використання космічного простору»). Крім них, деякі вчені вбачають за резолюціями Генеральної Асамблеї активну роль і у формуванні міжнародно-правових звичаїв, що забезпечують становлення нової системи міжнародних економічних відносин – так званого «нового міжнародного економічного порядку» (НМЕП) (резолюція 3201 (S-VI) від 1 травня 1974 р. «Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку», резолюція 3281 (XXIX) від 12 грудня 1974 р. «Хартія економічних прав і обов'язків держав»). Наприклад, В. М. Шумілов, торкаючись утвердження НМЕП, зокрема, пише, що «найбільш яскравим прикладом фіксування та створення звичаєво-правових норм МЕП (міжнародного економічного права. – Ю. Ш.) служить Хартія економічних прав і обов'язків держав, ухвалена резолюцією ГА ООН 3281 (XXIX) 12 грудня 1974 р.»¹.

Специфіка резолюцій ГА ООН з питань і космосу і НМЕП полягала в тому, що більшість положень, які містяться в них, були спрямовані на врегулювання принципово нових міжнародних відносин, їм не передувала, як у багатьох інших випадках, велика соціальна і юридична практика. Вони закріплювали норми, розраховані на перспективне втілення в реальних (фактичних) правовідносинах.

Така особливість привела до припущення про принципово новий шлях формування сучасних міжнародно-правових звичаїв. Новизна полягає в тому, що спочатку виникає суб'єктивний елемент – *opinio juris*, а потім формується практика, яка його підтверджує. Про це писав, зокрема, І. І. Лукашук, який вважав, що саме резолюції міжнародних організацій «надали звичаю другого подиху... Завдяки ним удалося

¹ Шумілов, В. М. Международное экономическое право в эпоху глобализации [Текст] / В. М. Шумілов. – М. : Междунар. отношения, 2003. – С. 78.

перебороти деякі недоліки традиційного звичаю, що став створюватися швидше, у більш чітких формах, його зміст став загальнодоступним»¹. Далі він зазначає: «Що ж стосується того, що положення резолюцій присвячені не тільки суцільному, а й усе більшою мірою належному, у цьому слід бачити їх позитивну якість. Одна з відмітних рис і одна з переваг сучасного звичаєвого права полягає саме в тому, що воно повертається до належного, до майбутнього»².

З такою позицією слід погодитися, але за тієї умови, що прогнозовані норми в обов'язковому порядку одержать підтвердження в реальних фактичних правовідносинах. Інакше вони так і залишаться уявленими моделями поведінки. Про таку небезпеку на прикладі звичаїв з питань космосу вже зазначалося вище³. Історія розвитку уявлень про більш «приземлені» звичаї – норми, що закріплюють НМЕП, – підтверджує висловлені зауваження.

Ще за радянських часів деякі вчені дуже обережно ставилися до «моментального» визнання за резолюціями ГА ООН з НМЕП властивостей міжнародно-правових звичаїв. Наприклад, Б. М. Ашавський із цього приводу писав: «Незважаючи на те, що всі перераховані документи не є юридично обов'язковими, вони містять певний юридичний елемент і можуть відігравати істотну регулюючу роль, що часто не поступається ролі норм міжнародного права. Крім того, багато закріплених у них принципів мають обов'язковий характер на підставі Статуту ООН й інших міжнародно-правових актів. У розглянутих документах ці принципи були конкретизовані та розвинені стосовно галузі міжнародних економічних відносин. Деякі з цих принципів на універсальному рівні існують у формі міжнародно-правового звичаю. Ті спеціальні принципи, які ще не стали загальновизнаними, можуть набути цієї якості за відповідних умов або договірним шляхом, або шляхом формування міжнародно-правового звичаю»⁴. Г. Є. Бувайлік зазначав: «Резолюції Генеральної Асамблеї, у яких містяться *нові принципи і норми міжнародного права*, не можуть розглядатися обов'язковими для держав – членів ООН. Вони отримуватимуть обов'язкову силу тільки в тому випадку, якщо будуть визнані ними відповідним чином»⁵.

¹ Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – С. 241.

² Там само. – С. 242.

³ Див.: підрозділи 3.1.1, 3.2 цієї монографії.

⁴ Ашавский, Б. М. К вопросу о международном экономическом праве [Текст] / Б. М. Ашавский // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 42.

⁵ Бувайлик, Г. Е. Правовое регулирование международных экономических отношений [Текст] / Г. Е. Бувайлик. – Киев : Наук. думка, 1977. – С. 277–278.

Категоричні твердження про формування міжнародно-правових звичаїв тільки на підставі резолюції з НМЕП не знайшли широкої підтримки і за кордоном. Так, Ж. Тускоз, розглядаючи солідаристську концепцію регламентації міжнародних економічних відносин (так зване «міжнародне право розвитку»), втіленням якої і були згадані резолюції, пише: «Можна сказати, що деякі резолюції самі породили звичаєві норми (з цього приводу використовується вислів «стихийний звичай» або «миттєвий звичай»). Однак до цього необхідно ставитися з великою обережністю, оскільки ухвалення резолюції навіть одностайно або консенсусом, навіть якщо вона може встановлювати існування *opinio juris* (юридичної норми), звичайно недостатньо, щоб довести наявність загальної і постійної практики»¹. С. Замора (S. Zamora) підкреслює, що резолюції ГА ООН з НМЕП не створили обов'язкових норм міжнародного економічного права, але в той же час вони можуть сприяти розвитку нових норм міжнародного права опосередковано, насамперед «ініціювавши розвиток нових норм міжнародного звичаєвого права або шляхом залучення держав до однакової державної практики, або подавати доказ *opinio juris*»².

Глибокий аналіз положень Хартії економічних прав і обов'язків держав зробив Е. Х. де Аречага. Він з'ясував, що низка її норм фіксує давно усталені в міжнародному праві звичаї. Це норми, які проголошують право кожної держави вибирати свою економічну, політичну, соціальну й культурну систему (ст. 1); вільне здійснення кожною державою повного постійного суверенітету над всіма своїми багатствами, природними ресурсами та економічною діяльністю, їх право регулювати іноземні інвестиції та діяльність транснаціональних корпорацій (п. 1 ст. 2, абзаци «а» і «б» п. 2 ст. 2); право кожної держави брати участь у міжнародній торгівлі (ст. 4); право держав брати участь у регіональному співробітництві (ст. 12); принцип невтручання (ст. 32)³. «Однак більшість положень Хартії, – пише вчений, – мають програмний, нормовстановлюючий характер і спрямовані на те, щоб економічна діяльність держав стала більш солідарною і рівноправною в інтересах установлення нового міжнародного економічного порядку»⁴. Це по-

¹ Тускоз, Ж. Міжнародне право [Текст] : підручник [пер. з фр.] / Ж. Тускоз. – К. : АртЕк, 1998. – С. 271.

² Zamora, S. Economic Relations and Development [Text] / S. Zamora // United Nations Legal Order / ed. by O. Schachter and C.C. Joyner, Vol. 1. – UK : Cambridge University Press, 1995. – P. 546–547.

³ Аречага Э. Х. де. Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 55, 56.

⁴ Там само. – С. 56.

ложення, що встановлюють необхідність співробітництва між державами у сфері контролю за транснаціональними корпораціями (п. 2 «b» ст. 2); обов'язок утримуватися від застосування економічних або політичних заходів стосовно асоціацій держав – виробників первинної сировини (ст. 5); необхідність укладення довгострокових багатосторонніх товарних угод (ст. 6); співробітництво всіх держав з метою сприяння економічному розвитку (статті 7, 8, 9, 17); спільна участь у прийнятті економічних рішень (ст. 10); заходи щодо встановлення стабільних, справедливих і вигідних цін на сировинні товари (ст. 14); обов'язок співробітничати в передачі технологій (ст. 13); надання країнам, що розвиваються, загальних невзаємних і недискримінаційних тарифних преференцій (статті 18, 19); участь держав, що розвиваються, у світовій торгівлі по невидимих статтях (ст. 27); корегування цін на товари, експортовані країнами, що розвиваються, стосовно цін на імпортовані ними товари (ст. 28) та ін. Ці норми, на думку Е. Х. де Аречаги, тільки мають тенденцію до перетворення у звичаєві норми міжнародного права¹.

Можна також послатися на думку В. Г. Вельямінова, який визнає за рекомендаційними нормами міжнародних організацій усього лише «досить велике морально-політичне значення»². Говорячи про резолюції, присвячені НМЕП, вчений указує і на їх деякі істотні недоліки, які споконвічно не могли викликати широкого визнання серед провідних держав світу: «...Документи НМЕП містять, однак, і деякі неспроможні настанови, такі як: про солідарну відповідальність всіх розвинених держав за наслідки колоніалізму, про перерозподіл світового суспільного продукту на користь країн, що розвиваються, за допомогою прямих фінансових відрахувань і т. ін.»³. За міжнародно-правовими звичаями Г. М. Вельямінов будь-якої більш-менш значної ролі в регулюванні міжнародних економічних відносин не бачить взагалі⁴.

Таким чином, варто зберегти усталені в доктрині й практиці міжнародного права підходи до оцінювання внеску рекомендаційних резолюцій міжнародних міжурядових організацій у процес формування міжнародно-правових звичаїв. Як і колись, їх оцінка повинна бути

¹ Див.: Аречага, Э. Х. де. Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 56–58.

² Вельяминов, Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) [Текст] : учебник / Г. М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 97.

³ Там само.

⁴ Вельяминов, Г. М. Основы международного экономического права [Текст] / Г. М. Вельяминов. – М. : ТЕИС, 1994. – С. 19; Вельяминов, Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) [Текст] : учебник / Г. М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 99.

комплексною і враховувати інші обставини й вимоги, традиційно пропонувані до встановлення даного виду норм.

Тут слід зазначити неписану і досить характерну в контексті розглянутої теми практику Генеральної Асамблеї ООН, пов'язану з вибором найменування «декларація» стосовно резолюцій, що формулюють принципи міжнародно-правового регулювання найважливіших міжнародних відносин. На це звертає увагу Г. Д. Найко. Він пише: «Генеральна Асамблея іменує Деклараціями ті свої рішення, які ухвалюються після обговорення і прийняття нею ряду резолюцій з даного питання. Тим самим Декларації вже як би узагальнюють досвід цілої групи рішень Генеральної Асамблеї. Декларація – це у першу чергу резолюції Генеральної Асамблеї, які мають узагальнюючий характер»¹. Самі по собі такі резолюції-декларації юридично зобов'язуючою силою не володіють. Їх правовий ефект, на думку вченого, полягає у формуванні «у держав переконання в необхідності правового закріплення відповідних принципів, колективно вироблених у рамках ООН», що найчастіше втілюються у форму міжнародно-правового звичаю².

Е. Х. де Аречага підкреслює важливий внесок у формування норм міжнародного звичаєвого права саме тих резолюцій Генеральної Асамблеї ООН, які іменуються «деклараціями». «Декларація Генеральної Асамблеї ООН, – пише вчений, – може визнати певні вже існуючі правила як звичаєві норми міжнародного права і заявити про них як про такі; будь-яка звичаєва норма міжнародного права, що перебуває в стадії становлення (*in status nascendi*), може бути конкретизована в результаті її одностайного схвалення, яке знайшло вираження в декларації Генеральної Асамблеї ООН, що явно виражає *de lege ferenda*, може стати, проте, вихідною точкою для відповідної практики держав, що буде надалі сприяти перетворенню цієї резолюції у звичаєву норму міжнародного права»³. При цьому Е. Х. де Аречага підкреслив, що такі декларації не слід сприймати в цілому (як такі, що виражають міжнародне звичаєве право), для встановлення звичаїв необхідний ретельний аналіз кожної конкретної статті або пункту резолюції⁴.

У зв'язку з цим вбачається виправданою позиція Комітету з формування звичаєвого (загального) міжнародного права, який був створений

¹ Найко, Г. Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии) [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / Г. Д. Найко. – М., 1972. – С. 12.

² Там само.

³ Аречага, Э. Х. де. Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – С. 51.

⁴ Там само.

у рамках Асоціації міжнародного права з найбільш відомих і авторитетних дослідників міжнародно-правових звичаїв. У пункті 28 остаточної доповіді Комітет виклав своє загальне ставлення до резолюцій ГА ООН: «...Резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй можуть у деяких випадках становити доказ існування звичаєвого міжнародного права; надавати допомогу в кристалізації звичаєвого права, що зароджується; або робити внесок у формування нового звичаєвого права. Але як загальне правило... вони *ipso facto* не створюють нових норм звичаєвого права»¹.

Яка ж «допомога в кристалізації звичаєвого права, що зароджується», надається рекомендаційними резолюціями міжнародних організацій?

Як убачається, з урахуванням висловлених зауважень, резолюції дійсно привнесли в процес формування міжнародно-правових звичаїв деякі принципово нові тенденції. Зупинимось на деяких із них.

Перша тенденція полягає в тому, що резолюції формулюють норми з метою їх застосування для регулювання міжнародних відносин, імовірність виникнення яких у майбутньому є дуже високою. Пропоновані правила поведінки втілюються як у вигляді положень міжнародних договорів, так і у вигляді міжнародно-правових звичаїв. В останньому випадку рекомендаційні резолюції, вплинувши на розвиток правосвідомості учасників міжнародних відносин, можуть послужити досить значним імпульсом, що привів до формування звичаєвої норми.

У цьому сенсі *opinio juris* дійсно починає відігравати роль, 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 міжнародно-правового звичаю². Однак, варто повторитися, 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. Саме так слід ставитися до резолюцій ГА ООН з питань космосу і НМЕП.

Друга тенденція полягає в новому якісному впливі рекомендаційних резолюцій на виникнення нових звичаєвих норм міжнародного права.

¹ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 55 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

² Див. підрозділ 3.1.2 цієї монографії.

Завдяки резолюціям звичаї 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 можливе без урахування нюансів, зазначених у резолюції ГА ООН 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р. «Визначення агресії».

Враховуючи ці обставини, долається одна з основних переваг договірної форми вираження норм міжнародного права над звичаєво-правовою, про яку, наприклад, так писав Г. В. Ігнатенко: «При зіставленні договору і звичаю як джерел міжнародного права слід мати на увазі, що договір концентрує певну сукупність тематично однорідних норм, а звичай – це майже завжди одна норма, внаслідок чого поняття звичаю як норми і звичаю як джерела права переплітаються»¹.

Отже, завдяки резолюціям міжнародних організацій «певні сукупності тематично однорідних норм» знаходять природну здатність «концентруватися» і у формі міжнародно-правових звичаїв.

На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї ООН (як, власне, і рекомендаційні резолюції будь-яких міжнародних міжурядових організацій) повинні розглядатися як один із доказів існування міжнародно-правових звичаїв. Самі по собі вони не можуть створити ці норми. Разом з тим завдяки резолюціям процес формування звичаїв набув деяких принципово нових рис, зумовлених новою роллю суб'єктивного елемента – *opinio juris*, які привели до якісної зміни змісту даного джерела міжнародного права.

5.4. Міжнародно-правовий звичай і судові рішення

5.4.1. Міжнародно-правовий звичай і рішення міжнародних судів

У світовій доктрині співвідношення міжнародно-правових звичаїв і рішень міжнародних судових і арбітражних органів, як правило, розглядається крізь призму норми ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного

¹ Международное право [Текст] : учеб. для вузов / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, О. И. Тиунов и др. ; под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 1995. – С. 96.

суду ООН. Вона встановлює, що Суд застосовує «із застереженням, вказаним у статті 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм». Згідно зі ст. 59 Статуту «рішення Суду обов'язкове лише для сторін, що беруть участь у справі, і лише у даній справі».

Як впливає з буквального прочитання ст. 38, Статут Міжнародного суду відводить судовим рішенням другорядну роль «допоміжного засобу». Він не наділяє їх якістю повноцінних джерел, якими, як можна зробити висновок з цієї ж статті, поза всякими сумнівами, є міжнародні договори, міжнародні звичаї і загальні принципи права. Це означає, що при розгляді справи в Суді кожній зі сторін буде недостатньо обґрунтувати свою позицію посиланнями винятково на інші судові рішення (як свої, так і чужі). І такого, до речі, за всю історію діяльності Міжнародного суду жодного разу не траплялося. Сторона спору повинна аргументувати свою позицію, відштовхнувшись від норм, закріплених у договорах, звичаях і/або загальних принципах права.

Стаття 59 Статуту Міжнародного суду вказує на юридичний характер його рішень. Вони юридично зобов'язують тільки сторони певного процесу. Держави, що не брали участі в судовому спорі, юридично не зобов'язані підкорятися його рішенням. Строго кажучи, Міжнародний суд своїми рішеннями не створює норм міжнародного права, а тільки застосовує їх.

Незважаючи на те, що це тлумачення прямо стосується тільки Міжнародного суду ООН, величезною кількістю вчених воно взяте за основу у формуванні загальної позиції стосовно рішень міжнародних судових і арбітражних органів. Воно завжди було панівним і в радянській доктрині міжнародного права. Його поділяли Ф. І. Кожевніков, Ю. М. Колосов, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, В. Моравецький, Г. І. Тункін, М. Л. Ентін і багато інших вчених. Сучасна українська доктрина в основному теж підтримує такий підхід (М. О. Баймуратов, М. В. Буроменський, А. І. Дмитрієв). Однак останніми роками деякими відомими українськими вченими була зроблена спроба докорінно переглянути ставлення до цієї проблеми. Насамперед мають на увазі роботи В. Г. Буткевича і С. В. Шевчука. Оскільки результати дискусії безпосередньо впливають на проблему співвідношення та взаємодії звичаю і судових рішень, зупинимося на аргументах сторін докладніше.

На думку В. Г. Буткевича, рішення міжнародних судів і арбітражів не сприймалися як повноцінне джерело міжнародного права насамперед

і головним чином у соціалістичній доктрині. Західна доктрина в цьому випадку завжди вигідно відрізнялася. Одна з причин, зазначає вчений, полягала в тому, що радянські вчені будували свої висновки в основному на практиці Міжнародного суду ООН й «іноді робилися посилання на практику Постійної палати міжнародного правосуддя»¹.

В. Г. Буткевич перераховує такі основні аргументи на користь «нігілістичного» ставлення радянських учених до міжнародних судових рішень:

1) Статут Міжнародного суду ООН і практика держав не визнають за актами цього судового органу характеру джерела міжнародного права;

2) завдання Міжнародного суду полягає не у створенні норм міжнародного права, а в застосуванні їх у конкретних випадках. У зв'язку з цим «рішення Суду являють собою „юридичний факт“, а не „правотворчий акт“»;

3) рішення Міжнародного суду не може вважатися навіть прецедентом, наділеним правовою силою;

4) про неправовий характер рішень Міжнародного суду також свідчить його компетенція поряд із вирішенням конкретних міжнародних спорів надавати консультативні висновки, сама назва яких підкреслює їх юридично необов'язкове значення;

5) рішення Міжнародного суду впливають тільки на правосвідомість і міждержавну практику. Отже, джерелами міжнародного права є тільки міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї;

6) ст. 38 Статуту Міжнародного суду, як «стверджували вчені соціалістичних країн, не уповноважує Суд вносити зміни до чинного міжнародного права, не надає йому права створювати „судові прецеденти“»;

7) оскільки до складу Міжнародного суду входять не представники держав, а «незалежні судді», його рішення являють собою тільки думки спеціалістів з міжнародного права, які можуть мати доктринальний вплив на міжнародне право і те за умови, що в рішенні збігатимуться думки суддів, які представляють різні соціальні та правові системи².

Далі вчений, обстоюючи свою позицію, пише досить категорично: «Можна назвати лише два пояснення такої одностайності, і в обох випадках вони засвідчують явно неправовий підхід до діяльності Між-

¹ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 133.

² Там само. – С. 133, 134.

народного суду ООН. По-перше, більшість концепцій радянських учених-міжнародників були перелицьованими ідеологічними постулатами, проголошеними в партійних документах. Не було винятком і ставлення до Міжнародного суду ООН, хіба що більш деталізовано „аргументувалося” з позиції права. По-друге, Радянський Союз мав у Міжнародному суді ООН лише одного суддю (з 15 членів), а тому марно було сподіватися на використання у своїх цілях цієї міжнародної установи; краще було звести її рішення до думки окремих суддів»¹.

Західна доктрина, на думку В. Г. Буткевича, свою позицію стосовно рішень міжнародних судів у цілому вже змінила. Тільки деякі вчені (Г. Кельзен, Х. Л. А. Харт) не змогли погодитися з тим, що судові рішення одержали визнання як джерела міжнародного права. А, як випливає з тексту, на зміну думки переважної більшості західних фахівців вплинула практика Європейського суду з прав людини та Суду Європейського Союзу та її результати. «Лише один Європейський суд із прав людини, – пише В. Г. Буткевич, – своєю діяльністю перекреслив практично всі заперечення противників, що рішення міжнародних судових установ можуть бути джерелом міжнародного права»². Вплив Європейського суду на зміну загального ставлення до міжнародних судових рішень полягав у тому, що він у своїх рішеннях «на чільне місце поставив свої попередні рішення (прецеденти) і не бажає від них відходити, навіть якщо комусь здається, що він цим порушує Конвенцію»³. І крім цього, «мотивуючи свої судові рішення власними прецедентами, Суд фактично зобов'язав держави поважати їх і брати за основу в аргументації їхніх позицій у власних справах»⁴.

С. В. Шевчук визнає, що первісний зміст норми ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного суду ООН закріплював за судовим прецедентом якість не джерела, а саме «допоміжного засобу» встановлення норм міжнародного права. Для цього він глибоко досліджує історію походження цієї норми. Але й тоді, звертає увагу вчений, існувала неоднозначність тлумачення терміна «допоміжний засіб» (*subsidiary means* – англ., *moyen auxiliaire* – фр.). Зокрема, «французький термін *auxiliaire* вказує, що підтвердження існуючих норм міжнародного права може

¹ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 134-135.

² Там само. – С. 136.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 137.

ґрунтуватися на судовій практиці чи доктрині безвідносно до інших джерел міжнародного права»¹.

Учений зазначає, що надалі ставлення до судового прецеденту почало змінюватися. Особлива заслуга в цьому суддів самого Міжнародного суду (а раніше й суддів Постійної палати міжнародного правосуддя), які при мотивуванні рішень і особливо у своїх думках, які не збігаються з позицією більшості, активно запозичували правові позиції внутрішнього права держав, від яких вони були обрані. С. В. Шевчук пише, що практика Суду ООН і Постійної палати міжнародного правосуддя, у якій вони посилаються на власні рішення, рішення міжнародних арбітражів і національних судів, хоча й не є наслідком дії доктрини прецеденту, але «нагадує доктрину *jurisprudence constante* в континентальному праві, коли суд вважає себе фактично зв'язаним своєю попередньою практикою та зобов'язаний її дотримуватися. Більше того, судді з країн англосаксонської правової сім'ї прямо використовують формулювання, запозичені з доктрини *stare decisis*»².

Як бачимо, основний акцент в аргументації обох учених зроблений на практиці самих судових органів, які всупереч прямо встановленим нормам, що регулюють їх діяльність, використовують як свої, так і чужі судові рішення при винесенні власних. Стосовно Міжнародного суду маються на увазі статті 38 (1) (d) і 59 Статуту Міжнародного суду ООН. Щодо Європейського суду з прав людини, то він, як підкреслив В. Г. Буткевич, не бажає відходити від своїх попередніх рішень, навіть якщо комусь здається, що цим порушує Конвенцію³, – ст. 46 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. У ній зазначається: «Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати постанови Суду в справах, у яких вони є сторонами».

Говорячи про Європейський суд, не можна не погодитися з тим, що його діяльність була визнана надзвичайно успішною в усьому світі. Його досвід узятий за взірць іншими неєвропейськими регіональними міжнародними контрольними механізмами, які забезпечують захист прав людини.

¹ Шевчук, С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні [Текст] / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – С. 444. Також див.: Шевчук, С. Судовий прецедент як джерело міжнародного права України [Текст] / С. Шевчук // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48). – С. 42–55.

² Шевчук, С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні [Текст] / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – С. 445.

³ Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 136.

Європейський суд впливає і на діяльність універсальних судових установ. Разом з тим останні не завжди мають чітку й однозначну позицію, як ставитися і застосовувати прецедентну практику Європейського суду. Про це, зокрема, пише О. І. Рябцевич, який вивчив цей аспект на прикладі діяльності Міжнародного кримінального трибуналу з колишньої Югославії та Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди. Він звертає увагу, що в одних випадках трибунали відхиляли доводи захисту, побудовані, у тому числі й на використанні рішень Європейського суду, оскільки вони орієнтовані на застосування національними судовими органами; а в інших – використали страсбурзькі рішення як єдині підстави для своїх рішень¹. Сам учений дотримується загальноприйнятої позиції в розглянутому питанні та вважає, що «урахування міжнародних судових прецедентів можливе як допоміжне джерело міжнародного права (у значенні ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН) для встановлення: 1) існування міжнародно-правового звичаю; 2) існування «загального принципу права»; 3) вихідного змісту міжнародно-правових норм при їх тлумаченні. Таким чином, судді міжнародних кримінальних трибуналів вправі лише брати до уваги страсбурзьке прецедентне право»².

Інша справа, що в національних законодавствах держав – членів Ради Європи прецедентна практика Європейського суду має юридичне значення. На Україні, приміром, прийнято Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23 лютого 2006 р. Стаття 17 цього Закону говорить: «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».

Л. Вайлдхабер у зв'язку з цим називає Європейський суд з прав людини «Європейським квазіконституційним судом». «Він менше обговорює ті виняткові випадки, – пише вчений, – які були в центрі уваги засновників Конвенції, але стає все більше й більше багатоаспектним, фундаментальним, „нормальним” інститутом, хоча й у дуже символічному значенні»³.

Можна було б стверджувати, що в цьому випадку сформувалася регіональна європейська міжнародно-правова *звичаєва* норма, яка до-

¹ Докладн. див.: Рябцевич, О. И. Влияние решений Европейского Суда по правам человека на деятельность международных уголовных трибуналов [Текст] / О. И. Рябцевич // *Международ. публ. и част. право.* – 2007. – № 5. – С. 36–39.

² Там само. – С. 38.

³ Wildhaber, L. The European Court of Human Rights: The Past, the Present, the Future [Text] / L. Wildhaber // *The American University International Law Review.* – 2007. – Vol. 22, № 4. – P. 528.

повнює Конвенцію про захист прав і свобод людини 1950 р. і зобов'язує Європейський суд використовувати власну практику – витяги, правові позиції, формулювання зі своїх попередніх рішень. Однак сам же Європейський суд зобов'язаним себе суворо дотримуватися своєї минулої практики не вважає. У параграфі 35 рішення в справі *Cossey v. the United Kingdom* (1990) Суд заявив: «Це правда, що Суд не зв'язаний своїми попередніми рішеннями... Однак він звичайно додержується і застосовує свої власні прецеденти (*its own precedents*) з метою юридичної визначеності та упорядкованого розвитку прецедентного права Конвенції (*the Convention case-law*). Проте це не заважає Суду відступати від більш раннього рішення, якщо того вимагатимуть серйозні обставини. Такий відступ може, наприклад, бути обґрунтованим, щоб гарантувати, що тлумачення Конвенції відбиває суспільні зміни й узгоджується з умовами сьогодення»¹.

Якщо використання Європейським судом своєї практики становить для нього *право*, а не *обов'язок*, виникають сумніви в доцільності такої норми. Вона не забезпечує ані «юридичну визначеність», ані «упорядкованість розвитку» прецедентної практики Суду. Нгуен Куок Динь, П. Дайє і А. Пеле справедливо підкреслюють: «Зрозуміло, що якщо та або інша думка Суду ґрунтується на об'єктивних факторах, то не можна погодитися з прийняттям ним суперечливих висновків. Вимоги пов'язаності, наступності, правової забезпеченості є більш імперативними для судової практики, ніж для доктрини. Саме від того, як виконуються такі вимоги, залежить передбачуваність судової практики, а отже, і її авторитет у держав»².

Ставлення, що склалося до питання про правомірність застосування практики Європейського суду, зовсім не означає зміни ставлення до рішень міжнародних судів взагалі та рішень Міжнародного суду ООН зокрема як до «допоміжного засобу для визначення правових норм». Щоб змінити його, перше, що потрібно пояснити: чому норми ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту Міжнародного суду ООН більше не є юридично чинними, при тому, що вони не були офіційно скасовані або змінені шляхом внесення виправлень до Статуту Суду, тобто на підставі його 69 і 70 статей?

¹ Case of *Cossey v. the United Kingdom* (Application no. 10843/84), Judgment, 27 September 1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

² Нгуен Куок Динь. *Международное публичное право* [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: *Формирование международного права*; кн. 2: *Международное сообщество*. – С. 241–242.

Юридичні підстави для зміни або скасування ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту можуть бути тільки міжнародно-правовими. Ті внутрішньо-державні доктрини, про які пише С. В. Шевчук і які забезпечують наступність практики національних судів, не можуть ані скасувати, ані змінити ці статті, тому що їх призначення полягає в регулюванні внутрішніх відносин, а не міжнародних. Можливість їх впливу на рішення Міжнародного суду *a priori* малася на увазі, адже згідно зі ст. 9 його Статуту склад Суду формується таким чином, щоб «забезпечувати представництво найголовніших форм цивілізації та основних правових систем світу». Тому кожне його рішення – це свого роду компроміс, узгодження головних світових юридичних світоглядів щодо конкретних фактичних обставин, які становлять предмет спору. І, звичайно, радянські юристи-міжнародники, перебуваючи у складі Міжнародного суду, були носіями правової ідеології своєї держави, так само, як і американські, британські, французькі, індійські й інші – своїх країн.

Політична складова при ухваленні рішень міжнародним судом, безумовно, присутня. І кожна держава, що має в його складі свого суддю, який суворо юридично є незалежним, намагається використати останнього у своїх політичних цілях. Про це свідчать скандали, які спалахують час від часу у зв'язку із сумнівами в неупередженості суддів. Причому будь-яких міжнародних судів, трибуналів та арбітражів. Тому некоректно обвинувачувати в цьому тільки зруйновану двадцять років тому державу – Радянський Союз.

У такий же спосіб не слід приписувати західній доктрині монолітність позиції в питанні про визнання за міжнародними судовими рішеннями якості джерела міжнародного права, а не «допоміжного засобу». У західній доктрині з цього питання існують різні думки. І «за», і «проти». Але, що можна стверджувати з великою часткою впевненості, у цьому співвідношенні думок більшість сучасних провідних західних спеціалістів схиляється на користь тлумачення, спочатку закладеного у ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту Міжнародного суду. Однак доцільно почати з наведення думок прихильників позиції «за».

Повністю підтримує доктрину *stare decisis* (обов'язкового судового прецеденту) щодо міжнародного публічного права Д. П. О'Коннелл. Він вважає, що існує явна подібність міжнародного права і загального права (*common law*). Він пише: «Як суддя в системі загального права відіграє фундаментальну роль у формулюванні загальних принципів, у їх застосуванні й модифікації з урахуванням можливих обставин,

у розвитку за аналогією та у формулюванні висновку із припущення, також чинить і суддя в системі міжнародного права»¹.

Правотворча діяльність суддів міжнародних судів, на думку Д. П. О'Коннелла, дозволяє змінити ставлення до сприйняття міжнародного права як результату «згоди держав, відбитої в їх практиці». Практику держав насамперед становить дипломатична документація, що не завжди і не відразу доступна. Її аналіз дає дослідникові неповну картину історії міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин і може легко ввести в оману. Тому дипломатичні документи набагато менше впливають на міжнародне право, ніж рішення міжнародних судів. Учений зазначає, що «міжнародне право в реальності набагато більше залежне від його змісту в юридичному формулюванні, від юридичного судового рішення з конкретних проблем права й факту, ніж від аналізу дипломатичної документації»².

На цей час накопичено величезну кількість судових рішень, що являють собою «юридичну мудрість і пропонують юридичне керівництво в майбутніх справах»³. Д. П. О'Коннелл погоджується, що формально юридично міжнародні судові рішення не є обов'язковими для інших міжнародних судів і трибуналів, однак «існує природне небажання відступати від принципів і норм, які були доведені як задовільні в попередніх вирішеннях правових проблем. Отже, тенденція до *stare decisis* є досить виразною»⁴.

Учений підкреслює роль міжнародних судових рішень у кристалізації міжнародно-правових звичаїв. Правові формулювання Міжнародного суду «формують живе право й зливаються з дипломатичною практикою для того, щоб створити норму, яка керує міркуваннями авторів, думками урядових юридичних радників і рішеннями інших суддів»⁵.

М. Шоу (M. N. Shaw) вважає, що хоча у ст. 38 судові рішення й зазначені як допоміжний засіб для визначення правових норм, а не як дійсне (actual) джерело права, проте «вони можуть бути величезної важливості». Її визначають власна практика Міжнародного суду (коли він ураховує свої попередні рішення), практика держав, що враховують рішення Міжнародного суду при обґрунтуванні аргументів у двосто-

¹ O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London : Stevens and Sons, 1970. – P. 31.

² Ibid. – P. 31.

³ Ibid.

⁴ Ibid. – P. 32.

⁵ Ibid.

ронніх спорах, і, словами самого вченого, «укладачі підручників, які цитують рішення Постійної палати і Міжнародного суду як авторитетні рішення»¹.

При цьому повного ототожнення з англосаксонською доктриною *stare decisis* М. Шоу здійснити не вдається. Він досить обережно вказує, що в порівнянні з англійськими суддями, «які створюють право в процесі його тлумачення, судді Міжнародного суду роблять іноді трохи більше, ніж просто „визначають” (determine) його»². Причини настільки обережної позиції вченого, як він сам вказує, криються в дискусійних рішеннях Міжнародного суду. Якщо в одних випадках рішення вплинуло на міждержавні відносини таким чином, що висновки Суду втілилися, зокрема, в нормах міжнародних договорів, то в інших випадках рішення Суду були різко розкритиковані в доктрині й не здобули підтримки у держав при укладенні міжнародних договорів. «Але це, – пише М. Шоу, – порівняно незвичайно, і на практиці Суд повинен досліджувати своє власне прецедентне право (case-law), що стосується справи, зі значною увагою і рідко відходити від нього. Принаймні, воно повинне становити вихідну точку для аналізу»³.

Наведемо думку ще одного вченого – М. Діксона, який також є прихильником нового тлумачення ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту Міжнародного суду.

Спочатку він погоджується з тим, що судові рішення за ст. 38 розглядаються як допоміжний засіб для визначення права. Це загальноприйнята позиція. «Вони не створюють право, а декларують „перед-право” (pre-existing law)»⁴. М. Діксон називає одну зі справ Міжнародного суду — рішення у справі *Certain Phosphate Lands in Nauru Case (Nauru v. Australia, Preliminary Objections, 1993)*, у якому він посилається на ст. 59 Статуту. На його думку, причини такого «буквального» тлумачення і застосування Судом цієї статті є такими: «По-перше, ст. 59 дозволяє Суду ігнорувати існуюче рішення в одній справі, навіть при ухваленні рішення в іншій справі стосовно схожого предмета спору, коли наступна справа стосується інших держав... або навіть коли вона між тими ж двома державами... По-друге, ст. 59 дозволяє Суду зневажати попереднім розглядом, що стосується

¹ Shaw, M. N. *International Law [Text]* / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – P. 110.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Dixon, M. *Textbook on International Law [Text]* / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 38.

сутності або змісту норми міжнародного права у спеціальній проблемі (незалежно від сторін), просто на підставі того, що воно було роз'яснено в попередньому рішенні»¹.

Далі вчений наводить ще кілька рішень Міжнародного суду, у яких він тлумачить статті 38 і 59 Статуту в їх первісному розумінні, і намагається співвіднести їх з іншою практикою, в якій Суд звертається до формулювань зі своїх ранніх рішень. При цьому він намагається довести, що саме остання є найбільш правильною, *правовою*. Близько до тексту хід думки М. Діксона виглядає так. З одного боку, він погоджується, що ст. 59 прямо виключає формальну доктрину *stare decisis* у міжнародно-правовій системі, але, з другого, заявляє: «По суті, прийняття такого підходу ігнорує практичний ефект, що може мати рішення Міжнародного суду стосовно правових зобов'язань величезної кількості інших держав»². «Практичний ефект» полягає в тому, що рішення Міжнародного суду виступають як «авторитетні підстави для майбутніх рішень» і саме в цьому сенсі судові рішення повинні розглядатися як джерело міжнародного права.

Тут М. Діксон робить такий проміжний висновок: «Той факт, що Суд в основному обходить ст. 59 на практиці (за винятком випадків, коли її застосування є корисним для того, щоб утвердити юрисдикцію над державою, яка її заперечує, наприклад, у справі Науру), не є дивним, тому що цим він, як правовий суд, намагається розвинути і підтримати зрозумілий і погоджений звід юридичних принципів»³. Тим самим М. Діксон підтримує право Міжнародного суду застосовувати або не застосовувати ст. 59 залежно від обставин. При цьому, наголосимо на позиції вченого, – саме незастосування ст. 59 дозволяє вважати Суд «правовим».

Сама ж правотвірна діяльність Міжнародного суду, на думку М. Діксона, полягає у такому. По-перше, кожне його рішення «створює право для сторони, адже вони зобов'язані робити або не робити те, що раніше викликало сумнів»⁴. По-друге, судові рішення завершує процес кристалізації норм міжнародного звичаєвого права. І, по-третє, судові рішення «можуть мати вирішальний ефект на подальшу практику держав, тому що вони показують те, яким чином право розвивається або має розвиватися»⁵.

¹ Dixon, M. Textbook on International Law [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 39.

² Ibid.

³ Ibid. – P. 39-40.

⁴ Ibid. – P. 40.

⁵ Ibid.

Загальний висновок М. Діксона з даної проблеми такий: «Хоча Суд технічно позбавлений права брати участь у процесі створення права, на практиці – це точка зору, що цілком не відповідає дійсності. Краща точка зору полягає в тому, що рішення Суду мають схожий вплив на право, як і рішення Палати лордів в Об'єднаному Королівстві, без формальної доктрини зобов'язуючого прецеденту. Спроба захистити державний суверенітет за допомогою обмеження функцій Міжнародного суду однією функцією вирішення [спорів] без правоутворюючої [функції] повністю виявилася неспроможною»¹.

Звичайно, М. Діксону, як і багатьом ученим, своя позиція уявляється однозначно «кращою», а інші «неспроможними». І все-таки, на мій погляд, він, як і М. Шоу, і Д. П. О'Коннелл, не зміг навести досить вагомих аргументів на користь перегляду все ще юридично чинних норм ст. 38 (1) (d) і ст. 59 Статуту Міжнародного суду. Ні Статут ООН, ні сам Статут не наділяють Суд повноваженнями з формулювання нових норм міжнародного права і вирішення на їх основі всіх наступних спорів. Якою б не була усталена практика щодо цього авторитетною, стійкою і ефективною, щоб стверджувати про появу нової норми міжнародного права, яка змінює ст. 38 (1) (d) і ст. 59 Статуту, необхідно довести формування на її основі відповідного міжнародно-правового звичаю (або звичаїв). Відзначаю, що ніхто з вищерозглянутих прихильників міжнародного судового прецеденту як джерела міжнародного права цього не робить. Ніхто навіть не порушує питання про це.

Можливе пояснення права Міжнародного суду «творити» міжнародне право лежить у площині реалізації *доктрини повноважень*, які мають на увазі. Вона також не закріплена ні в Статуті ООН, ні у Статуті Суду й існує насамперед завдяки практиці самого Суду. У доктрині склався деякий консенсус щодо необхідності її застосування органами міжнародних міждержавних організацій – неможливо передбачати всі фактичні ситуації, з якими зіштовхнеться знову створена організація, щоб чітко визначити для неї правила поведінки в них, а внести відповідні зміни до статуту, особливо універсальної організації, за допомогою використання механізму внесення виправлень, прямо передбаченого статутом, як правило — дуже складне завдання. Доктрина повноважень, які мають на увазі, обмежила звертання до доктрини «іманентної компетенції», що наділяє міжнародні організації правом уживати дії для досягнення своїх цілей

¹ Dixon, M. Textbook on International Law [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – P. 40.

незалежно від конкретних нормативних положень їх установчих актів, статутів¹.

Доктрина повноважень, які маються на увазі, підводить до порушення питання про те, що сформувалася нова норма міжнародного звичаєвого права, яка доповнює, змінює або скасовує окремі положення статуту організації, але не вирішує його. Інакше кажучи, вона не може проголосити наявність звичаю, вона тільки дає привід для міркування державам – членам організації про це.

Як приклад можна навести коментар норми ст. 38 (1) (d) і ст. 59 Статуту Міжнародного суду, запропонований А. Кассезе. Він пише: «Можна з упевненістю заявити, що ці положення або кодифікують звичаєве міжнародне право, або створюють звичаєві норми. Отже, вони застосовуються до всіх рішень міжнародних судів. З цього випливає, що рішення таких судів не створюють права й не є ні доктриною загального права *stare decisis*, ні зобов'язуючим прецедентом, що може бути застосований»². Але далі вчений зазначає: «У деяких випадках Міжнародний суд фактично пішов настільки далеко, що встановив *нові* міжнародні норми, незважаючи на вищезгаданий брак формальних повноважень, щоб робити це... Міжнародний суд застосовував доктрину повноважень, які маються на увазі (*implied power doctrine*), за допомогою якої міжнародні організації можуть розглядатися як такі, що володіють всіма повноваженнями, необхідними для досягнення своїх функцій або цілей... Примітно, що жодна держава ніколи не заперечувала з цього приводу або не висловлювала невдоволення стосовно цих заяв. Отже, держави беззаперечно прийняли чи, принаймні, мовчазно погодилися з нормотворчою роллю, яку іноді відіграє Міжнародний суд»³.

Хоча А. Кассезе і припускає мовчазну згоду держав з нормотворчою діяльністю Міжнародного суду, він утримується від констатації наявності відповідного міжнародно-правового звичаю. З огляду на те, що в цей час навіть самим Міжнародним судом *теорія мовчазної угоди* як концептуальна підстава міжнародного звичаєвого права не розглядається, зі стовідсотковою впевненістю стверджувати про наявність звичаю не можна. Просто держави, які добровільно взяли на себе

¹ Докладн. див.: Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 288–290.

² Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 194.

³ Ibid. – P. 195–196.

зобов'язання підкоритися будь-якому рішенням Суду в їх справі, підкорялися йому. Це не виключає, що рано чи пізно можуть з'явитися офіційні заперечення якої-небудь держави у зв'язку з подібним явним перевищенням Міжнародним судом своїх повноважень при мотивуванні рішення у справі.

Чималою перешкодою у становленні та визнанні міжнародної звичаєво-правової норми, що легалізує доктрину *stare decisis* стосовно практики Міжнародного суду, може служити сама практика Суду. За більш ніж 60-річну історію своєї діяльності одностайні рішення Суду були великою рідкістю. Цілком звичайним явищем є висловлення приватних і особливих думок у діяльності інших міжнародних судів і арбітражів. Можна повністю погодитися з Нгуен Куок Динем, П. Дайе та А. Пеле, що авторитетність судових рішень «знижується при наданні певної гласності розбіжностям між судьями й арбітрами»¹.

Досить стримано ставляться до доктрини *stare decisis*, власне, і самі міжнародні судові органи. Визнається скоріше якась об'єктивна, очевидна для всіх необхідність, по-перше, додержуватися власних рішень і, по-друге, враховувати важливість («авторитетність») рішень інших судів і арбітражів, серед яких чільну позицію займають рішення Міжнародного суду ООН. Така вимога не є імперативною і загальною. Вона не має юридичного характеру. Вона не сформульована ні у вигляді чіткого зобов'язання, ні, тим більше, міжнародно-правової норми й тому за її недотримання ніхто не притягне міжнародний судовий орган до міжнародно-правової відповідальності. Вона виглядає як пояснення тим чи іншим міжнародним судом елементарної умови своєї ефективної діяльності.

Як приклад можна послатися на практику Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії (далі – МТКЮ), який у низці справ був змушений розглянути питання про правомірність додержання доктрини *stare decisis* при винесенні рішень.

Так, у п. 540 рішення у справі *Зорана Купрескича й ін.* від 14 січня 2000 р.² Судова палата МТКЮ заявила про неможливість підтримати цю доктрину, мотивувавши свою позицію в такий спосіб:

1) трибунал, «будучи міжнародним за природою і застосовуючи переважно міжнародне право», повинен покладатися на добре вста-

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: Формирование международного права; кн. 2.: Международное сообщество. – С. 241.

² Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic (a/k/a “Vlado”). Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

новлені джерела міжнародного права, і в даному контексті цінність рішень міжнародних судів полягає в тому, що вони є допоміжним засобом установавання правових норм, як і закріплено у ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного суду ООН;

2) доктрина *stare decisis* «серед іншого припускає певний рівень ієрархії судової системи», що відсутній у міжнародному співтоваристві. «Трибунал не зв'язаний прецедентами, встановленими іншими міжнародними кримінальними судами, такими як Нюрнберзький або Токійський трибунали, не говорячи вже про справи, представлені перед національними судами, які розглядають міжнародні злочини»;

3) «авторитетність прецедентів (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) може полягати тільки в доведенні можливого існування міжнародної норми. Більш виразно прецеденти можуть становити доказ звичаєвої норми в тому, що вони виявляють існування *opinio iuris sive necessitatis* і міжнародної практики з певного питання, або ще вони можуть указувати на появу загального принципу міжнародного права»;

4) «прецеденти можуть мати переконливий авторитет стосовно існування норми або принципу, тобто вони можуть переконати Трибунал, що рішення, прийняте у попередньому випадку, пропонувало правильну інтерпретацію існуючого права». Але при цьому «попередні судові рішення можуть переконати суд у тому, що він вибрав правильний підхід, але вони не примусять до цього рішення абсолютною силою своєї прецедентної ваги. Отже, можна сказати, що максима Юстиніана, відповідно до якої суди повинні судити, ґрунтуючись на силі права, а не [силі] справ (case) (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*), також застосовується до Трибуналу, як і до інших кримінальних судів».

Таким чином, у даному рішенні МТКЮ чітко й недвозначно відкинув доктрину *stare decisis* щодо власного судочинства. Однак у рішенні у справі *Златко Алексовського*, винесеному 24 березня 2000 р.¹ Апеляційною палатою МТКЮ, підхід до даної доктрини був уже не настільки категоричним. У цій справі Апеляційна палата намагалася глибше розібратися в національних особливостях її застосування у країнах як загального, так і континентального права. Їй це було необхідно для того, щоб позначити свою позицію з питання про обов'язковість додержання своїх власних попередніх рішень.

Так, щодо особливостей застосування доктрини *stare decisis* у рамках судових систем держав загального права Апеляційна палата від-

¹ Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Judgment of the Appeals Chamber. Case № IT-95-14/1-A, 24 March 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

значила, що «вищі суди звичайно розглядають себе зобов'язаними за своїми попередніми рішеннями, але резервують за собою право відступати від них у певних обставинах» (п. 92). У континентальних (civil) судових системах принцип *stare decisis* формально не визнається, але, незважаючи на це, «верховні суди звичайно виходять із своїх попередніх рішень» (п. 93). У практиці міжнародних судів, на думку Трибуналу, такі тенденції виявляються аналогічним чином. У пункті 97 рішення про це сказано так: «Апеляційна палата визнає, що принципи, які підтримують загальний напрям у системах загального права і континентального права, коли вищі суди в силу або доктрини або практики слідуватимуть своїм попереднім рішенням і відступатимуть від них тільки у виняткових обставинах, є необхідними для узгодженості, визначеності й передбачуваності. Ця тенденція також є очевидною в міжнародних трибуналах».

У пункті 107 рішення МТКЮ підкреслив, що відступ від попередньої практики може бути «з обґрунтованих причин в інтересах правосуддя». Такі причини, зокрема, «включають справи, у яких попереднє рішення було ухвалено на основі помилкового юридичного принципу або справи, у яких попереднє рішення було ухвалено *per incuriam*, тобто судові рішення було „помилково ухвалено, як правило, тому що суддя або судді були невірні інформовані про застосовне право”» (п. 109). У пункті 110 Апеляційна палата уточнила, що можливий «відступ від попереднього рішення тільки після того, як йому буде наданий уважний розгляд як права... так і фактів».

Тим часом викладена позиція МТКЮ має досить вузький характер. Трибунал, хоча й з винятками, але *самозобов'язався* («саме», тому що він безпосередньо не вповноважений на це своїм статутом) використати свою внутрішню практику. І тут можна виявити вплив доктрини *stare decisis*.

Принципово іншою є позиція МТКЮ з питання про обов'язкову силу для нього рішень інших міжнародних судових і арбітражних органів. Про неї можна судити з його заяви, зробленої в рішенні у справі *Зейніла Делаліча й ін.* від 20 лютого 2001 р.¹ Заявник у цій справі доводив, що Трибунал зобов'язаний враховувати прецеденти Міжнародного суду ООН, тому що, по-перше, даний Суд посідає особливе становище за Статутом ООН і, по-друге, «через силу прецеденту» (див. п. 21).

¹ Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a «Pavo»), Hazim Delic and Esad Landzo (a/k/a «Zenga») [Електронний ресурс] Judgment of the Appeals Chamber. Case № IT-96-21-A, 20 February 2001. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

На що Трибунал відповів таке: «Однак цей Трибунал є автономним судовим органом і хоча Міжнародний суд – це «головний судовий орган» у рамках системи Організації Об'єднаних Націй, до якої Трибунал належить, між двома судами немає відносин ієрархії. У той же час Апеляційна палата за необхідності буде брати до уваги рішення інших міжнародних судів, вона може після уважного розгляду дійти висновку, що відрізняється».

Як убачається, утруднення міжнародних судових органів у визнанні за власними й невластими рішеннями міжнародно-правових якостей цілком пояснимо. Вони не є загальноновизнаними учасниками міжнародно-правового нормотворчого процесу. У світовій доктрині їх статус як суб'єктів міжнародного права перебуває ще на стадії обговорення. Але головне – їх становище в регулюванні міжнародних відносин не рівнозначне становищу національних судів у рамках національних правових систем. У міжнародно-правових відносинах міжнародні суди являють собою один із засобів урегулювання міжнародних спорів, який, безумовно, є авторитетним, але не головним і не винятковим. Згідно з п. 1 ст. 33 Статуту ООН, «Сторони, які беруть участь у будь-якому спорі, продовження якого могло б загрожувати підтриманню міжнародного миру і безпеки, повинні насамперед намагатися вирішити спір шляхом переговорів, обстеження, посередництва, примирення, арбітражу, судового розгляду, звернення до регіональних органів або угод чи іншими мирними засобами за своїм вибором».

Стаття 95 Статуту ООН прямо вказує на право держав-членів крім Міжнародного суду звертатися до інших міжнародних судів:

«Цей Статут жодною мірою не перешкоджає Членам Організації доручати вирішення своїх незгод іншим судам в силу вже існуючих угод або таких, що можуть бути укладені в майбутньому».

Право держав вільно вибирати засоби вирішення спорів є загальноновизнаним принципом сучасного міжнародного права, який чітко артикульований у низці міжнародно-правових і політичних документів. Зокрема, у п. 3 Манільської декларації про мирне вирішення міжнародних спорів, ухваленої резолюцією Генеральної Асамблеї ООН за № 37/10 від 15 листопада 1982 р., зазначається: «Міжнародні спори вирішуються на основі суверенної рівності держав і при дотриманні принципу вільного вибору засобів відповідно до зобов'язань за Статутом Організації Об'єднаних Націй і принципів справедливості та міжнародного права».

У преамбулі документа НБСЄ «Принципи врегулювання спорів та положення процедури НБСЄ з мирного врегулювання спорів», прийнятого на Нараді експертів НБСЄ з мирного врегулювання спорів 8 лютого 1991 р., зазначено:

«Міжнародні спори повинні вирішуватися на основі суверенної рівності держав з урахуванням принципу вільного вибору засобів відповідно до міжнародних зобов'язань і обов'язків та принципів справедливості й міжнародного права».

Необхідність закріплення в міжнародному праві принципу вільного вибору мирних засобів вирішення міжнародних спорів зумовлена його ефективністю. Вона, у свою чергу, є результатом додержання заінтересованими державами *добровільно* обраної процедури врегулювання розбіжностей. М. Л. Ентин зазначає, що «свобода вибору мирних засобів визнається провідним початком будь-яких міжнародних зусиль, пов'язаних із пошуками врегулювання розбіжностей. Навіть у тому випадку, коли продовження спору загрожує міжнародному миру й безпеці, остаточне рішення про конкретну процедуру залишається поза компетенцією ООН. Отже, погоджувальний порядок, рівність сторін, відмова від примусу до того чи іншого мирного засобу розглядаються як невідмінна умова ефективності останнього»¹.

У сучасному міжнародному праві держави ще не готові відійти від даного принципу й визнати обов'язковою юрисдикцію Міжнародного суду ООН або будь-якого іншого міжнародного судового чи арбітражного органу. Більше того, простежується тенденція інституціонально посилити принцип вільного вибору мирних засобів вирішення спорів у тих сферах міжнародного співробітництва, які мають підвищену актуальність. Так, держави – засновники Світової організації торгівлі (СОТ) обрали таку процедуру вирішення спорів між собою, яка забезпечує максимальну гнучкість у такому виборі і яка структурно досить далека від органів міжнародної юстиції, що стали традиційними, таких як Міжнародний суд ООН, Міжнародні трибунали з колишньої Югославії та Руанди, Міжнародний кримінальний суд, Європейський суд з прав людини та ін.²

¹ Энтин, М. Л. Международные судебные учреждения: роль международных арбитражных и судебных органов в разрешении межгосударственных споров [Текст] / М. Л. Энтин. – М. : Междунар. отношения, 1984. – С. 14.

² Домовленість про правила і процедури вирішення спорів (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes), яка утворює Додаток № 2 до Марракеської угоди про створення Всесвітньої торговельної організації від 15 квітня 1994 р.

Тому навряд чи можливо погодитися з позицією таких нових прихильників обов'язкової юрисдикції Міжнародного суду, як П. М. Костоева. Серед заходів, які, на її думку, сприятимуть «підвищенню ролі Міжнародного суду в сучасному світопорядку», вона називає: «визнання всіма державами – членами ООН обов'язкової юрисдикції Суду згідно зі ст. 36 Статуту без будь-яких застережень, за винятком умови взаємності»; «вироблення спеціального документа з предметним позначенням переліку питань, що підлягають розгляду Суду. При обставинах заявленої готовності Міжнародного суду вирішувати будь-які спори документ орієнтований на всеосяжне охоплення галузей міжнародного права»; «у параметрах розширення юрисдикції Суду загальним критерієм зазначеної є досягнення згоди держав на зняття застережень щодо юрисдикції Міжнародного суду до тих положень багатосторонніх договорів, які стосуються врегулювання спорів через суд»¹.

Основне призначення національних судів, як і міжнародних, полягає в урегулюванні різних соціальних конфліктів. Тільки конфлікти ці мають внутрішньодержавний характер, вони зачіпають внутрішні соціальні відносини як публічного, так і приватного плану. Призначення міжнародних судів – врегулювання *міжнародних публічних* спорів.

Національний суд, на відміну від міжнародного, органічно вбудований у систему внутрішніх владних відносин. Він є невід'ємним елементом єдиного, організованого, погодженого управління суспільством і має своїм основним завданням здійснення правосуддя на території певної держави. За загальним правилом предметної компетенції національних судів підлягають всі відносини, що виникають у межах держави. Діяльність внутрішніх недержавних третейських судів становить виняток, який підтверджує загальне правило, оскільки відсутність такого роду органів автоматично переміщує розгляд відповідних спорів у внутрішні державні суди.

З цього випливає, що будь-які концепції, теорії і доктрини, зумовлені національною судовою практикою, не застосовні буквально в міжнародно-правовій площині, оскільки були сформульовані для характеристики правового регулювання внутрішньодержавних відносин, що якісно відрізняються від міжнародно-правових. Тому можна погодитися з Д. С. Власовим, який зазначає, що «доктрину прецеденту як джерела права не можна перенести на правові позиції або, ширше, судові рішення (маються

¹ Костоева, П. М. Международный суд ООН и прогрессивное развитие международного права [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.10 / П. М. Костоева. – М., 2004. – С. 3.

на увазі рішення міжнародних судів. – Ю. Ц.), оскільки відсутні основні умови, за рахунок яких діє прецедент у країнах англосаксонської системи: єдина судова система та ієрархія всередині судової системи»¹.

Особливе ставлення, що склалося в національних правопорядках, до рішень власних внутрішніх судів, визнання за ними самостійних правотвірних властивостей, звичайно, може вплинути і на ставлення до практики міжнародних судових органів. Іноді авторитет внутрішніх судових рішень як таких може бути настільки високий і бездоганний, що перенесення його у сферу міжнародно-правового регулювання може дати зворотний ефект, що явно не погоджується з традиційними для певної держави внутрішніми морально-правовими нормами і усталеними нормативно-правовими механізмами, які забезпечують солідарність людей. Імовірно, у тому числі й так можна сприйняти слова М. Дженіса, Р. Кей та Е. Бредлі про причини заснування Європейського суду з прав людини як контрольного механізму реалізації Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. Вони пишуть: «Справжнім дивом стало постійно зростаюче визнання цієї системи навіть після появи різко суперечливих рішень Європейського суду з прав людини... держави, що стали учасниками Конвенції, підкорились цим рішенням з готовністю, яку можна назвати напрочуд вражаючою. Причин для цього, без сумніву, багато і вони складні, але один аспект, безперечно, стосується нашої теми – це містика форм права. Не можна знати напевне, але принаймні сумнівним є те, що держава скасує свої закони про протиприродні статеві зв'язки чи проведе реформу процедур соціального забезпечення просто за розпорядженням якогось несудового органу, який складається майже повністю з іноземців. Але важче опиратися тим самим наказам, викладеним у формі судового рішення. Опір був би виявом не лише незгоди з політичних питань (яке можна виправдати), але насамперед – викликом зобов'язанню додержуватися принципів людської гідності й верховенства права, взятому на себе державою при її вступі до європейської системи прав людини. Такий виклик у сучасній Європі переважно не вважається політично життєздатною альтернативою»².

Ставлення до рішень міжнародних судів може бути аналогічним – вони можуть найактивнішим чином впливати на формування норм міжнародного права, але вони не можуть являти собою результат ство-

¹ Власов, Д. С. Правовая позиция Международного суда ООН: Понятие, природа и варианты проявления [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Д. С. Власов. – Казань, 2006. – С. 9.

² Дженіс, М. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування [Текст] : пер. з англ. / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. – К. : АртЕк, 1997. – С. 7.

рення цих норм. Міжнародні суди й арбітражі застосовують норми міжнародного права, але не створюють їх.

Інше питання, що в процесі правозастосовної діяльності судді зобов'язані виконувати певні дії, пов'язані з підготовкою справи до розгляду. Вони, зокрема, спрямовані на встановлення норм, що діють у момент виникнення спору і застосовні до фактичних правовідносин, які становлять предмет спору. Як зазначає Ж. Тускоз, «суди насамперед відіграють роль у констатації права»¹. Ці дії відбиваються в тексті кожного міжнародного судового рішення по суті спору, тому що вони вказують на його правову основу і, таким чином, є одним із головних доказів його обґрунтованості й, отже, його справедливості.

Установлення юридичної чинності й точного змісту норм, закріплених у писаній формі, значних труднощів, як правило, не становить. Інша справа, коли перед міжнародним судовим органом стоїть завдання з установлення й застосування неписаної норми – міжнародно-правового звичаю. Суд повинен установити: зміст звичаю – точне формулювання, втілене в ньому; коло суб'єктів, на яких поширюється дія даного звичаю; юридичну чинність звичасвої норми на момент виникнення спору; співвідношення даного звичаю з іншими нормами, втіленими в писаних джерелах міжнародного права; співвідношення з іншими звичаями тощо.

З огляду на те, що в більшості випадків формулювання звичаю досить коротке й лаконічне, суд, зіставляючи його з фактичними правовідносинами, винесеними на його розгляд, змушений уточнювати і конкретизувати його. Тим самим неминуче відбувається розширення змісту норми, вона знаходить нюанси такого ж неписаного характеру. І тут роль судової практики дійсно може бути занадто важливою в артикуляції нових звичасвих норм. С. В. Черниченко справедливо вказує: «Якщо взяти практику Міжнародного суду, то вона свідчить про те, що його рішення ґрунтуються на договірних нормах і вже усталених звичаях. Однак ступінь конкретизації деяких звичаїв у його рішеннях настільки великий, що може дати поштовх до утворення нових звичасвих норм або вперше зафіксувати появу нової звичасвої норми, яка є, з одного боку, елементом уже існуючого міжнародно-правового звичаю, а з другого – самостійною нормою»².

Чи означає це, що тим самим міжнародні суди створюють нові міжнародно-правові звичаї? Вважаю, що слід підтримати широко поширену у світовій доктрині думку, що ні, не створюють. Установлення

¹ Тускоз, Ж. Міжнародне право [Текст] : підручник [пер. з фр.] / Ж. Тускоз. – К. : АртЕк, 1998. – С. 208.

² Черниченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. [Т. 1: Современные теоретические проблемы] / С. В. Черниченко. – М. : НИМП, 1999. – С. 24.

наявності звичаю і його формулювання – різні речі. Міжнародні судові й арбітражні органи не є учасниками процесу утворення звичаїв. Не з їх повторюваних протягом певного проміжку часу фактичних дій складається відповідне правило поведінки – норма, якщо тільки, звичайно, вона не стосується правил функціонування самого суду або арбітражу. З усього випливає, що їх діяльність має саме *допоміжний* характер з установлення звичаєвої норми, як і закріплено у ст. 38 (1) (d) і ст. 59 Статуту Міжнародного суду ООН.

Отже, теорія обов'язкового судового прецеденту, відома в державах загального права як доктрина *stare decisis*, у міжнародному праві стосовно діяльності міжнародних судових органів не підтверджується. Міжнародні суди не створюють норми міжнародного права, а застосовують їх, тому що вони не є учасниками міжнародного правотворчого процесу, не мають відповідних повноважень на створення міжнародно-правових норм і в низці своїх рішень прямо відкидають доктрину *stare decisis* у міжнародному праві, що не перешкоджає їм враховувати у своїй діяльності власні попередні правові позиції та правові позиції інших міжнародних судових органів.

У процесі своєї діяльності міжнародні суди можуть установлювати наявність норм міжнародного права, прояснити й конкретизувати їх зміст, що цілком і повністю відповідає змісту ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного суду ООН, яка кваліфікує судові рішення як «допоміжний засіб для визначення правових норм». Дана функція міжнародних судів стосується, головним чином, міжнародно-правових звичаїв, як особливої специфічної форми фіксації норм міжнародного права.

5.4.2. Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв

У теорії та практиці міжнародного права ставлення до ролі рішень національних судів у міжнародному звичаєвому праві достатньо сформоване – національні суди можуть або підтвердити існування будь-якого міжнародно-правового звичаю, або вплинути на появу нової норми міжнародного звичаєвого права. За радянських часів про це писали Г. М. Даниленко¹, Д. Б. Левін², П. І. Лукін³, С. Г. Паль-

¹ Даниленко, Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М. : Наука, 1983. – С. 151–170.

² Левин, Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1974. – С. 164.

³ Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 125–139.

чик¹, Г. І. Тункін² й ін. При цьому вони всі вказували на далеко не головну, допоміжну роль національних судових систем у справі встановлення міжнародно-правових звичаїв.

Аргументація радянських учених будувалася, головним чином, на твердженні про відсутність у національних судів компетенції розглядати спори, які стосуються міжнародних відносин; на тому, що національні суди офіційно не є органами зовнішніх зносин і тому їх позиція не може впливати на формування міжнародних звичаєво-правових зобов'язань відповідної держави.

У цей час дана позиція потребує докладного перегляду, який би враховував більш авторитетну роль національних судів у суспільстві, яке прагне до демократії і декларує природно-правові цінності як домінуючу правову ідеологію.

Згідно з підп. «д» п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН Суд застосовує «судові рішення... як допоміжний засіб для визначення правових норм». Відомо, що під згаданими в даній статті судовими рішеннями маються на увазі як рішення міжнародних судів, так і рішення національних судів. Тим часом як авторитетність одних і інших нерівнозначна. Якщо повагу до рішень міжнародних судів *a priori* надає їм міжнародно-правовий статус, то роль рішень національних судів у регулюванні міжнародних відносин переважній більшості спеціалістів бачиться набагато скромнішою. Втім така оцінка стосується всієї внутрішньої правотворчої і правозастосовної практики держав.

У контексті міжнародного звичаєвого права рішення національних судів розглядаються як один із доказів державної практики, що підтверджує наявність міжнародно-правових звичаїв. Так, Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, заснований у рамках Асоціації міжнародного права, у п. 9 своєї Остаточної доповіді вказав: «Практика виконавчих, законодавчих і судових органів держави, залежно від обставин, повинна розглядатися як державна практика»³.

¹ Пальчик, С. Г. Юридическая природа международного обычая [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Дону : б. и., 1984. – С. 20, 21.

² Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 164, 165.

³ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

Коментуючи дане положення, Комітет підкреслив, що в цей час варто відійти від позиції, раніше популярної в доктрині, відповідно до якої державна практика на міжнародній арені складається тільки з діяльності органів виконавчої влади. «Можна, безумовно, стверджувати, що діяльність тих органів держави, які не є виконавчими, також може дати підставу для притягнення цієї держави до міжнародної відповідальності»¹.

Цей підхід повністю відповідає загальновизнаному в міжнародному праві положенню, відповідно до якого держава виступає в міжнародних правовідносинах єдиним суб'єктом. Найбільш наочно це виявляється при вирішенні питання про присвоєння державі міжнародно-правової відповідальності. Згідно з п. 1 ст. 4 проекту статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, підготовленого Комітетом міжнародного права ООН і прийнятого до розгляду Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 56/83 від 12 грудня 2001 р.), «поведінка будь-якого органу держави розглядається як діяння даної держави за міжнародним правом незалежно від того, чи здійснює цей орган законодавчі, виконавчі, судові або які-небудь інші функції, незалежно від становища, що він посідає в системі держави, і незалежно від того, чи є він органом центральної влади чи адміністративно-територіальної одиниці держави».

Разом з тим «вага» кожного з органів держави при оцінюванні поведінки держави в цілому на міжнародній арені може бути різною. Традиційно провідна роль у формуванні зовнішньої політики будь-якої держави визнається за органами виконавчої гілки влади. Саме вони практично здійснюють зовнішню політику: передусім представники цієї влади беруть участь у переговорах, підписують юридично зобов'язуючі документи, беруть участь у різних зовнішньополітичних акціях (у тому числі й військового характеру) і т. ін. Подібними можливостями ні законодавча, ні судова влада не володіють. Фактично вони можуть мати власну позицію, свою думку з будь-якого питання зовнішньої політики та й усе. Почати будь-які ефективні конкретні дії у випадку незгоди з діяльністю виконавчої влади в більшості випадків вони не в змозі. Тому і ставлення до їх діяльності в розрізі здійснення зовнішньої політики держави й, отже, формування її міжнародно-правових зобов'язань відповідне. Багато фахівців вважають, що пар-

¹ International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – P. 17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

ламент і національна судова система в питаннях зовнішньої політики просто обслуговують виконавчу владу.

Найбільш виразно така позиція простежується в контексті формування зобов'язань держави за міжнародним звичаєвим правом. Так, торкаючись ролі рішень національних судів, П. І. Лукін зазначає: «Державні органи зовнішніх зносин є найважливішими органами в проведенні зовнішньої політики даної держави, і тому їх роль при формуванні міжнародного звичаю безумовно значніше ролі національних судів»¹. Г. І. Тункін вважав, що рішення національних судів, а також національне законодавство можуть розглядатися як «вираження готовності з боку даної держави визнати те чи інше правило як норму міжнародного права за умови, що інші держави будуть згодні діяти аналогічним чином»². Г. М. Даниленко обґрунтовував малозначущість рішень національних судів у процесі формування норм міжнародного звичаєвого права головним чином тим, що на відміну від органів виконавчої влади вони не мають спеціальних повноважень на ухвалення рішень, які так чи інакше зачіпають сферу міжнародних відносин. Він, зокрема, писав: «Рішення внутрішніх судів не мають своєю метою виразити позицію держави в галузі міжнародних відносин, оскільки внутрішні суди не є органами держави, покликаними діяти в міжнародній сфері. Норма міжнародного звичаєвого права може бути визнана тільки органом, який володіє компетенцією в галузі зовнішніх зносин»³.

Деякі зарубіжні вчені з даного питання висловлюються ще більш виразно. Так, Е. Бенвеністі пише, що «національні суди використовують незрозумілість (fuzziness) міжнародного звичаю... як засіб для просування національних цілей»⁴. Торкаючись взаємодії національних судів з органами виконавчої влади, цей учений зазначає: «Національний суд винятково рідко звертається до звичаєвого права, якщо воно спрямоване проти власної виконавчої влади. Більше того, навіть у випадках, коли застосування міжнародного звичаєвого права було спрямоване проти іноземного уряду або іноземних посадових осіб, суди коливали-

¹ Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – С. 138.

² Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – С. 164.

³ Даниленко, Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М. : Наука, 1983. – С. 156.

⁴ Benvenisti, E. Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency. – P. 17 / E. Benvenisti [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/custom&efficiency-Sept2001-latest.pdf>

ся й згодом погоджувалися на його застосування тільки тоді, коли одержували на це підтримку з боку своєї виконавчої влади»¹. У результаті вчений доходить висновку, що «судове втручання в здійснення виконавчою владою своїх повноважень у міжнародній сфері повинне розглядатися як незаконне втручання в міжнародні справи, незалежно від його внутрішнього застосування»².

Враховуючи викладене, остаточна позиція, зайнята Комітетом Асоціації міжнародного права в питанні значення рішень національних судів у процесі формування норм міжнародного звичаєвого права, уявляється закономірною: «Може трапитися, особливо в державах, у яких існує поділ влади, так, що позиція судової (або законодавчої) гілки влади суперечить позиції виконавчої гілки влади. По суті, виникає питання, чий вплив є визначальним при розгляді різних прикладів державної практики... Остаточний аналіз дозволяє зробити висновок: оскільки виконавча влада несе первинну відповідальність за поведінку держави в міжнародних відносинах, остільки саме її формальна позиція, як правило, повинна мати більший авторитет, а не суперечні їй позиції законодавчого органу або національних судів»³.

З такою точкою зору навряд чи можна погодитися, адже і вищезгаданий Комітет, і вчені, які поділяють думку про пріоритетне врахування поведінки виконавчої влади в процесі формування міжнародно-правових звичаїв, стверджують, що ця влада може приймати рішення й діяти ледве не автономно від законодавчої та судової влади. Це може мати місце, якщо мова йде про тоталітарні держави і держави, що є абсолютними монархіями. Але, слід зазначити, для них сам факт непокори національних законодавчих і судових органів волі виконавчої влади буде виглядати як щось надзвичайне. У таких державах парламент і суди виконують скоріше декоративні функції. Їх рішення несамостійні й строго спрямовані на забезпечення інтересів виконавчої влади. Тому й імовірність їх «самодіяльності» у питаннях внутрішньої й особливо зовнішньої політики наближається до нуля.

Суди, які опинилися в подібному становищі, за великим рахунком, взагалі навряд чи можуть розглядатися як органи правосуддя. Так,

¹ Benvenisti, E. Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency. – P. 17 / E. Benvenisti [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/custom&efficiency-Sept2001-latest.pdf>. – P. 17–18.

² Ibid. – P. 18.

³ Ibid. – 66 p.

у практиці Європейського суду з прав людини при розгляді справ за ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. («Право на справедливий судовий розгляд») були сформульовані критерії поняття «суд», які дозволяють визначити здатність того чи іншого органу, на який формально покладені функції правосуддя, здійснювати ці функції в дійсності. Поняття суду сформульоване в рішенні у справі *Беліос проти Швейцарії* (*Belilos v. Switzerland, 1988*)¹: «„суд” (tribunal) у своєму самостійному значенні характеризується здійсненням функції правосуддя, тобто вирішенням питань у межах своєї компетенції на основі верховенства права і відповідно до встановлених процедур» (§ 64). У рішенні в справі *Бентем проти Нідерландів* (*Benthem v. the Netherlands, 1985*)² Суд, міркуючи про поняття суду, зазначив, що рішення суду повинні мати юридично обов'язкову силу: «Обов'язковість рішення (a power of decision) становить якість, внутрішньо властиву самому поняттю «суд» у рамках розуміння Конвенції... Треба відзначити, що навіть якщо поради слідує у величезній кількості випадків, це буде становити лише практику, яка не має обов'язкової сили» (§ 40). Отже, орган, уповноважений на подання рекомендацій, не буде розглядатися як суд. У рішенні в справі *Бомартен проти Франції* (*Beaumont v. France, 1994*)³ Суд особливо виділив таку якість суду, як незалежність від будь-якого впливу: «Тільки установа, яка володіє всією повнотою юрисдикції й задовольняє ряду вимог, таких як незалежність від виконавчої влади і від сторін [спору], може відповідати поняттю «суд» за змістом параграфа 1 статті 6» (§ 38).

Якщо ж орган, що визначається як суд, відповідає вищевказаним критеріям, то проблема оцінювання його рішень і поведінки виконавчої влади в контексті формування норм міжнародного звичаєвого права має вже іншу специфіку. У рамках держави, побудованої за принципом поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, ці гілки влади не просто конкурують між собою, а в процесі діяльності взаємодоповнюють одна одну. Одна влада не може бути штучно відокремлена від іншої. Можна повністю погодитися з М. О. Ушаковим, що «це

¹ Case of *Belilos v. Switzerland* (Application no. 10328/83), Judgment, 29 April 1988 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>

² Case of *Benthem v. the Netherlands* (Application no. 8848/80), Judgment, 23 October 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

³ Case of *Beaumont v. France* (Application no. 15287/89), Judgment, 24 November 1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

не поділ влади, а її організація»¹. З огляду на плутанину, яка нерідко викликається поняттям «поділ влади», цей учений навіть виступає проти його застосування. Говорячи про основні три види діяльності держави, він пише: «Називати це поділом влади або поділом влад щонайменше недоцільно, оскільки виникає ілюзія подільності державної влади, незалежності одна від одної різних гілок державної влади. Насправді ж розподіл функцій і правомочностей держави між її органами з метою забезпечення найкращої ефективності діяльності держави з управління справами організованого в державу суспільства досить умовний, оскільки звичайно компетенція того чи іншого органу частково перекриває або вторгається в компетенцію іншого»².

На необхідність правильного розуміння концепції поділу влади вказує В. Є. Чиркін: «Мова йде не про безліч різної влади в державі, а про поділ для її здійснення єдиної державної влади на функціональні гілки з системою їх органів»³.

Таким чином, ситуація, за якої в межах держави виконавча влада в питаннях зовнішньої політики діє всупереч позиції і законодавчої і судової влади, свідчатиме про гострі політичні розбіжності всередині самої держави. Ця ситуація характеризуватиме дану державу як нестабільного і непередбачуваного партнера в міжнародних відносинах. Інші країни скоріше зволіють перечекаати цей період нестабільності в державі, ніж серйозно ставитися до поведінки будь-якої з її влад, як правило, досить ситуативної під час внутрішньополітичної напруженості. Чи можна в такі моменти життя якоїсь держави виважено судити про її позиції, особливо з питань, що стосуються взяття на себе зобов'язань за міжнародним звичаєвим правом? Власне, як свідчить практика, у періоди нестабільності в державі затихає, а то й взагалі припиняється міжнародна діяльність, у тому числі й з укладення міжнародних договорів. Що вже говорити про звичаї.

Крім цього, з мого погляду, вчені, які орієнтуються при розгляді питань міжнародно-правового звичаєвого нормоутворення переважно на поведінку виконавчої влади держави, організованої за принципом поділу влади, не враховують сучасних тенденцій у міжнародному звичаєвому праві. Мається на увазі прагнення найбільш авторитетних міжнародних судових органів при встановленні наявності міжнародно-

¹ Ушаков, Н. А. Государство в системе международно-правового регулирования [Текст] / Н. А. Ушаков. – М. : Ин-т государства и права РАН, 1997. – С. 15.

² Там само. – С. 15.

³ Чиркин, В. Е. Современное государство [Текст] / В. Е. Чиркин. – М. : Междунар. отношения, 2001. – С. 130.

правових звичаїв орієнтуватися не на практику держав, а на їх *opinio juris*¹. А в рамках держави-республіки виразником *opinio juris* є перш за все його законодавчі й судові органи. Парламентам у сучасних демократіях належить прерогатива визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики держави, право ухвалення остаточних рішень стосовно прийняття державою міжнародно-правових зобов'язань з найбільш важливих і принципових питань її зовнішньої політики (у зв'язку з чим, наприклад, утвердився інститут ратифікації міжнародних договорів).

Суди в системі поділених владних повноважень посідають особливе, стратегічно важливе становище 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. Саме суди покликані щоденно, кажучи словами С. І. Максимова, встановлювати «справедливість у конкретній ситуації»². Розглядаючи роль судів у «структурі правової реальності», цей учений зазначає: «Методи конкретного правового рішення, також як і методи позитивного законодавства, такі ж дедуктивно-індуктивні. Тут відбувається як процес інтерпретації норми, так і процес конструювання конкретних обставин. При цьому якщо законодавством враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям – певні фактичні обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом сущого і збагачення сущого належним»³.

Уточнимо: «збагачення сущого належним» являє собою вплив існуючих правових норм на фактичні правовідносини, а «наповнення належного моментом сущого» – це зворотний процес. Суди поєднують одне з іншим, не дозволяючи належному (тобто вже сформованому нормативно-правовому матеріалу) втратити контакт з повсякденністю (сущим, об'єктивною реальністю), а сущому – втратити зв'язок із накопиченим раніше правотворчим досвідом у вигляді належного.

Кожний з елементів «правової реальності» – суще і належне – нерозривно пов'язані один з одним. Існування кожного з них окремо втрачає сенс. Разом з тим провідну роль у цьому союзі на сьогодні

¹ Див.: Щокін, Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* [Текст] / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144; Щокін, Ю. В. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичая як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду [Текст] / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 188–197.

² Максимов, С. Структура правової реальності [Текст] / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 132.

³ Там само.

відіграє належне. До переважної більшості випадків із вирішення спорів за фактичними соціальними відносинами судді застосовують вже усталені, загальновизнані правові категорії. Відсутність законодавчого (позитивного) регулювання, як правило, без великих зусиль може бути заміщено вирішенням ситуації на основі загальних правових принципів урегулювання схожих відносин. Власне, і сама судова система (правосуддя) як особливий соціальний інститут навряд чи змогла б виникнути сама по собі, без накопиченого правового досвіду у вигляді належного.

У розрізі міжнародного звичаєвого права діяльність національних судів як таких, що представляють практику відповідних держав, припустимо розглядати тільки в найширшому розумінні терміна «практика». Якщо виходити з більш вузьких, більш строгих уявлень про зміст основних елементів міжнародно-правового звичаю (практики й *opinio juris*), то діяльність будь-яких судів (і міжнародних, і національних) є не що інше, як перманентна реалізація психологічного елемента (*opinio juris*)¹. Інше питання, до яких саме соціальних відносин судді застосовують це *opinio juris*. Національних чи міжнародних? Для встановлення або підтвердження наявності міжнародно-правового звичаю є важливим і те й інше.

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. ін., 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. Указівка на те, що національний суд не є органом зовнішніх зносин, не компетентний розглядати подібного роду спори й, отже, його думку не можна приймати як офіційну позицію держави з питань міжнародного права, на мій погляд, потрібно розглядати насамперед як прагнення обґрунтувати намір виконавчої влади повністю домінувати в питаннях зовнішньої політики. У системі поділу влади роль судів саме і полягає у стримуванні різного роду спроб

¹ Див.: Щокін, Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* [Текст] / Ю. В. Щокін // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144.

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, тому позиція суду є авторитетнішою за позицію виконавчої влади.

Слід зазначити, що прагнення виконавчої влади домінувати в питаннях, які будь-яким чином стосуються здійснення зовнішньої політики держави, характерне не тільки для тоталітарних і авторитарних суспільств, де національні суди взагалі-то й у питаннях прийняття рішень із внутрішніх проблем несаможиттєві. Воно характерно й для тих держав, які не тільки розглядаються багатьма як розвинені демократичні, а й у яких рішення національних судів традиційно відіграють значну роль у функціонуванні внутрішньої правової системи. Маються на увазі країни англосаксонської системи права.

Так, Б. Конфорті, досліджуючи питання встановлення «міжнародних фактів» національними судами різних держав, відзначив, що у Великій Британії судова і виконавча влади в питаннях міжнародних відносин повинні «говорити в один голос»¹. Порівнюючи англосаксонську і континентальну системи права на предмет «примусової або непримусової природи думки виконавчої влади» (тобто наскільки імперативним для національного суду є воля виконавчої влади з питання, пов'язаного з міжнародними відносинами), учений зробив висновок не на користь першої. На його думку, у державах континентального права у цих справах «суди почувають себе зовсім вільно і, можна сказати, зобов'язані діяти самостійно. У країнах загального права, навпаки..., рішення виконавчої влади обов'язково розглядається як примусове»². Загальний висновок, якого дійшов Б. Конфорті щодо цієї проблеми, був сформульований ним так: «Усе, що потрібно сказати, – це те, що в державі, де дотримується принцип законності, останнє слово у сфері застосування права у справах, які подані на розгляд судів, повинне завжди залишатися за ними»³.

З такою позицією слід повністю погодитися. У суспільстві, в якому суд більш незалежний, його позиція має особливу морально-правову цінність, яка базується на творчому застосуванні ідеї права (як ідеї пошуку справедливості) і позитивних норм при розгляді конкретних фактичних обставин. Діяльність суду поєднує і підсумовує діяльність

¹ Конфорті, Б. Международное право в практике европейских судов [Текст] / Б. Конфорті // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1996. – С. 166.

² Там само.

³ Там само. – С. 166, 167.

інших державних і суспільних інститутів. С. І. Максимов з цього приводу пише: «У сучасній правовій державі всі гілки влади мають співробітничати, щоб право здійснилося. Саме здійснення права повинне бути змістом їх діяльності, щоб оформлення права в суспільстві дозволяло кожній гілці державної влади виконувати свої власні завдання й функції. Тому питання про співробітництво гілок влади розуміється нами не тільки в політичному сенсі – як орієнтація на певні цілі, а й у правовому. Головним об'єктом такого співробітництва має бути, насамперед, здійснення права. На основі права можливе забезпечення не тільки єдності різних гілок влади, а й єдності влади і громадянина»¹.

Розгляд національним судом фактичних відносин, які мають міжнародний характер, – відносин з іноземним елементом (за термінологією, що склалася в науці міжнародного приватного права) – дозволяє найбільш контрастно виявити дійсну позицію держави з різних міжнародно-правових проблем. Вона буде набагато виразнішою й конкретнішою, ніж будь-яка декларативна заява органу виконавчої влади, відповідального за здійснення зовнішньої політики держави.

Із цих же міркувань виходив Інститут міжнародного права, ухвалюючи 7 вересня 1993 р. резолюцію «Діяльність національних суддів і міжнародні відносини їх держав». У ній червоною ниткою проходить вимога надання повної незалежності національним судам у тлумаченні й застосуванні норм міжнародного права і внутрішнього права інших держав. Так, у резолюції вказується, що національні суди повинні бути наділені власним національним правом повною самостійністю в тлумаченні і застосуванні міжнародного права (п. 1 ст. 1) та іноземного внутрішнього права (п. 1 ст. 3); думка виконавчої влади при прийнятті рішень національними судами повинна мати тільки рекомендаційний характер, при цьому суди вільні в поводженні з такою думкою (п. 3 ст. 1); якщо розглянуте судом питання безпосередньо стосується виконавчої влади, суд не повинен самоусуватися від його вирішення, мотивуючи це його політичною природою, якщо він прямо регулюється нормою міжнародного права (ст. 2).

Торкаючись ставлення національних судів до міжнародно-правових звичаїв, Інститут міжнародного права зазначив, що «національні суди при визначенні існування або змісту звичаєвого міжнародного права повинні враховувати зміни в практиці держав, а також у практиці судів (case law) і правознавстві (jurisprudence)» (ст. 4).

¹ Максимов, С. Структура правової реальності [Текст] / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 133.

При звертанні до міжнародного звичаєвого права перед суддею національного суду виникає два можливих варіанти дії: або прямо застосувати загальновизнаний звичай міжнародного права, пославшись на відповідну міжнародну практику (наприклад, рішення міжнародних судових і арбітражних органів), або самостійно проаналізувати сукупність поданих доказів і дійти висновку про наявність або відсутність міжнародно-правового звичаю. Який би з цих варіантів суддя не обрав, обидва вони будуть яскраво свідчити про правову позицію держави до відповідних норм міжнародного звичаєвого права. При цьому сама держава в такому випадку буде розглядатися не як державний апарат, а як цілісний соціальний організм.

Таким чином, уявлення про роль національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, які склалися на сьогодні 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 порівняно з позицією виконавчої гілки влади – суд може юридично поставити за зобов'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 (його *opinio juris*) виражається найбільш повно й комплексно, тому що враховує особливості побудови і функціонування внутрішньої правової системи держави в цілому.

Міжнародно-правові звичаї у внутрішньому праві держав

6.1. Міжнародно-правові звичаї у правовій системі Англії

Провідну роль у формуванні уявлень про місце норм міжнародного звичаєвого права в правовій системі Англії відіграє судова практика. Так само як і в США, найбільш уживаним терміном, що передбачає застосування міжнародно-правових звичаїв, є «право народів» (the Law of Nations). Використання його зумовлене історичними причинами, а також величезною популярністю одноіменної роботи Е. де Ваттеля серед англійських учених і суддів у XVIII–XIX ст.¹ В Англії це був час найбільш гармонічного розвитку правової системи, який характеризувався поступовим компромісним злиттям загального права і права справедливості, реформами судової системи² та, необхідно додати, великим авторитетом держави на міжнародній арені, що викликало практичний інтерес до міжнародного права.

У XVIII ст. англійські суди орієнтувалися на *доктрину інкорпорації* (the incorporation doctrine), запропоновану сером Вільямом Блекстоуном (sir William Blackstone)³. Відповідно до неї право народів у своєму повному обсязі прийнято загальним правом і розглядається як частина права території («...the law of nations... is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be part of the law of the land»⁴). В. Блекстоун указує на політичні причини утвердження в судовій практиці цього правила – неможливість королівської влади «запроваджувати

¹ Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), V. R. Clark // Columbia Law Review. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 15–19.

² Див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози : пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 221–224.

³ Див.: Verma, S. K. An Introduction to Public International Law [Text] / S. K. Verma. – PHI Learning Pvt. Ltd., 2004. – P. 54.

⁴ Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. Book IV [Text] / W. Blackstone // A Facsimile of the First Edition 1765–1769; with an introduction by Thomas A. Green. – Chicago : Chicago University Press, 1979. – P. 67.

нове право або припиняти виконання старого»¹. Далі він додає: «І ті акти парламенту, які час від часу створюються для запровадження цього універсального права або для забезпечення виконання його рішень, не повинні розглядатися як такі, що запроваджують будь-яку нову норму, а просто як ті, що декларують старі фундаментальні конституції королівства, без яких воно перестав бути частиною цивілізованого світу»². Як найбільш небезпечні порушення права народів учений розглядав: а) порушення безпечної поведінки (violation of safe-conducts); б) порушення прав послів і в) піратство³.

Загально визнано, що вперше в судову практику доктрину інкорпорації щодо імплементації норм права народів в англійське право увів лорд Телбот (lord Talbot), який зазначив у рішенні у справі *Buvot v. Barbuitt* (1737 р.), що «право народів у своєму повному обсязі є частиною права Англії» (the law of nations in its full extent was part of the law of England). У 1764 р. його дослівно повторив лорд Мансфілд (lord Mansfield) у рішенні у справі *Triquet v. Bath*⁴.

У другій половині XIX ст., на думку багатьох учених, англійські суди починають застосовувати доктрину трансформації (the doctrine of transformation)⁵. Вважається, що початок застосуванню нової доктрини було покладено рішенням Суду з розгляду зарезервованих справ Корони (Court for the consideration of Crown Cases Reserved) у справі *Queen v. Keyn* 1876 р. (інші найменування справи: *R. v. Keyn; the Franconia's case*). Суд розслідував обставини зіткнення в англійських територіальних водах англійських і німецьких судів⁶. Питання про тлумачення й застосування норм права народів було порушено у зв'язку з установами юрисдикції суду в справі. Суд свідомо відмовився додержуватися доктрини інкорпо-

¹ Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. Book IV [Text] / W. Blackstone // A Facsimile of the First Edition 1765–1769; with an introduction by Thomas A. Green. – Chicago : Chicago University Press, 1979. – P. 67.

² Ibid.

³ Див.: Ibid. – P. 68–73.

⁴ Див.: *Buvot v. Barbuitt* (1737) Cases Temp Talbot 281; *Triquet v. Bath* (1764) 3 Burr 1478. (цит. за: Kirby, H. M. The Common Law and International Law [Text] / H. M. Kirby. – A Dynamic Contemporary Dialogue // Legal Studies. – March 2010. – Vol. 30, № 1. – P. 36; O'Brien, J. International Law [Text] / J. O'Brien. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 2001. – P. 114).

⁵ Див.: Verma, S. K. An Introduction to Public International Law [Text] / S. K. Verma. – PHI Learning Pvt. Ltd., 2004. – P. 54; Hillier, T. Sourcebook on Public International Law [Text] / T. Hillier. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 1998. – P. 41.

⁶ Докладн. див.: Cobbett, P. Leading Cases on International Law, with Notes Containing the Views of the Text-Writers on the Topics Referred to, Supplementary Cases, Treaties and Statutes. Vol. 1. Peace [Text] / P. Cobbett, H. H. L. Bellot. – London : Sweet and Maxwell, limited, 1922. – P. 136–144.

рації, ухваливши, що англійські суди не мають юрисдикції над злочинами, вчиненими іноземцями в межах морського поясу шириною до трьох миль, який прилягає до узбережжя Великої Британії, хоча таке право й існувало на підставі міжнародного звичаєвого права. Лорд-суддя Кокбьорн (Lord Chief Justice Cockburn), автор рішення, указав, що колись раніше така юрисдикція існувала, але згодом вона була скасована і замінена новою доктриною, яка просувається вченими Англії, Америки та континентальної Європи. При цьому, зазначив він, серед них немає згоди, але як би то не було, їх думки в будь-якому разі не створюють права самі собою, тобто незалежно від згоди цивілізованих народів. Отже, така згода має бути доведена, тому що «досить сумнівно, щоб цей принцип, розглянутий зараз, зріс до нової [норми] права, міг би застосовуватися судами без санкціонування [відповідного] Актом Парламенту»¹.

Слід звернути увагу на те, що не всі провідні британські спеціалісти кваліфікували ці міркування лорда-судді Кокбьорна як відхід від доктрини інкорпорації. Так, Я. Броунлі, підкреслюючи поширеність такої думки, заявив про її неоднозначність. «Елементи трансформації, – пише Я. Броунлі, – у судженні лорда-судді Кокбьорна повністю сумісні з доктриною інкорпорації, якщо врахувати, що його цікавило питання про доказ норм міжнародного права: якщо доказ не є остаточним, а від вирішення питання залежить свобода людини, то для надолуження наявного доказу потрібне волевиявлення законодавчого органу країни суду. Однак як загальну умову він не вимагає наявності позитивно вираженого схвалення або фундаментальної трансформації за допомогою парламентського акта»².

Зауваження Я. Броунлі є досить доречним, оскільки аналогічний Кокбьорну в справі *Queen v. Keyn* хід думки лорда-судді Алверстоуна (Lord Alverstone CJ) у рішенні в справі *West Rand Central Gold Mining Co., Limited v. R.* (1905 р.) багато-хто кваліфікував як «часткове повернення до теорії інкорпорації»³. У цій справі заявник – *West Rand Central Gold Mining Co., Limited* – стверджував, що посадовими особами Республіки Трансвааль (Південно-Африканська Республіка) у нього були конфісковані два пакети із золотом. У документі про конфіскацію уряд

¹ Цит. за: Cobbett, P. *Leading Cases on International Law, with Notes Containing the Views of the Text-Writers on the Topics Referred to, Supplementary Cases, Treaties and Statutes*. Vol. 1. Peace [Text] / P. Cobbett, H. H. L. Bellot. – London : Sweet and Maxwell, limited, 1922. – P. 139.

² Броунлі, Я. *Международное право [Текст]* : в 2 кн. / Я. Броунлі. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 85.

³ Verma, S. K. *An Introduction to Public International Law [Text]* / S. K. Verma. – PHI Learning Pvt. Ltd., 2004. – P. 54; Hillier, T. *Sourcebook on Public International Law [Text]* / T. Hillier. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 1998. – P. 54.

Республіки Трансвааль зобов'язувався повернути конфісковане золото або відшкодувати його вартість. За підсумками війни в 1900 р. територія ПАР стала домініоном Її Величності. На думку заявника, Велика Британія стала спадкоємцем Республіки Трансвааль, у тому числі стосовно її майна, і, відповідно, тих зобов'язань, які брав цей уряд з повернення золота¹.

У цій справі лорд-суддя Алверстоун погодився з тим, що для формування норм міжнародного права поряд із загальною згодою цивілізованих народів має бути отримана згода Великої Британії, яка «повинна бути визнана і застосовуватися нашими місцевими судами». Але в той же час він підкреслив вирішальне значення «задовольняючих» доказів доктрин з боку держав, щоб вони – ці доктрини – зобов'язували народи. Вислів «„право народів формує частина права Англії”» не повинен тлумачитися так, що як частина права Англії включаються думки вчених з певного питання, стосовно яких немає доказів надання Великою Британією коли-небудь своєї згоди, і *a fortiori* якщо вони суперечать принципам її права, проголошеним її Судами»².

Таким чином, норми права народів, основані на доктринах, тобто міжнародно-правові звичаї могли застосовуватися британськими судами, якщо: а) крім загальної згоди цивілізованих народів на них була отримана згода Великої Британії; б) вони забезпечувалися «задовольняючими» доказами; в) вони не суперечили чинним нормам права Великої Британії, «проголошеним її Судами».

Зазначимо, що Л. Оппенгейм, посилаючись на вказану справу, заявив про несуперечність нових міжнародно-правових звичаїв не сталій раніше судовій практиці, а «англійському статутному праву», тобто законам³. Тим часом, пояснюючи свою позицію, він указав на наявність презумпції пріоритету норм міжнародного права (малися на увазі за текстом саме міжнародно-правові звичаї) над внутрішнім правом, якщо розглядаються справи, що допускають багатозначне тлумачення. Він написав: «Тому що англійське статутне право за всіх обставин і умов є обов'язковим для англійських судів, навіть якщо воно суперечить міжнародному праву, хоча в неясних справах існує презумпція, що

¹ Докладніше див.: West Rand Central Gold Mining Co., Limited v. R. 2 К.В. 391 [1905] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lawofwar.org/west_rand_central_gold.htm.

² Там само.

³ Oppenheim, L. International Law: A Treatise. Vol. I. Peace [Text] / L. Oppenheim. – 3rd edition / ed. By R. F. Roxburgh. – Clark, New Jersey, USA : The Lawbook Exchange, Ltd., 2005. – P. 26.

ніякий Акт Парламенту не може призначатися для верховенства над міжнародним правом (виділено автором. – Ю. Ц.)»¹.

Доктрина інкорпорації була підтверджена і розвинена Таємною радою (Privy Council) у рішенні в справі *Chung Chi Cheung v. The King* (1939 p.), викладаючи яке, лорд Аткін (Lord Atkin) ухвалив: «У всякому разі, коли мова йде про суди цієї країни, міжнародне право має силу лише остільки, оскільки його принципи визнані та сприйняті нашим власним внутрішнім правом. Не існує такої зовнішньої сили, яка нав'язує свої норми нашому власному кодексу матеріального або процесуального права. Суди визнають існування комплексу норм, прийнятого державами в їх відносинах одна з одною. У будь-якому порушеному в суді питанні вони прагнуть установити, що являє собою відповідна норма, і, знайшовши її, розглядають її як інкорпоровану у внутрішнє право, тільки якщо вона не є несумісною з нормами, що містяться в законах або остаточно декларовані внутрішніми судами»².

Застереження лорда Аткіна про наслідки можливої колізії між нормами міжнародного права, що інкорпорується, і внутрішніми англійськими законами та судовою практикою були піддані значній переоцінці Апеляційним судом у рішенні в справі *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* (1977 p.)³. Компанія *Trendtex* вимагала від Центрального Банку Нігерії плату за простій шести суден, відшкодування вартості цементу, завантаженого на два судна, і вартості збитків за неотримання залишку непоставленого товару (175 340 т цементу). ЦБ Нігерії заперечував позовні вимоги компанії *Trendtex* на тій підставі, що він, як орган Федеративної Республіки Нігерії, має імунітет.

Лорд Деннінг (Lord Denning), викладаючи свою позицію в рішенні у справі *Trendtex*, прямо порушив питання про пріоритетність однієї з доктрин при застосуванні норм міжнародного звичаєвого права. Чітко виділивши кожну з них і позначивши підтверджуючу їх англійську судову практику, лорд Деннінг поставив собі запитання: «Яка правильна?». І сам же на нього відповів: «...зараз я вірю, що доктрина інкорпорації правильна. У противному випадку, я не розумію, як наші суди коли-

¹ Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*. Vol. I. Peace [Text] / L. Oppenheim. – 3rd edition / ed. By R. F. Roxburgh. – Clark, New Jersey, USA : The Lawbook Exchange, Ltd., 2005. – P. 26–27.

² Цит. за: Броунли, Я. *Международное право [Текст]* : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 87; англійський варіант див., напр.: Hillier, T. *Sourcebook on Public International Law [Text]* / T. Hillier. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 1998. – P. 42.

³ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 W.L.R. 356 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html>

небудь зможуть визнати зміни в нормах міжнародного права. Безсумнівно, міжнародне право змінюється... і суди враховували зміни без допомоги будь-яких актів парламенту... Міжнародне право не знає норми *stare decisis*. Якщо даний суд сьогодні переконається в тому, що розглянута норма міжнародного права змінилася за 50 або 60 років, він повинен надати сили цій зміні – і застосувати цю зміну в нашому англійському праві – без очікування того, що це зробить Палата лордів»¹.

Революційність рішення у справі *Trendtex* полягала головним чином у запереченні застосування принципу *stare decisis* при зверненні до норм міжнародного звичаєвого права. До цього рішення, як зазначає М. Н. Шоу, вважалося, що доктрина *stare decisis* застосовується в справах, які включають норми міжнародного звичаєвого права, також як і в інших судових справах, «незалежно від будь-яких змін протягом будь-якого часу в такому праві»². Принцип *stare decisis* (скорочено від лат. *stare decisis et quia non movere* – дотримуватися встановленого раніше і не змінювати встановлене) – так званий «принцип прецеденту», який зобов'язує англійські суди дотримуватися прецедентів, установлених вищими судами, а апеляційні суди (крім Палати лордів) – своїх попередніх прецедентів³.

Незважаючи на стрижневий, цементуючий характер для правової системи Великої Британії принципу *stare decisis*, з нього є низка загально визнаних винятків⁴. Справа *Trendtex* визначила ще одне. Однак, незважаючи на зрозумілість формулювань, яка уявляється очевидною, вона не змогла повністю подолати даний принцип. По-перше, це було б занадто радикально для професійного менталітету британських юристів⁵; по-друге, деякі британські вчені звернули увагу на неоднозначність тлумачення лордом Деннінгом понять «інкорпорація» і «трансформація» щодо міжнародно-правових звичаїв, їх невідповідність загально-прийнятим уявленням про них.

¹ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 W.L.R. 356 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html>. – Р. 365, 366.

² Shaw, M. N. *International Law* [Text] / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – Р. 145.

³ Див.: Малишев, Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії [Текст] / Б. В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – С. 201.

⁴ Там само. – С. 207–215.

⁵ Р. Давид і К. Жоффре-Спінозі, розглядаючи основи англійського права, зазначають: «Змінити або скасувати будь-яку норму чинного права – у владі законодавця. Однак він майже не владний змінити мову та основи юридичного мислення» (див.: Давид, Р. *Основные правовые системы современности* [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 226).

Так, Р. К. Гардинер (R. K. Gardiner) звертає увагу на те, що поняття «інкорпорація», яке використовується лордом Деннінгом стосовно міжнародно-правових звичаїв, відрізняється за змістом від загальноприйнятого розуміння інкорпорації міжнародних договорів в англійське право: якщо в першому випадку втручання парламенту не потрібне (як пише лорд Деннінг), то в другому воно обов'язкове (як загальноприйняте). «Як правило стверджується, – пише вчений, – що договір буде «інкорпорований» тільки тоді, коли втручається Парламент і відповідні договірні зобов'язання стали предметом законодавства»¹. Також він указує, що, згідно з лордом Деннінгом, трансформація міжнародного права у внутрішнє право Великої Британії відбувається не тільки тоді, коли втручається парламент, а й тоді, коли норма міжнародного права закріплена в судових рішеннях. У зв'язку з цим Р. К. Гардинер пише: «Якщо судді, як і Парламент, уповноважені робити міжнародне право частиною внутрішнього права, доти, доки вони не мають деяких відбіркових критеріїв, що не розкриваються, вони можуть тлумачити аналогічним чином всі норми міжнародного права. Причому це так само відповідає «інкорпорації», за термінологією лорда Деннінга, а не «трансформації», тому що кожен суддя буде змушений тлумачити будь-яку норму міжнародного права, яка стосується справи, як таку, що автоматично складає частину внутрішнього права»². Інакше кажучи, однакова діяльність судів з установаження і застосування міжнародно-правових звичаїв рівною мірою буде відповідати кожному з понять – і інкорпорації, і трансформації.

Урешті позиція лорда Деннінга у справі *Trendtex* тільки посилила вплив доктрини інкорпорації. Вона не подолала доктрини трансформації. Так, Т. Хіллер (T. Hillier), оцінюючи наслідки справи *Trendtex*, заявляє, що міжнародне звичаєве право для застосування англійськими судами має задовольняти двом основним умовам: 1) «якщо існує протиріччя між міжнародним звичаєвим правом і Актом Парламенту, превалює Акт Парламенту. При цьому має бути відзначено як загальне правило статутного (законодавчого) тлумачення, що суди намагатимуться тлумачити статути таким чином, щоб уникати суперечності з міжнародним правом. Це [правило] звичайно не застосовується, якщо статут є зрозумілим і недвозначним» і 2) «якщо існує протиріччя між міжнародним звичаєвим правом і обов'язковим юридичним прецедентом, що сфор-

¹ Gardiner, R. K. *International Law [Text]* / R. K. Gardiner. – England : Pearson Education Limited, 2003. – P. 133.

² Ibid.

мував норму англійського права, судовий прецедент превалує. Але, слідуючи справі *Trendtex*, англійські суди зараз можуть відійти від ранніх судових прецедентів, які сформулювали норми міжнародного права, якщо міжнародне право за цей час змінилося»¹.

Такий саме підхід за підсумками справи *Trendtex* підтверджує С. К. Верма (S. K. Verma)². Він також посилається на випадки, коли англійські суди відмовляються прямо, автоматично застосовувати норми міжнародного звичаєвого права: по-перше, коли виникає питання про акти держави, «такі як оголошення війни або передача території, незалежно від порушення міжнародного права» і по-друге, коли мова йде про королівські прерогативи, «такі як здійснення визнання держав чи урядів або дипломатичного статусу чи імунітету певних осіб, які не можуть допитуватися в судах і які несуть відповідальність на підставі письмового посвідчення або урядового розпорядження, навіть якщо вони і суперечать певним нормам міжнародного права»³.

Незважаючи на те, що позиція лорда Деннінга у справі *Trendtex* була повністю підтверджена в низці наступних рішень (найвідоміше з них – *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* 1988 р.⁴), сучасна судова практика демонструє вибірковість її застосування. Мається на увазі рішення Палати лордів у справі *R. v. Jones and Milling* (2006 р.)⁵, у якій в центрі уваги постала імперативна норма загального міжнародного звичаєвого права про заборону агресії.

Заявники у справі (Джонс, Міллінг та ін.), які звернулися з апеляцією до Палати лордів, обвинувачувалися в актах цивільної непокори, що супроводжувалися підпалами та брутальними порушеннями цивільного порядку. Свою поведінку вони пояснювали спробами перешкодити підготовці збройних сил США та Великої Британії до вторгнення в Ірак у березні 2003 р., тому що, на їхню думку, дана війна була агресією, забороненою міжнародним правом. На виправдання своїх дій вони посілалися, зокрема, на п. 3 (1) Акта про кримінальне право 1967 р. (*Criminal Law Act 1967*), за яким «особа може використовувати таку

¹ Hillier, T. Sourcebook on Public International Law [Text] / T. Hillier. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 1998. – P. 42, 43.

² Verma, S. K. An Introduction to Public International Law [Text] / S. K. Verma. – PHI Learning Pvt. Ltd., 2004. – P. 56.

³ Ibid. – P. 55.

⁴ *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1988] 3 WLR 1033; аналіз цього та інших рішень за темою див., напр.: Shaw, M. N. International Law [Text] / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – P. 145, 146.

⁵ *R. v. Jones and Milling* [2006] UKHL 16. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>

силу, що є розумно необхідною в певних обставинах для запобігання злочину».

Проминаючи численні деталі справи, зазначимо, що рішення Палати лордів було половинчастим: з одного боку, вона визнала наявність у загальному міжнародному праві звичаєвої норми, яка забороняє здійснення актів агресії (у зв'язку з чим було проведено ґрунтовне дослідження поданих доказів), але, з другого боку, вона відмовилася визнати цей міжнародно-правовий звичай невід'ємною частиною внутрішнього права Англії без проведення парламентом відповідної процедури з трансформації норми.

Так, лорд Бінгхем Корнхільський (lord Bingham of Cornhill), пояснюючи свою незгоду з позицією заявників про автоматичну «асиміляцію» злочину агресії у внутрішнє право Англії, використав аргументи прихильників доктрини трансформації. Він, зокрема, навів у п. 23 рішення слова сера Франкліна Бермана (sir Franklin Berman) про те, що «міжнародне право не може без втручання парламенту створювати злочин, що має пряму підсудність для англійських судів... З огляду на те, що рецепція звичаєвого міжнародного права в англійське право здійснюється на підставі загального права, і на те, що розвиток нового звичаєвого міжнародного права є головним чином результатом міжнародної поведінки виконавчої влади, у якій ні законодавча влада, ні суди, ні будь-який інший конституційний орган не беруть будь-якої участі, було б дивно, якби виконавча влада могла за допомогою даного засобу (міжнародно-правового звичаю. – Ю. Щ.), діючи разом з іншими державами, доповнювати або змінювати, зокрема, *кримінальне* право з усіма наслідками для свободи особи та прав особистої власності».

Необхідність звернення до парламенту для введення злочину агресії у внутрішнє кримінальне право Англії лорд Бінгхем бачить у необхідності додержання демократичного принципу, відповідно до якого «у наші дні парламент і тільки парламент ухвалює рішення щодо того, чи буде поведінка, яка раніше не була злочином, становити нове правопорушення» (п. 60 рішення). Він погодився з тим, що ряд міжнародних правопорушень, закріплених у міжнародному звичаєвому праві «дуже давно» («право, що стосується безпечної поведінки, послів і піратства»), уже становлять частину права Англії, «але нові внутрішні правопорушення... повинні обговорюватися в парламенті, визначатися в статуті та набувати чинності з певної дати. Вони не повинні з'являтися в результаті міжнародного консенсусу, до якого причетна тільки виконавча влада цієї країни» (п. 62).

Рішення Палати лордів у справі *R. v. Jones and Milling* викликало чимало критичних і навіть досить їдких коментарів у британських фахівців. Наприклад, П. Кеппс (P. Capps) зазначив, що «ця справа поставила Палату лордів у дуже незручне становище, що змушує її балансувати і переглядати обґрунтованість великої кількості фундаментальних правових принципів»¹. Уже «те, що агресія є незаконною за англійським правом, – указав учений, – може порушити питання про те, чи є Велика Британія, за словами Блекстоуна, „цивілізованою нацією”»².

Безпосередній практичний вплив даної справи полягав у тому, що після нього принцип *nullum crimen sine lege* включав вимогу *lex scripta*, тобто відтепер нова норма кримінального права обов’язково мала бути закріплена в статутах (англійському законодавстві)³. І в аналогічних випадках англійська судова практика тепер недвозначно зорієнтована на слідування доктрині трансформації при зверненні до міжнародних правопорушень, втілених у звичаєво-правовій формі. У цілому ж кожний англійський суд тепер змушений не тільки встановлювати наявність того чи іншого звичаю в міжнародному праві, який стосується розглянутої справи, а й з’ясовувати «існування будь-яких конституційних перешкод до його інкорпорації»⁴.

6.2. Міжнародно-правові звичаї у правовій системі Сполучених Штатів Америки

Незважаючи на понад 200-річний розвиток правової системи США, питання про місце міжнародно-правових звичаїв у ній дотепер є одним із найбільш активно обговорюваних в експертному середовищі. Дискусія зосереджена головним чином навколо тлумачення норм Конституції США, Акта про судоустрій 1789 р. (Judiciary Act 1789), у тому числі Статуту про делікти іноземців (Alien Tort Statute – ATS), і низки рішень насамперед Верховного суду США, який був змушений час від часу торкатися даної теми.

¹ Capps, P. The Court as Gatekeeper: Customary International Law in English Courts [Text] / P. Capps // The Modern Law Review. – May 2007. – Vol. 70: Issue 3. – P. 466.

² Ibid. – P. 467.

³ Ibid. – P. 468.

⁴ Shaw, M. N. International Law [Text] / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – P. 148, 149.

Споконвічно у праві Сполучених Штатів термінологічно, коли мова йшла про міжнародно-правові звичаї, використовувалося поняття «право народів» («the Law of Nations»), що застосовується дотепер. Саме формулювання – «право народів» – з’явилося під впливом відомої праці Е. де Ваттеля «Право народів», популярної і у Великій Британії, і в Сполучених Штатах у момент їх утворення. А. Дж. Белліа (мол.) (A. J. Bellia (Jr)) і Б. Р. Кларк (B. R. Clark) на підтвердження цього наводять документ – лист Б. Франкліна 1775 р., у якому він дякує американському представникові в Гаазі Шарлю Дюма (Charles Dumas) за своєчасний і «гарний подарунок» – книгу Ваттеля¹. Аналіз, проведений А. Дж. Белліа (мол.) і Б. Р. Кларком, положень книги, а також праць британських і американських юристів і політиків XVIII ст. на предмет значеннєвого змісту поняття «право народів» дозволяє перекоонатися, що від самого початку мова йшла про норми, виведені з практики міжнародного співробітництва (міжнародне торговельне право, адміралтейське (морське) право, міждержавне право)².

Перша справа, розглянута судом Сполучених Штатів після прийняття Декларації Незалежності в 1776 р., але до прийняття Конституції в 1787 р., яка прямо стосувалася «права народів», була так звана «Пенсильванська справа» (*Respublica v. De Longchamps, 1784*³). Підсудний (Charles Julian de Longchamps) обвинувачувався в нападі та залякуванні генерального консула Франції в США (Francis Varbe Marbois) (підсудний двічі прилюдно образив його і зламав йому тростину). Голова суду М’Кін (Chief Justice M’Kean) у своєму виступі, викладеному в рішенні суду, указав, що справа «повинна бути вирішена на принципах права народів, які становлять частину внутрішнього права Пенсильванії»⁴. Далі вже суд у цілому, аргументуючи свою позицію, уточнив, що право народів, «у своєму повному обсязі, є частиною права цього Штату і також повинне бути зібране (is to be collected)

¹ «... добрий подарунок вашого видання Ваттеля, який ви зробили нам. Він прийшов до нас у добрий час, коли обставини держави, що піднімається, примушують нас часто звертатися до права народів» – «... the kind present you have made us of your edition of Vattel. It came to us in good season, when the circumstances of a rising state make it necessary frequently to consult the law of nations» (цит. за: Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // Columbia Law Review. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 16).

² Див.: Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // Columbia Law Review. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 16–26.

³ *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. 111 (1784) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/1/111/case.html>

⁴ *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. 111 (1784). – P. 114.

з практики різних народів і авторитету вчених»¹. Суд заявив, що «особистість посланника священна й недоторканна. Будь-хто, хто дозволить будь-яке насильство стосовно нього, не тільки образить Правителя (Sovereign), якого він представляє, а й завдасть шкоди загальній безпеці й благополуччю народів; [тому] він (підсудний. – Ю. Ш.) винний у злочині проти всього світу (he is guilty of a crime against the whole world)².

Рішення суду Пенсильванії стало показовим. Воно багато в чому передбачило ставлення до права народів, що склалося пізніше – після прийняття Конституції і рішень судів федерального рівня на чолі з Верховним судом США. Уперше однозначно було заявлено, що право народів є частиною правової системи (внутрішнього права) штату, причому повністю, без будь-яких винятків. Привертає до себе увагу і той факт, що суд Пенсильванії застосував норму, яка гарантує особливе становище офіційного представника іноземної держави, без будь-якого узгодження з нормами, що містяться в інших внутрішніх нормативних актах і джерелах міжнародного права (що, звичайно, не дивно – правова система була тільки на самому початку свого формування). Фактично суд просто проголосив наявність норми права народів як загальновідому, загальнозрозумілу й абсолютно очевидну, не приховуючи при цьому мотиву політичної доцільності – бажання продемонструвати союзникові – Франції – намір влади молодого держави, яка вкрай потребує миру, будувати дружні відносини. Зазначимо також, що в тексті рішення чітко простежується вказівка на те, що право народів як частина внутрішнього права штату відносно другої частини, тобто власне внутрішнього права штату, перебуває в більш високому, привілейованому становищі, як би над ним.

Після прийняття Конституції в 1787 р. і Акта про судоустрій 1789 р., що юридично об'єднали північноамериканські штати в єдину федеративну державу, питання про застосування права народів вийшло на більш високий федеральний рівень. Обидва документи оперували даним поняттям, але в різних контекстах. Так, у Конституції єдине формулювання, що безпосередньо стосується, за одностайною думкою американських юристів-міжнародників, міжнародного звичаєвого права, дано в п. 10 § 8 ст. 1: «Конгрес повинен мати право... Визначати й карати піратство і злочини, вчинені у відкритому морі, і порушення

¹ *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. 111 (1784). – P. 116.

² *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. 111 (1784). – P. 116. Де Лонгчампс був засуджений до штрафу і тюремного ув'язнення на строк дещо більше двох років.

права націй» («The Congress shall have Power... To define and punish Piracies and Felonies committed on the high seas, and Offences against the Law of Nations»).

В Акті про судоустрій 1789 р. право народів прямо вказується як одне з правових джерел, застосовуваних при вирішенні спорів судами США. Так, у ст. 9 записано, що федеральні районні суди «також мають компетенцію, яка збігається з судами окремих штатів або окружних судів, залежно від обставин, у всіх справах, у яких іноземці звертаються з позовами тільки за порушення права народів або договору Сполучених Штатів» (у праві США дана норма відома як Статут про делікти іноземців (Alien Tort Statute – ATS); згодом вона була втілена в § 1350 Кодексу США). У статті 13, у якій говориться про повноваження Верховного суду, термін «право народів» ужитий стосовно спорів, що зачіпають іноземних послів, інших офіційних представників іноземних держав, членів їх родин і прислуги («і має всю виключну юрисдикцію, яку суд може мати або застосовувати відповідно до права народів, у позовах чи процесах проти послів або інших публічних посланників, або членів їх родин або домашньої прислуги»).

Такі формулювання Конституції та Акта про судоустрій є опорними при розгляді питання про співвідношення міжнародно-правових звичаїв і внутрішнього права США. Вони традиційно тлумачаться в контексті, по-перше, тих повноважень у сфері міжнародних відносин, якими володіють Конгрес, Президент і судова влада США; по-друге, поділу повноважень між судами штатів і федеральних судів за Актом про судоустрій; і по-третє, з урахуванням рішень внутрішніх судів США.

Так, відповідно до Конституції Конгрес має право «регулювати торгівлю з іноземними державами» (п. 3 § 8 ст. I); «оголошувати війну, видавати каперські свідчення й дозволи на відібрання захоплених ворогом суден і видавати правила про захоплення здобичі на суші й на морі» (п. 11 § 8 ст. I). Президент має «право укладати трактати за радою й за схваленням сенату для того, щоб це схвалення було висловлене двома третинами присутніх сенаторів; ...призначати, за радою й за схваленням сенату, послів, інших уповноважених і консулів» (п. 3 § 2 ст. II). Судова влада поширюється «на всі справи, що вирішуються за законом і по справедливості, які можуть виникнути з цієї Конституції, законів Сполучених Штатів і з трактатів, які укладені або будуть укладені Сполученими Штатами; на всі справи, що стосуються послів, інших уповноважених і консулів; на всі справи, що стосуються адміралтейства і морської юрисдикції» (п. 1 § 2 ст. III); «у всіх справах,

що стосуються послів, інших уповноважених і консулів... Верховному суду повинна належати первісна юрисдикція» (п. 2 § 2 ст. III).

В Акті про судоустрій федеральні районні суди наділені юрисдикцією у кримінальних справах щодо злочинів, учинених у тому числі й у відкритому морі; у всіх цивільних справах стосовно морського судноплавства, «включаючи будь-які захоплення відповідно до законів про податки, навігацію або торгівлю Сполучених Штатів», у тому числі й у відкритому морі (ст. 9). Верховний Суд має у цих справах апеляційну юрисдикцію (ст. 13).

Розбіжності у формулюваннях викликали дискусію, що триває до наших днів. Тон цієї дискусії задають рішення федеральних судів на чолі з Верховним судом, що природно для англосаксонської (прецедентної) правової системи¹. Міжнародне звичаєве право, як право народів, за загальним правилом розглядається в рамках більш загальної проблематики – встановлення змісту федерального права Сполучених Штатів. Зараз воно, безумовно, набуло певної усталеності в розумінні, але при цьому не стало застиглим. Межі повноважень федеральної влади, як і раніше – затребувана тема в американській теорії та практиці. Верховний суд США, як зазначають Дж. Тидмарш (J. Tidmarsh) і Б. Дж. Мюррей (B. J. Murray), «так і не досяг успіхів у тому, щоб запропонувати або змістовне визначення, або теорію федерального загального права»². Його сфера визначається головним чином через установлення «певних анклавів, зміст яких установлюється [Верхов-

¹ В. І. Лафітський, розглядаючи питання про співвідношення американського статутного та загального права (права судової практики), пише: «Розвиток законодавства неминує звужує сферу застосування «традиційного» загального права, його видимої частини, відображеної в прецедентах, що закріплюють власне норми загального права. Але повної заміни при цьому не відбувається... У процесі правозастосування відбувається «поглинання» статутного права загальним (в даному контексті – судейським правом). Конституційні та законодавчі норми підміняються прецедентами, орієнтованими на вирішення певних спорів и справ» (див.: Лафитский, В. И. Основы конституционного строя США [Текст] / В. И. Лафитский. – М. : НОРМА, 1998. – С. 84, 85). Утім так буває не завжди. Зокрема, Верховний суд США може відмовитися розглядати справу, навіть якщо його юрисдикція є очевидною на тій підставі, що в ній порушується «політичне питання», рішення з якого має прийняти гілка влади з повноваженнями у сфері політики. Сама ж доктрина *stare decisis* сприймається в США не як застигла догма або сувора «механічна формула», а як «юридична політика, що сприяє визначеності, однаковості та стабільності права». При цьому юридична цінність судового прецеденту прямо залежить від морального авторитету його автора (див.: O'Brien, D. M. Constitutional Law and Politics [Text] / D. M. O'Brien. – Vol. I : Struggles for Power and Governmental Accountability. – 6th ed. – N.Y., U.S.A. : Norton & Company, 2005. – P. 119, 124–126).

² Tidmarsh, J. A Theory of Federal Common Law [Text] / J. Tidmarsh, B. Murray // Northwestern University Law Review. – 2006. –Vol. 100, № 2. – P. 589.

ним] Судом»¹. До таких анклавів традиційно належали: 1) справи, що стосуються прав і обов'язків Сполучених Штатів; 2) спори між штатами; 3) міжнародні відносини та 4) справи морського міністерства (admiralty). Останніми роками до них додалися: 5) спори за контрактами, в яких стороною є уряд США, і 6) спори за так званими «певними федеральними процесуальними нормативними перешкодами»².

Міжнародно-правові звичаї розглядаються в рамках першого, третього і четвертого анклавів, а, на думку деяких вчених, вони самі вже являють собою відокремлений анклав федерального права (про що нижче). Правова система США від самого початку в цьому питанні пішла таким шляхом розвитку, коли і суди штатів, і федеральні суди активно використовували при ухваленні рішень право народів. Дж. Г. Ку (J. G. Ku), аналізуючи ст. III Конституції, зазначає: «Структура статті, по суті, дозволяє позивачеві-іноземцеві вибирати, чи звертатися з позовом у федеральний суд або суд штату... Якщо з якоїсь причини іноземець звернувся з позовом у суд штату, цей суд буде відповідальним за тлумачення і застосування права народів для того, щоб вирішити спір»³. У зв'язку з тим, що ст. 25 Акта про судоустрій не дозволяє Верховному суду переглядати рішення верховних судів штатів, крім тих випадків, коли ці рішення порушують «конституцію, договори або закони Сполучених Штатів», сформувалася дворівнева судова система з пересічними юрисдикціями. На думку Дж. Г. Ку, батьки — засновники США просто не могли спрогнозувати такі наслідки, «вони повністю не розуміли шляху, яким щойно створена ними судова система йтиме на практиці»⁴. У результаті норми міжнародного звичаєвого права протягом двох сторіч застосовувалися як судами штатів, так і федеральними судами. Одночасно з цим не вщухала дискусія про місце права народів у правовій системі США, найавторитетніший голос у якій, звичайно ж, належав Верховному суду США.

Протягом усього XIX ст. Верховний суд США застосовував норми права народів у величезній кількості справ за потребою. При цьому він не називив їх конкретного джерела. Найбільша кількість справ була пов'язана з військово-морськими і торговельними правовідносинами⁵.

¹ Tidmarsh, J. A Theory of Federal Common Law [Text] / J. Tidmarsh, B. Murray // Northwestern University Law Review. – 2006. – Vol. 100, № 2. – P. 593.

² Ibid. – P. 594-614.

³ Ku, J. G. Customary International Law in State Courts [Text] / J. G. Ku // Virginia Journal of International Law. – 2001. – Vol. 42:1. – P. 280.

⁴ Ibid. – P. 290.

⁵ Див.: Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // Columbia Law Review. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 76, 77.

Застосування принципів права народів нерідко було таким, що малося на увазі. Наприклад, у рішенні в справі *Swift v. Tyson, 1842'* Верховний суд послався на принципи «загального комерційного права» (general commercial law), не вказуючи, що вони є частиною права народів. Для суддів і сторін процесу це було очевидним. Сама ж справа стала знаменитою завдяки недвозначній вказівці Суду на існування норм (у цьому випадку «загальних принципів комерційного права»), формування правової природи яких значно ширше меж судової юрисдикції окремих штатів. А раз так, то вони (суди штатів) можуть застосовувати ці норми, але не створювати їх. Отже, федеральні суди не пов'язані думками суддів штатів при формуванні федерального загального права, включаючи ту його частину, що становить право народів. «Безсумнівно, рішення місцевих судів у тих справах, у яких вони уповноважені й будуть винесені, мають найуважливіше ставлення і повагу з боку цього суду (Верховного суду США. – Ю. ІЦ.), але вони не можуть представляти позитивних норм або остаточної [правової] підстави, якою наші власні рішення повинні бути зв'язані і якою ми повинні керуватися»², – заявив Верховний суд.

Х. Х. Кох (Н. Н. Koh) коментує значення даного рішення для наступної судової практики в США так: «До 1842 р. федеральні суди і суди штатів тлумачили міжнародне звичаєве право з невеликою поправкою на його федеральний характер або характер права штату. І федеральні суди, і суди штатів застосовували міжнародні приватно-правові норми торговельного права (*lex mercatoria*) з метою формування єдиного національного комерційного права. У справах, які стосувалися військово-морського відомства і цивільно-правових деліктів за участю іноземців (alien torts) норми міжнародного звичаєвого права прямо використовувалися в рішеннях федеральних судів. [Рішення] *Swift v. Tyson* указало на те, що норми обігу векселів (bill of exchange rules), які походили з *lex mercatoria*, становлять частину «генерально-загального права» (general common law) для тлумачення федеральними судами загальної юрисдикції. Після цього федеральні суди почали тлумачити комерційні й некомерційні норми міжнародного звичаєвого права достатньо регулярно...»³.

¹ *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 16 Pet. 1 1 (1842) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/41/1/case.html>.

² *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 16 Pet. 1 1 (1842). – P. 19.

³ Koh, H. H. Is International Law Really State Law? [Text] / H. H. Koh // *Harvard Law Review*. – May, 1998. – Vol. 111. – P. 1830–1831.

К. Лінд (C. Linde) вважає, що рішення в справі *Swift v. Tyson* у поєднанні з положеннями ст. III Конституції, які стосуються федеральної юрисдикції, наділило федеральні суди «практично необмеженою владою» проголошувати принципи загального федерального права¹.

На думку Р. Давида й К. Жофре-Спінозі, це рішення «вело до висновків, що досить шокують, і в конституційному, і в практичному плані, зокрема до невинного дуалізму судових рішень, які могли виявитися різними залежно від того, куди звернувся позивач – у судовий орган штату або федеральний суд... Уведення поняття федерального загального права суперечить духу Конституції; визнається факт переваги федеральної влади (маються на увазі судова влада) у тих питаннях, які Конституція прагнула зберегти в компетенції штатів»².

Величезний досвід, накопичений Сполученими Штатами до кінця XIX – початку XX ст. у сфері міжнародних відносин, у сукупності з відповідною різноманітною внутрішньою судовою практикою і розвиненою доктриною стали підґрунтям нового, більш якісного, поглибленого й наближеного до сучасного розуміння права народів як *міжнародного права*, втіленого головним чином у міжнародно-правових звичаях і узвичаєннях. Про це прямо на зламі століть було заявлено Верховним Судом у рішенні у справі *The Paquete Habana (1900)*³: «Міжнародне право – це частина нашого права, воно повинне встановлюватися (must be ascertained) і застосовуватися судами правосуддя відповідної юрисдикції так часто, як і представлені належним чином для вирішення питання прав, що залежать від нього. Для цієї мети, якщо немає ні договору, ні регулюючого виконавчого або законодавчого акта або судового рішення, треба звернутися до звичаїв (customs) і узвичаєнь (usages) цивілізованих націй і на доказ їх [наявності] – до робіт юристів і тлумачів не для абстрактних припущень їх авторів щодо того, яким право має бути, а для доказу, який заслуговує на довіру, того, яке право в дійсності є⁴».

При буквальному тлумаченні формулювання можна зробити висновок, що міжнародне право, виражене в міжнародно-правових зви-

¹ Linde, C. The U.S. Constitution and International Law: Finding the Balance [Text] / C. Linde // Journal of Transnational Law & Policy. – Spring 2006. – Vol. 15. – P. 310.

² Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жофре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 280.

³ The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/175/677/case.html>

⁴ The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900). – P. 677.

чаях і узвичаєннях¹, як і раніше, є частиною правової системи США. Але при цьому воно вже не розглядається як право беззастережно вищого порядку і щодо внутрішнього права, і щодо норм міжнародного права, закріплених у міжнародних договорах.

Таке ставлення не можна розглядати як якусь зневагу до міжнародного звичаєвого права. Потрібно враховувати, що за минуле сторіччя більшість міжнародно-правових звичаїв, які втілювали переважно загальноновизнані й широко відомі принципи права народів того часу, практично безперешкодно, без особливих доказів, а часто й взагалі без будь-яких доказів уже проникла у внутрішню правову систему США, стала невід'ємною частиною його федерального загального права. Отже, позиція Верховного Суду в рішенні у справі *The Paquete Habana*, що є актуальною, *inter alia*, до сьогодні, говорила про його зріле ставлення до міжнародного звичаєвого права.

Про зрілість свідчить і підхід, продемонстрований Верховним судом у даній справі при встановленні наявності міжнародно-правового звичаю, який забороняє військовим судам під час війни захоплювати рибальські судна, що не мають відношення до військово-морських сил противника, і розглядати їх як військовий трофей (мова йшла про правомірність захоплення ВМС США двох іспанських рибальських суден біля узбережжя Куби під час американо-іспанської війни). Суд вивчив значну кількість доказів, які підтверджують цю норму як «стародавній звичай цивілізованих націй» (an ancient usage among civilized nations): внутрішні нормативні акти інших держав (наприклад, укази Генріха IV 1403 і 1406 р., адресовані своїм адміралам й іншим офіцерам; ордонанси Імператора Японії, видані в 1894 р. перед війною з Китаєм); міжнародні договори, укладені іншими державами задовго до утворення США (наприклад, договір між імператором Чарльзом V і французьким королем Франциском I від 2 жовтня 1521 р.; договір між французьким королем Луї XIV і Генеральними Штатами Голландії 1675 р.), і міжнародні договори за безпосередньої участі США; внутрішню власну судову практику та судову практику інших держав (переважно Великої Британії та Франції); докладно були досліджені дії «цивілізованих націй» під час Кримської війни 1854 р.; величезна кількість доктринальних джерел (є, до речі, велике цитування робіт харківського

¹ Чітке розмежування між звичаями і узвичаєннями у той час для переважної більшості спеціалістів ще не було очевидним. Тому ці поняття використовувалися як синоніми.

вченого Д. І. Каченовського, не говорячи вже про численні праці західноєвропейських юристів)¹.

У 1937 р. Верховний суд ухвалює рішення у справі *Belmont*². У цій справі американська влада звернулася з позовом про стягнення зі спадкоємців Августа Бельмонта (August Belmont), нью-йоркського банкіра, який помер у 1924 р., грошових коштів, які він депонував від російської корпорації (Петроградський металургійний завод) до 1918 р. Після революції депозит став власністю Радянського уряду і залишався в ній до 16 листопада 1933 р., тобто до того часу, коли Радянський уряд передав його заявникові, тобто уряду США.

Торкаючись питання співвідношення норм договорів і внутрішнього права США, Верховний суд у справі *Belmont* указав на верховенство договорів у цьому співвідношенні. Він, зокрема, зазначив: «Очевидно, що влада Сполучених Штатів, що здійснює зовнішні зносини, має виконувати їх незалежно від політики або права штатів. Верховенство договору повинне щодо цього бути визнане від самого початку... І поки ця норма стосовно договорів є чітко встановленою у відділі 2 статті VI Конституції³, з цього повинна випливати аналогічна норма у випадку всіх міжнародних угод і домовленостей на підставі тільки того факту, що повна влада в міжнародних справах покладена на національний уряд і не є й не може бути предметом будь-якого обмеження або втручання з боку окремих штатів... Стосовно всіх міжнародних переговорів (negotiations) і угод, і щодо наших міжнародних відносин у цілому, установки штатів зникають (state lines disappear)⁴. В американській доктрині вважається, що дане твердження рівною мірою стосується і міжнародного звичаєвого права⁵.

Етапним для розуміння місця міжнародного звичаєвого права у правовій системі США став 1938 р., коли Верховним судом США

¹ Див.: *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/175/677/case.html>.

² *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/301/324/case.html>

³ Відділ 2 статті VI Конституції США говорить: «Ці конституції та закони Сполучених Штатів, які будуть видаватися на виконання її, рівно як усі трактати, які укладені або будуть укладені Сполученими Штатами, повинні вважатися верховним законом країни, а судді в кожному штаті мають підкорятися цьому закону, хоча б деякі постанови в конституції чи в законах будь-якого штату і суперечили йому».

⁴ *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937). – P. 331.

⁵ Див.: Dodge, W. S. *Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after Sosa v. Alvarez-Machain* [Text] / W. S. Dodge // *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. – 2004. – Vol. 12. – P. 106, 107.

було винесене рішення у справі *Erie R. Co. v. Tompkins*¹. У справі не були безпосередньо порушені питання міжнародного звичаєвого права, як, власне, і міжнародного права взагалі. Суд, здійснюючи правову кваліфікацію фактичних обставин, був змушений розтлумачити нюанси формування федерального загального права, які, у свою чергу, не могли не відбитися і на проблематиці міжнародного звичаєвого права в США.

У цій справі пан Томпкінс під час нічної прогулянки уздовж залізничних колій був травмований предметом, «який виглядав як двері та виступав з одного з вагонів, що рухався», товарного поїзду, який проходив мимо. Поїзд належав *Erie Railroad Co.* Томпкінс був громадянином штату Пенсильванія, а компанія – заснована в Нью-Йорку. Справа розглядалася судом за місцем перебування відповідача – федеральним судом південного Нью-Йорка. Томпкінс обвинувачував компанію в недбалому керуванні та експлуатації поїзда. Компанія у відповідь заявляла, що вона «відповідальна перед Томпкінсом не більш ніж перед будь-яким правопорушником (trespasser). Головний юридичний аргумент *Erie Railroad Co.* полягав у такому: тому що Томпкінс – громадянин штату Пенсильванія, а відповідно до права цього штату особи, які користуються доріжками уздовж залізничних колій, розглядаються як правопорушники, і залізниця не є відповідальною за шкоду, заподіяну їм через їх же недбалість, крім тих випадків, коли вона (тобто ця шкода) була навмисне заподіяна з боку залізниці. Томпкінс був незгодний із застосуванням даної норми у зв'язку з тим, що вона була закріплена в рішенні Верховного суду Пенсильванії і не містилася в будь-якому зі статутів. Він вважав, що відповідальність залізничної компанії повинна визначатися у федеральних судах, тому що становить предмет загального права.

У зв'язку з тим, що перші дві судові інстанції відмовилися брати до уваги право Пенсильванії при винесенні рішення з цього питання, тому що «питання було не місцевого (local), а генерального (general) права», Верховний суд США висловився з цього приводу. По-перше, Суд, згадавши своє раннє рішення в справі *Swift v. Tyson*, зокрема, заявив, що «в усіх питаннях, крім тих, у яких здійснює контроль федеральне право, федеральні суди, що володіють юрисдикцією в справах, сторони яких мають різне громадянство, повинні застосовувати для винесення своїх рішень право штату як писане, так і неписане»². По-

¹ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/304/64/case.html>

² *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). – P. 73.

друге, Суд оголосив, що практика застосування доктрини *Swift v. Tyson* виявила її політичні й соціальні недоліки. Одним із них була брутальна дискримінація негромадянами штатів громадян цих штатів. Крім того, «у спробі сприяти одноманітності права на всій території Сполучених Штатів доктрина перешкоджала одноманітності в застосуванні права штатів»¹. І по-третє, Суд сформулював новий концептуальний підхід (судову доктрину) щодо даної проблеми: «Крім як у питаннях, що визначаються Конституцією Федерації або актами Конгресу, у будь-якій справі повинне застосовуватися право штату. І чи буде затверджене право штату його законодавчим органом або його верховним судом у рішенні – це не питання федерального інтересу. Не існує федерального генерального загального права (*federal general common law*). Конгрес не має повноважень установлювати матеріальні норми загального права, застосовувані в штатах, незважаючи на те, чи будуть вони локальними за своєю природою або «генеральними» (*general*), чи будуть вони комерційним правом або частиною права цивільних деліктів. І немає пункту в Конституції [США], яка має на меті надати таку владу федеральним судам»².

Ухвалення Верховним судом США рішення в *Erie* мало різні наслідки. У світоглядному плані воно значно підсилило позиції юридичного позитивізму в американській судовій практиці й доктрині. На цей момент звертають увагу А. Дж. Беллія (мол.) і Б. Р. Кларк. Вони вказують, що Верховний суд, цитуючи в даній справі суддю Холмса (*Justice Holmes*), схвалив фундаментальний принцип юридичного позитивізму: «Право в тому розумінні, у якому суди говорять про нього, сьогодні не існує без певної влади за ними»³. Тому в практичному плані Верховний суд не просто, за словами К. Лінда, «змінив курс й істотно обмежив здатність федеральних судів створювати доктрини загального права»⁴, – він істотно обмежив судову правотворчість в Сполучених Штатах взагалі.

Щодо міжнародного звичаєвого права нова доктрина *Erie*, на думку багатьох американських учених, сприяла не проясненню, а ускладненню питання. Практично відразу після прийняття цього рішення фахівці вказали на його дуже серйозний недолік – воно було зорієнтоване на регулювання внутрішніх відносин і не враховувало специфіки

¹ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). – P. 74.

² *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). – P. 78.

³ Див.: Bellia, A. J. (Jr). *The Federal Common Law of Nations* [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // *Columbia Law Review*. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 82.

⁴ Linde, C. *The U.S. Constitution and International Law: Finding the Balance* [Text] / C. Linde // *Journal of Transnational Law & Policy*. – Spring 2006. – Vol. 15. – P. 311.

регулювання міжнародних відносин США. Зокрема, Ф. Джессеп (Ph. Jessup) заявив: «Імовірно, пан суддя Брендис не думав про міжнародне право, коли писав свій вердикт»¹. На десятиліття проблематика міжнародного звичаєвого права в судовій доктрині США опинилася в підвішеному стані, без більш-менш зрозумілих пояснень. К. Лінд помітив, що «майже двадцять п'ять років проблема впливу *Erie* на міжнародне звичаєве право залишалася недослідженою»².

На думку Х. Х. Коха, рішення Верховного суду США в *Erie* обмежувало насамперед право федеральних судів створювати генеральне федеральне загальне деліктне право (a general federal common law of tort), від якого міжнародне звичаєве право істотно відрізняється. По-перше, брак влади федеральних судів створювати норми загального деліктного права, ґрунтується на недостатності конституційних повноважень Конгресу (про що говорилося в рішенні), не поширюється на сферу, пов'язану з міжнародними відносинами. В останньому випадку відповідними повноваженнями Конгрес саме володіє, тому «ніхто не міг би аналогічним чином заявити, що федеральним судам не дістає влади створювати норми федерального загального права, які стосуються міжнародного права»³. По-друге, «*Erie* вимагав, щоб право штату було керівним матеріальним правом у різних справах... Але стосовно міжнародного права і права зовнішніх зносин Конституція не передбачає аналогічної ролі для законодавчого або судового процесу штатів»⁴.

23 березня 1964 р. Верховний суд США ухвалює рішення у справі *Banco National de Cuba v. Peter L. F. Sabbatino*. У даній справі Національний банк Куби судився на території США з юридичним представником компанії *S.A.V. Пітером Саббатіно*. Раніше, у липні 1960 р., ця компанія була націоналізована революційним урядом Куби як репресалія за дії Сполучених Штатів щодо уряду Кастро. На момент націоналізації компанія *S.A.V.* мала контракти на продаж цукру деяким північноамериканським компаніям. Останні врешті цукор одержали, але вже від нового революційного уряду, який узяв на себе зобов'язання компанії *S.A.V.* перед ними, але розраховалися при цьому не з урядом Куби, а з юридичним представником компанії *S.A.V. Саббатіно*.

¹ Цит. за: Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // Columbia Law Review. – January 2009. – Vol. 109, № 1. – P. 82.

² Linde, C. The U.S. Constitution and International Law: Finding the Balance [Text] / C. Linde // Journal of Transnational Law & Policy. – Spring 2006. – Vol. 15. – P. 321.

³ Koh, H. H. Is International Law Really State Law? [Text] / H. H. Koh // Harvard Law Review. – May 1998. – Vol. 111. – P. 1831.

⁴ Ibid.

Позивач, Національний банк Куби, вимагав від Саббатіно відповідної грошової компенсації. Окружний і апеляційний суди ухвалили рішення на користь відповідача. Але Верховний суд переглянув справу на користь позивача, оскільки не знайшов доказів наявності норми міжнародного звичаєвого права, яка забороняє експропріацію (націоналізацію) землі або власності урядами держав на своїй власній території¹.

Таким чином, у цьому рішенні Верховний суд підтримав доктрину акта держави, відповідно до якого суди США не повинні переглядати правомірність рішень офіційних органів інших держав, винесених у межах їх територіальної юрисдикції. Суд прямо в тексті рішення заявив про підтримку позиції професора Ф. С. Джессепа (тодішнього представника Сполучених Штатів у Міжнародному суді ООН), який першим в американській доктрині відкрито й привселюдно розкритикував рішення в справі *Erie*, і навів його слова про те, що «норми міжнародного права не повинні покладатися на тлумачення штатів, які розрізняються і, можливо, є місцевими»². У зв'язку з цим Верховний суд визначив, що питання, які стосуються міжнародних відносин і, відповідно, міжнародного права, є «виключно федеральними за своєю природою»³ і «повинні розглядатися виключно як аспекти федерального права»⁴.

Така позиція Суду, на думку В. С. Доджа (W. S. Dodge), на сьогодні являє собою традиційний, ортодоксальний підхід щодо місця міжнародного звичаєвого права у правовій системі Сполучених Штатів⁵. Ортодоксальний, але не остаточний. З одного боку, вона була уточнена за допомогою самої судової практики. Але з другого боку (у зв'язку з недоговірністю, двозначністю наведених формулювань та багатьох інших судових рішень, нечіткістю норм Конституції США, зміною політичної ситуації усередині країни і за її межами, врешті, новими віяннями в північноамериканській доктрині міжнародного й конституційного права, як і внаслідок багатьох інших факторів), ця позиція не виявилася непорушною в головному – формула «міжнародне

¹ Докладн. див.: *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/376/398/case.html>.

² *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. – P. 425.

³ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. – P. 424.

⁴ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. – P. 425.

⁵ Див.: Dodge, W. S. *Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after Sosa v. Alvarez-Machain* [Text] / W. S. Dodge // *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. – 2004. – Vol. 12. – P. 90.

звичаєве право – аспект федерального права США» вже поставлена під сумнів рядом провідних американських спеціалістів.

У першому випадку можна виділити рішення Другого Окружного Суду Апеляцій у справі *Filartiga v. Pena-Irala* від 30 червня 1980 р., у якому представники родини Філартига, громадяни Парагваю, не добившись справедливого правосуддя над убивцею – високопоставленим поліцейським м. Асунсьйона на ім'я Пена-Ірала – у своїй країні, зробили це у Сполучених Штатах¹. Рішення стало знаменитим завдяки багатьом правовим позиціям. Крім докладного підтвердження наявності універсального міжнародно-правового звичаю («норми права народів»), який забороняє катування², у ньому була закріплена вказівка на те, що міжнародне право повинне тлумачитися у своєму сучасному розумінні, а не в такому, яким воно було в 1789 р., тобто під час його законодавчого закріплення («таким чином, зрозуміло, що суди повинні тлумачити міжнародне право не так, як воно було в 1789-му, а так, як воно розвивалося й існує сьогодні серед народів світу»³). Також у даному рішенні відкинута аргумент про несамождійсненність норм міжнародного звичаєвого права, який висував Пена-Ірала⁴, що дозволило багатьом фахівцям однозначно стверджувати зворотне.

На рівні Верховного суду США позиції рішення у справі *Filartiga* були підтвержені й розвинені в рішенні у справі *Sosa v. Alvarez-Machain* від 29 червня 2004 р.⁵ У цій справі досліджувалися обставини викрадення мексиканського лікаря Умберто Альвареса-Мачейна (Humberto Alvarez-Machain) групою мексиканських громадян (у числі яких також був Хосе Франциско Соса (Jose Francisco Sosa), які співробітничали з Агентством з боротьби з наркотиками США (U.S. Drug Enforcement Agency – DEA). Альварес підозрювався у співучасті в катуваннях і вбивстві на території Мексики агента DEA. У зв'язку з тим, що уряд Мексики відмовився екстрадувати Альвареса офіційно, він був викрадений.

Рішення у справі *Sosa* стало знаменним і для судової практики, і для доктрини міжнародного й конституційного права США. У ньому яскраво представлена гостра дискусія, яка розгорнулася між членами

¹ Докладн. див.: *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d 876 (1980) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d876.html>.

² Див.: *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d. – P. 880–885.

³ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d. – P. 881.

⁴ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d. – P. 889, 890.

⁵ Див.: *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. 692; 124 S. Ct. 2739 (2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/542/692/case.html>.

Суду при підготовці тексту рішення, і в якій історія питання «права народів» у правовій системі США виявилася тісно переплетеною з сучасними уявленнями про міжнародне звичаєве право.

Так, досліджуючи аргументацію Хосе Соса, побудовану на аналізі документів Першого Конгресу (First Congress), судді змушені були звернутися до часів зародження конституційної і судової систем Сполучених Штатів – до кінця XVIII ст. Зокрема, найдокладніше були проаналізовані причини, за яких Перший Конгрес сформулював відповідні положення про право народів в Акті про судоустрій 1789 р. І оскільки мова йшла насамперед про ст. 9 даного Закону, яка містить Статут про делікти іноземців (Alien Tort Statute – ATS) і стосується повноважень федеральних районних судів, Верховний суд її ретельно вивчив і порівняв із сучасним формулюванням ATS, що міститься в § 1350 Кодексу Сполучених Штатів (United States Code)¹.

У результаті Верховний суд заявив про право федеративних судів при ухваленні рішень звертатися до тих норм міжнародного звичаєвого права (права народів), які регулюють відносини з іноземними громадянами, і тільки з цивільних справ. «Ми думаємо, що є правильним припустити, що Перший Конгрес розумів, що федеральні районні суди повинні визнавати приватні підстави для позовів з певних деліктів, які порушують право народів, але при цьому ми не знайшли підстав припускати, що Конгрес мав на увазі будь-які інші приклади, крім деліктів, які відповідають основним правопорушенням Блекстоуна: порушення охоронних грамот (violation of safe conducts), порушення прав послів і піратство. Ми думаємо також, що не було будь-яких змін протягом останніх двох сторіч від введення § 1350 до появи сучасної категорії справ, що беруть початок з *Filartiga v. Pena-Irala*... які категорично перешкоджали федеральним судам визнавати позови на підставі права народів як частини загального права; Конгрес не доповнював будь-яким відповідним чином § 1350 або обмежував законодавчо сферу цивільного загального права²».

Верховний суд також був змушений дати оцінку позиції судді Скалі (Justice Scalia), оснований на популярній і активно обговорюваній у сучасній американській доктрині теорії професорів К. Бредлі

¹ § 1350 Кодексу Сполучених Штатів говорить: «Федеральні районні суди мають первинну юрисдикцію з будь-якого цивільного позову, поданого іноземцем, тільки в рамках деліктних зобов'язань, вчинених у зв'язку з порушенням права народів або договору Сполучених Штатів» («The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of the nations or a treaty of the United States»).

² *Sosa v. Alvarez-Machain*; 124 S. Ct. 2739 (2004). – P. 2761.

(С. Bradley) і Дж. Голдсмита (J. Goldsmith)¹. Ці вчені виступили за перегляд усталених уявлень про місце норм міжнародного звичаєвого права в правовій системі США, які, на їх думку, суперечать базовим уявленням про американську представницьку демократію, федеральне загальне право, поділ влади і федералізм. У цілому теорія Бредлі-Голдсмита спрямована на посилення влади Конгресу, а разом з ним і виконавчої (президентської) влади (тому що США – це президентська республіка), а також повноважень штатів у питаннях ухвалення рішень про наявність або відсутність для внутрішнього права Сполучених Штатів тих чи інших міжнародно-правових звичаїв. Одне з головних тверджень учених полягає в тому, що федеральні суди не мають права застосовувати міжнародне звичаєве право доти, поки Конгрес (або штати) однозначно не санкціонують їх на це². Підстави для такого

¹ Див.: Bradley, C. A. Customary International Law as Federal Law: A Critique of the Modern Position [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith // Harvard Law Review. – February 1997. – Vol. 110, № 4. – P. 815–876; Bradley, C. A. Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith, D. H. Moore // Harvard Law Review. – February 2007. – Vol. 120, № 4. – P. 869–936.

Критику позиції К. Бредлі та Дж. Голдсмита див.: Dodge, W. S. Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after *Sosa v. Alvarez-Machain* [Text] / W. S. Dodge // Tulsa Journal of Comparative & International Law. – 2004. – Vol. 12. – P. 87–108; Dodge, W. S. Customary International Law and the Question of Legitimacy [Text] / W. S. Dodge // Harvard Law Review. – 2007. – Vol. 120. – P. 19–27; Joyner, D. H. A Normative Model for the Integration of Customary International Law into the United States Law [Text] / D. H. Joyner // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11. – P. 133–156; Koh, H. H. Is International Law Really State Law? [Text] / H. H. Koh // Harvard Law Review. – May 1998. – Vol. 111. – P. 1824–1861; Linde, C. The U.S. Constitution and International Law: Finding the Balance [Text] / C. Linde // Journal of Transnational Law & Policy. – Spring 2006. – Vol. 15. – P. 305–339; Neuman, G. L. Sense and Nonsense about Customary International Law: a Response to Professors Bradley and Goldsmith [Text] / G. L. Neuman // Fordham Law Review. – November 1997. – P. 371–392 та ін.

² К. Бредлі та Дж. Голдсмйт так пояснюють свою точку зору: «Коли федеральний суд застосовує міжнародне звичаєве право як федеральне загальне право, він не застосовує право, виражене в результаті правотворчого процесу США. Скоріше, він застосовує, що походить з уявлень і практики міжнародного співтовариства. Іноземні уряди та інші неамериканські учасники в цьому процесі «не представляють американське політичне співтовариство і не відповідальні перед ним». Власне, згідно із сучасними уявленнями про міжнародне звичаєве право норми міжнародного звичаєвого права можуть бути створені та зобов'язувати Сполучені Штати без будь-якої вираженої підтримки з боку політичної влади США. У той же час таке міжнародне звичаєве право, як федеральне право, може перевищувати право штатів і відповідно до чітко сформульованих сучасних позицій може зобов'язувати Президента і замінити федеральне законодавство, що попередньо не відповідає [йому]» (див.: Bradley, C. A. Customary International Law as Federal Law: A Critique of the Modern Position [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith // Harvard Law Review. – February 1997. – Vol. 110, № 4. – P. 857, 858).

санкціонування з'явилися після ухвалення рішення Верховного суду в справі *Erie*, що, як і раніше, є чинним. Раніше такого санкціонування, стверджували К. Бредлі й Дж. Голдсміт, не було потрібно¹.

У справі *Sosa* цей аргумент був використаний і самим заявником (Хосе Сосо), і представниками адміністрації Дж. Буша (мол.), які також брали участь у процесі, і суддею Скалі. Вони наполягали на тому, що ATS стосувався виключно питань юрисдикції, тому для застосування звичаєвих норм було потрібно їх санкціонування з боку Конгресу у формі «установленої законом підстави для позову» (statutory cause of action). І хоча Верховний Суд погодився з тим, що ATS стосується питання встановлення юрисдикції, він відхилив аргумент про необхідність попереднього парламентського санкціонування². Крім того, Суд зазначив: «Достатньо сказати, що Конгрес може зробити це в будь-який час (прямо або так, що мається на увазі, за допомогою договорів або законів у певній сфері) так просто, як він може змінити або скасувати будь-яке судове рішення, оскільки воно ґрунтується на визнанні міжнародної норми як такої»³.

Слід зазначити, що в доктрині США дана позиція має широку підтримку. Наприклад, Д. Джойнер (D. Joyner) указує на існування «вираженої конституційної системи щодо вирішення питань інтеграції міжнародного права у внутрішнє право США», основаної на тлумаченні статей I і II Конституції⁴. Аналіз норм цих статей, а також статті III дав йому підстави для висновку, що «в конституційній системі введення Конгресом права народів повинно розглядатися без будь-якої відмінності від іншого законодавчого акта Конгресу, мати ту ж силу, що надає компетенцію судам судити й включає всі інші атрибути й обмеження будь-якого іншого законодавства Конгресу»⁵.

У зв'язку з цим Верховний суд підтвердив свою позицію про те, що право народів і до й після рішення в *Erie* розглядалося як частина загального права, але підкреслив, що тільки в певних випадках: «*Erie* виразно не заборонила будь-яке юридичне визнання нових матеріаль-

¹ Див.: Bradley, C. A. Customary International Law as Federal Law: A Critique of the Modern Position [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith // Harvard Law Review. – February 1997. – Vol. 110. – No. 4. – P. 849–855.

² Див.: *Sosa v. Alvarez-Machain*; 124 S. Ct. 2739 (2004). – P. 2755.

³ *Sosa v. Alvarez-Machain*; 124 S. Ct. 2739 (2004). – P. 2765.

⁴ Joyner, D. H. A Normative Model for the Integration of Customary International Law into the United States Law [Text] / D. H. Joyner // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11. – P. 148.

⁵ Ibid. – P. 149.

них норм і однаково за яких обставин; після *Erie* за існуючими уявленнями були визначені обмежені рамки (анклави), у яких федеральні суди могли виводити норми матеріального права через загальне право. Протягом двох сторіч ми підтверджували, що внутрішнє право Сполучених Штатів визнавало право народів»¹.

Рішення у справі *Sosa* не поставило всі крапки над «і» у питанні співвідношення міжнародного звичаєвого права з внутрішнім правом США. Однак воно впорядкувало ставлення до права народів із часів заснування держави. Дослідивши волю батьків – засновників Сполучених Штатів, що втілилася в Конституції й акті про судоустрій наприкінці XVIII ст., Верховний суд закріпив, а, по суті, відновив його первісне вузьке тлумачення². У рамках федерального загального права право народів як його анклав набуло обмеженого предметного змісту. Наслідки такого кроку виявилися далекосяжними, оскільки більш чіткі орієнтири із застосування міжнародно-правових звичаїв одержали не тільки федеральні суди, а й суди штатів – адже їм дісталось все міжнародне звичаєве право, що залишилося, не пов'язане з деліктними відносинами іноземців³. Інакше кажучи, рішення у справі *Sosa* чіткіше перерозподілило сфери застосування міжнародного звичаєвого права між федеральними судами і судами штатів. Імовірно, надалі будуть потрібні уточнення й щодо цього розподілу, адже в рамках однієї справи можуть зачіпатися різнопланові відносини і, відповідно, розглядатися різні за своєю важливістю (імперативністю), територіальним поширенням й іншими якостями міжнародно-правові звичаї.

У цілому ж можна зробити висновок, що упродовж більш ніж двох сторіч у внутрішньому праві США склалося диференційоване ставлення до міжнародно-правових звичаїв, традиційно позначуваних тут поняттям «право народів», зумовлене специфікою правової системи цієї держави. Конституція США і законодавство конституційного рів-

¹ *Sosa v. Alvarez-Machain*; 124 S. Ct. 2739 (2004). – P. 2764.

² Розгорнуті коментарі див., напр.: Dodge, W. S. Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after *Sosa v. Alvarez-Machain* [Text] / W. S. Dodge // *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. – 2004. – Vol. 12. – P. 88, 97–100; Miller, N. P. Federal Courts Enforcing Customary International Law: The Salutory Effect of *Sosa v. Alvarez-Machain* on the Institutional Legitimacy of the Judiciary [Text] / N. P. Miller, S. W. Fitschen, W. Wagner // *Regent Journal of International Law*. – 2005. – Vol. 3, № 1. – P. 18–25.

³ Про практику судів штатів із застосування міжнародно-правових звичаїв у справах, пов'язаних із забезпеченням режиму нейтралітету держав; захисту привілеїв та імунітетів дипломатів, членів їх сімей і прислуги; правовими наслідками визнання іноземних держав та ін. див.: Ku, J. G. Customary International Law in State Courts [Text] / J. G. Ku // *Virginia Journal of International Law*. – 2001. – Vol. 42:1. – P. 265–337.

ня, яке визначає основи діяльності судової влади, а саме Акт про судоустрій 1789 р., не містять чітких, розгорнутих формулювань про застосування права народів, тому головним правовим механізмом зміни уявлень про взаємодію внутрішнього права США та міжнародного звичаєвого права є судова практика. Відповідно до неї частиною федерального загального права є ті міжнародно-правові звичаї, які регулюють деліктні відносини іноземних громадян у цивільних справах. Федеральні суди США на чолі з Верховним судом можуть тлумачити ці звичаї без розсуду федеральної політичної влади – Конгресу і Президента. Інші різновиди норм міжнародного права, закріплені в даному джерелі, залишаються у веденні судів штатів. Центральна політична влада в силу її конституційних повноважень у сфері міжнародних відносин (статті I і II Конституції США) зберігає механізми впливу, по-перше, на тлумачення визнаних та імплементованих у правову систему США норм права народів і по-друге, на визнання і введення нових звичаїв міжнародного права.

6.3. Міжнародно-правові звичаї в правових системах держав континентальної Європи

Історично склалося, що переважна більшість держав, розташованих на Європейському континенті, належить одній правовій сім'ї – романо-германській¹. Одна з її принципових відмінностей від сім'ї загального права (англосаксонської правової сім'ї) полягає у тому, що провідну роль у постановленні судових рішень відіграє писаний закон². Тому

¹ Романо-германська правова сім'я, яка бере початок у праві Давнього Рима, в наш час не обмежується державами Європи. Як пише Р. Давид, «вона вийшла далеко за межі колишньої Римської імперії і поширилася на всю Латинську Америку, значну частину Африки, країни Близького Сходу, Японію, Індонезію. Ця експансія пояснюється частково колонізацією, частково – тими можливостями, які дала для рецепції юридична техніка кодифікації, загальноприйнята романськими правовими системами в XIX ст.» (див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 29). Тому спостереження, викладені в цьому підрозділі, багато в чому будуть правильними, застосовними і для неєвропейських країн, що входять у цю сім'ю.

² Див.: Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход [Текст] / Р. Леже ; пер. с фр. А. В. Гряднова. – 3-е изд., перераб. – М. : Волтерс Клувер, 2011. – С. 101.

й практичне застосування міжнародно-правових звичаїв залежить від формулювання в законі або конституції: чи може використовуватися це джерело міжнародного права як джерело внутрішнього права; яка сфера його застосування; які механізми вирішення колізій між нормами, втіленими в міжнародно-правових звичаях, і нормами, закріпленими в традиційних джерелах внутрішнього права – конституції, законах, постановах уряду і т. ін. Нечіткість, обмеженість, а то й повна відсутність писаних національно-правових норм, що стосуються міжнародно-правових звичаїв, прямо позначається на коректності їх застосування у внутрішньому правопорядку відповідної держави. У зв'язку з цим саме ці норми і потрапляють у центр нашої пильної уваги.

Відразу зазначимо, що в позитивному праві більшості держав континентальної Європи визначення статусу міжнародно-правових звичаїв далеке від зрозумілості. Сам термін «міжнародно-правовий звичай» використовується в ньому вкрай рідко. Конституції багатьох європейських держав містять досить чіткі положення про свої міжнародно-правові зобов'язання, втілені у міжнародних договорах, але при цьому й словом не згадують про звичаї. Таке становище вже призвело до суперечливих результатів у науці. Найважливіший із них, на мій погляд, полягає в тому, що проголошення як основного принципу побудови внутрішньої правової системи примата норм міжнародного права супроводжується відповідним юридичним закріпленням пріоритету тільки норм міжнародних договорів і «мовчанням» стосовно міжнародно-правових звичаїв, які, як уже неодноразово було доведено в цій роботі, є провідним джерелом вираження універсальних норм і принципів міжнародного права й навіть права взагалі.

Проілюструвати дане непорозуміння хотілося б посиланням на К. Економідеса (С. Economides), який проводив за дорученням Ради Європи спеціальне дослідження питань взаємодії міжнародної і національних правових систем. Торкаючись закріплення в конституціях, в основному, європейських держав норм, присвячених зазначеному питанню, учений відмічає, що в порівнянні з міжнародними договорами такі джерела міжнародного права, як міжнародно-правові звичаї і загальні принципи права, згадуються в національних основних законах досить рідко. «Причина, – пише він, – безперечно, полягає в тому факті, що звичаї і загальні принципи розглядаються як неписані джерела міжнародного права, і рівень зрозумілості, точності й – виходячи з остаточного аналізу – безпеки, що вони можуть привнести в правові відносини, не може навіть найменшою мірою суперничати з відповід-

ними якостями міжнародних договорів»¹. К. Економідес вважає, що «договори – незаперечно переважаюче джерело міжнародного права, функції якого значно і постійно розширюються, оскільки міжнародні звичаї і загальні принципи посідають більш-менш вторинне положення – чітко підлегле договорам – у класифікації джерел»². У зв'язку з цим учений рекомендує державам, «особливо тим, які приймають нові конституції, широко визнавати цю перевагу»³.

Щодо міжнародних звичаїв і загальних принципів права К. Економідес радить державам надавати їм переважно автоматичний ефект (*preferably automatic effect*), щоб всі види судів використовували ці джерела частіше, «особливо у сферах міжнародного права, які ще не кодифіковані»⁴. Він вважає, що дані джерела міжнародного права недостатньо добре відомі національним судам (з чим не можна не погодитися).

Разом з тим К. Економідес звертає увагу на те, що в деяких конституціях (Угорщини, Швейцарії) імперативним нормам загального міжнародного права (*jus cogens*) недвозначно наданий статус вищий, ніж нормам міжнародних договорів. Не коментуючи даний факт і, вочевидь, поділяючи такий підхід, учений рекомендує державам «особливо тим, що приймають нові конституції, надавати абсолютний пріоритет імперативним нормам загального міжнародного права (*jus cogens*) над їх національним законодавством, включаючи свої конституції. Ця вимога, – підкреслює він, – сьогодні майже всесвітньо (*universally*) прийнята»⁵. Виникає риторичне запитання: яким чином імперативним нормам можна надати абсолютно пріоритетного статусу стосовно конституцій і національних законодавств держав, якщо стосовно міжнародно-правових звичаїв як основної форми їх зовнішнього вираження рекомендується враховувати перевагу міжнародних договорів, які в цьому випадку виконують тільки допоміжну функцію для встановлення цих норм?

Треба сказати, що за дослідженням К. Економідеса, хоча й проведеного під егідою такої впливової міжнародної організації, як Рада Європи, не можна судити в цілому про ставлення до міжнародно-правових звичаїв, що склалося у європейській науковій літературі і юридичній практиці. Споконвічно саме західноєвропейська доктрина, представником якої є цей учений, питання про відношення міжнародно-правових зви-

¹ Economides, C. *The Relationship between International and Domestic Law* [Text] / C. Economides. – Council of Europe Press, 1994. – P. 15.

² Ibid. – P. 16.

³ Ibid. – P. 17.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

чаїв до внутрішнього права держав прямо пов'язала з питанням про відношення всього міжнародного права і внутрішнього права окремих країн. Вона фактично поставила знак рівності між ними.

На підтвердження цього пошлемося на наукову працю Л. Вайлдхабера та С. Брейтенмозера (L. Wildhaber, S. Breitenmoser)¹. Конституції країн Західної Європи, які були предметом їх дослідження, вони поділили на дві групи: а) конституції, які містять пряму вказівку на міжнародне звичаєве право (ФРН, Італії, Австрії, Греції, Франції та Португалії)², і б) конституції, які не мають «зрозумілого посилання» на міжнародне звичаєве право (Швейцарії, Ліхтенштейну, Нідерландів, Бельгії та Іспанії)³. Нюанс у тім, що в тексті конституцій «групи (а)» теж немає слів «міжнародно-правовий звичай», а, як зазначають самі ж учені, частіше використовується поняття «загальні принципи міжнародного права» (англ. – general principles of international law; тут відзначимо, що якщо буквально перекладати поняття, використовувані в європейських конституціях, ми прочитаємо про «загальні принципи міжнародного права», «загальні норми міжнародного публічного права», «загальновизнані норми міжнародного права», «загальновизнані принципи міжнародного права»). Тому перед тим як провести зазначене розмежування, вчені довели, що коли говорять про «загальні принципи міжнародного права», мають на увазі саме міжнародно-правові звичаї. Причому до звичаїв вони віднесли як загальні принципи права, так і загальновизнані принципи міжнародного права⁴.

Таким чином, міжнародно-правові звичаї стали основним джерелом закріплення норм, які забезпечують співіснування «цивілізованих націй і народів». Звичай сприймалися як основний носій правових ідей і змістів, що формують загальний правовий культурний простір Західної Європи, що й після Другої світової війни не мислила себе інакше як «цивілізованим світом» (неприйнятне нині розмежування на «цивілізовані» і «нецивілізовані» нації, яке знайшло відбиття в п. 1 (с) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, після Другої світової війни було загальноприйнятим і тоді на Заході не викликало роздратування, адже багато західноєвропейських держав були метрополіями і проводили

¹ Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 163–207.

² Ibid. – P. 179-196.

³ Ibid. – P. 196-204.

⁴ Ibid. – P. 173-176.

жорстку політику стосовно «нецивілізованого» населення своїх колоніальних володінь за межами Європи).

Головними наслідками ототожнення міжнародного публічного права і міжнародно-правових звичаїв стали:

1. *Лідуюча позиція міжнародно-правових звичаїв у системі джерел внутрішнього права більшості західноєвропейських держав.* Звичаї посідають місце або між конституцією і ординарним (простим) законодавством, або вони зрівняні з конституцією і, як правило, у таких випадках розглядаються як її складова частина.

Ця позиція іноді досить виразно впливає з текстуального змісту конституції держави. Наприклад, згідно зі ст. 25 Основного закону ФРН 1949 р.¹ «загальні норми міжнародного публічного права є складовою частиною права Федерації. Вони мають перевагу перед законами і безпосередньо породжують права та обов'язки для жителів федеральної території». Міжнародні договори ФРН таким пріоритетом не володіють. Відповідно до п. 2 ст. 59 Основного закону «договори, що регулюють політичні відносини Федерації або стосуються предметів федерального законодавства, вимагають згоди або сприяння у формі федерального закону з боку органів, компетентних щодо федерального законодавства».

У деяких випадках зазначене місце міжнародно-правових звичаїв визначається внутрішньою доктриною й основою на ній практиці тлумачення конституцій органами конституційного контролю – конституційними судами. Так, ст. 10 (1) Конституції Італійської Республіки 1947 р.² говорить: «Правопорядок Італії узгоджується із загально-визнаними нормами міжнародного права». Переконавання в тім, що міжнародно-правові звичаї вище простих законів, але нижче Конституції, основане, головним чином, на італійській доктрині та практиці Конституційного Суду Італії³.

Аналогічна позиція в Австрії. Згідно зі ст. 9 Конституції Австрійської Федерації 1920 р.⁴ «загально-визнані принципи міжнародного права становлять чинну частину Федерального права». Яку саме частину, інакше

¹ Основной закон Федеративной Республики Германии 1949 г. [Текст] // Конституции зарубежных стран : сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 109–143.

² Конституция Итальянской Республики 1947 г. [Текст] // Конституции зарубежных стран : сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 50–71.

³ Див.: Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 184.

⁴ Див.: Конституция Австрийской Республики. Федеральный Конституционный Закон 1920 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/160>

кажучи, яке місце в ієрархії джерел внутрішнього права Австрійської Федерації посідають загальновизнані принципи міжнародного права, Конституція не говорить. Позиція, яка домінує в австрійській науці, полягає в такому: по-перше, ст. 9 постійно інтегрує міжнародне звичаєве право з його відповідним змістом в австрійську систему права і по-друге, відповідно до такої «динамічної рецепції» норми міжнародного права можуть інкорпоруватися або як положення конституційного права, або як норми простого (ординарного) закону федерального рівня, залежно від їх матеріального змісту. Але при цьому австрійська доктрина виходить із того, що норми міжнародного права мають рівень нижчий, ніж норми Конституції Австрії, але вищий, ніж федеральні закони¹.

Нехарактерне для Західної Європи принципово інше ставлення до міжнародного звичаєвого права склалося у Франції. Відповідно до Конституції Франції Французька Республіка, вірна своїм традиціям, дотримується норм міжнародного публічного права» (преамбула Конституції 1946 р.)². Як зазначають Нгуен Куок Динь, П. Дайє і А. Пеле, «хоча тут і не згадується міжнародне звичаєве право, фахівці визнають, що воно входить у поняття „міжнародне публічне право”»³. Тим часом, звертають увагу вчені, міжнародно-правові звичаї використовуються у французькому судочинстві винятково рідко. Основна причина – недостатні знання французькими суддями міжнародного права. У тих же випадках, коли звичаї були використані, і виникла колізія з внутрішнім правом Франції, пріоритет віддавався внутрішнім французьким законам. Учені погоджуються, що «така позиція може поставити Францію у скрутне становище у міжнародному плані, коли мова йтиме про її відповідальність, якщо судові органи не будуть застосовувати звичаєво-правові норми, обов’язкові для Франції»⁴. На відміну від звичаїв, міжнародні договори, укладені Францією, мають ясно виражений пріоритет над внутрішніми законами і тому з більшою охотою застосовуються національними судами. Згідно зі ст. 55 Конституції 1958 р. «договори або угоди, належним чином схвалені або ратифіковані, з моменту їх

¹ Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 185-187.

² Конституція Французької Республіки (1946 г. (преамбула), 1958 г.) // Конституції зарубіжних стран: сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 34–49.

³ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: Формирование международного права; кн. 2.: Международное сообщество. – С. 207.

⁴ Там само. – С. 209.

опублікування мають силу, що перевищує силу внутрішніх законів, за умови застосування такого договору або угоди іншою стороною».

2. Практика «автоматичного і прямого» застосування звичаїв державами в їх внутрішньому праві без процедури трансформації, яка широко застосовується до договірних норм.

Л. Вайлдахбер і С. Брейтенмозер бачать у цьому скоріше не ідеологічний момент, а елементарну зручність. Вони пишуть: «Навіть якщо теоретично було можливо трансформувати міжнародне звичаєве право у внутрішнє право відповідно до дуалістичної концепції, така процедура не мала б будь-якого практичного сенсу. Законодавець тоді повинен був би ясно підтверджувати всі зміни, модифікації та створення нових норм і принципів міжнародного права. Як наслідок, розгляд усіх питань, що стосуються міжнародного права... потребував би, принаймні, щорічного перегляду відповідного договірної права. Ні парламент, ні адміністративний орган не будуть у змозі взятися [за це] і самостійно здійснити таку титанічну роботу... Зрештою зобов'язання трансформувати міжнародне звичаєве право у внутрішнє право за допомогою спеціальних статутів і законодавчих актів буде суперечити самій природі міжнародного звичаєвого права»¹.

По суті, про це ж пише А. Кассезе: «Усі національні системи прийняли однаковий базисний спосіб імплементації: автоматичну інкорпорацію. Національні конституції або статути або судові рішення більшості держав обумовлюють, що міжнародні звичаєві норми стають внутрішньо зобов'язуючими *ipso facto*, тобто в силу простого факту їх розвитку в міжнародному співтоваристві. Як тільки міжнародно-правові звичаї з'являються в міжнародному співтоваристві, вони стають зобов'язуючими в національних правових системах; крім цього вони мають на національному рівні такий саме зміст, як і у відповідних міжнародних нормах. Причина вибору такої системи самоочевидна: тільки вона є зручною для норм, які поступово з'являються в міжнародному співтоваристві й зміст яких не є таким, що негайно визначається»².

Яскравим прикладом автоматичної інкорпорації міжнародно-правових звичаїв у внутрішнє право держави є право Португалії. Згідно зі ст. 8 (1) Конституції Португалії 1976 р.³ «стандарти і принципи

¹ Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 176–177.

² Cassese, A. International Law [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 224.

³ Конституція Португальської Республіки 1976 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/141>

загального міжнародного права становлять невід'ємну частину права Португалії». Оскільки домінуюча португальська доктрина стверджує, що Конституція Португалії слідує моністичній теорії, міжнародне і внутрішнє право розглядається тут як єдине ціле. Спеціальної процедури трансформації норм міжнародного звичаєвого права у внутрішнє право непотрібно. Суди застосовують його таким, як воно є в міжнародному праві на поточний момент¹.

Аналогічно можуть чинити і суди Швейцарії, конституція якої взагалі не містить норм, що стосуються міжнародно-правових звичаїв, і норм про співвідношення міжнародного та внутрішнього права. Як зазначають Л. Вайлдхабер і С. Брейтенмозер, «норми міжнародного звичаєвого права можуть бути завершені й імплементовані у швейцарське федеральне право тільки тоді, коли вони недостатньо зрозумілі й, отже, непридатні для негайного застосування і виконання»². У цілому ж у теорії та практиці застосування у Швейцарії як міжнародних звичаєвих, так і міжнародних договірних норм сформувалася стійка тенденція надавати їм рівень не просто вищий за федеральні закони, а майже такий же, як і рівень самої Конституції³.

Слід підкреслити, що автоматична інкорпорація міжнародно-правових звичаїв у внутрішню правову систему тієї чи іншої держави вироблялася на практиці (переважно судовій). Конституції держав Західної Європи не містять норм, що визначають конкретні способи встановлення та застосування міжнародно-правових звичаїв національними судовими і адміністративними органами. Ці способи сформувалися поступово, по ситуації, на основі загального розуміння того, що й у внутрішньодержавному застосуванні звичаєві норми міжнародного права повинні мати такий же зміст, як і в самому міжнародному праві.

Інакше складаються обставини на сьогодні у державах Центральної і Східної Європи – колишніх країнах соціалістичного табору. Їх правові системи порівняно нещодавно зробили крутий поворот у своєму розвитку і почали будуватися ледве не з чистого аркуша на принципово інших філософсько-правових позиціях. Практично повсюдно за основу було взято західну модель плюралістичної демократії. Багато провідних юристів із колишнього СРСР розцінили її як вибір нового

¹ Див.: Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law). – 1988. – Vol. 48. – P. 191-193.

² Ibid. – P. 197.

³ Ibid. – P. 199.

цивілізаційного шляху – шляху в лоно світового співтовариства демократичних держав, які свято шанують права і свободи людини. Так, І. І. Лукашук, оцінюючи нову Конституцію Російської Федерації, закликає не забувати, що «вона знаменує корінний поворот до відкритої правової системи цивілізованої, правової держави, відповідального члена міжнародного співтовариства»¹.

Переважно в такий же спосіб оцінили конституційно-правові зміни на пострадянському просторі й багато західних учених. Хоча були і залишаються серед них ті, хто бачать у новому конституційному будівництві в країнах Центральної і особливо Східної Європи лише формальне запозичення конституційних зразків західних демократій. Приміром, Дж. Туллі (J. Tully), авторитетний західний учений, досить відверто пише, що це не що інше, як закріплення нових більш витончених, прихованих форм колоніальної залежності, оскільки незахідним країнам у м'якій формі були нав'язані ті форми внутрішнього політико-правового устрою, які не були засновані на їх власному історичному досвіді. Учений бачить в цьому не що інше, як прояв імперіалізму західних країн, які перенесли свої імперіалістичні устремління на сучасні незахідні країни (не тільки європейські) і на «наддержавні системи права» – міжнародні універсальні й регіональні міжурядові організації (Велика вісімка, Світовий Банк, МВФ, ВТО, НАТО, ЄС)².

Звичайно, думка Дж. Туллі не є беззаперечною. Однак неможливо заперечувати, що процес підготовки тексту більшості пострадянських конституцій, дійсно, супроводжувався великими труднощами, головною з яких була практично повна відсутність власної теоретичної бази, яка задовольняла б новим цілям конституційно-правового будівництва. Про це, зокрема, пише В. С. Верещетін. Він вимушено визнає: «У більшості випадків це не могло розглядатися просто як копіювання конституційного досвіду інших держав, хоча тенденція запозичити з нього або [сам] цей досвід з легкістю можуть бути простежені в деяких випадках»³.

Так чи інакше ставлення до міжнародно-правового звичаю, втілене у конституціях країн Західної Європи, майже буквально, нетворчо, без урахування досвіду тлумачення і застосування цього джерела західними країнами було запозичене більшістю конституцій колишніх соціа-

¹ Лукашук, И. И. Конституции государств и международное право [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1998. – С. 66.

² Докладн. див.: Tully, J. Modern Constitutional Democracy and Imperialism [Text] / J. Tully // *Osgoode Hall Law Journal*. – 2008. – Vol. 46, № 3. – P. 461–493.

³ Vereshchetin, V. S. New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law [Text] / V. S. Vereshchetin // *European Journal of International Law*. – 1996. – Vol. 7, № 1. – P. 32.

лістичних держав. Як і в конституціях країн Західної Європи, у нових центрально- і східноєвропейських конституціях сам термін «міжнародно-правовий звичай» не використовується. Замість нього – поняття «загальновизнані принципи й норми міжнародного права». І так само як і західноєвропейські конституції, конституції колишніх соціалістичних держав оперують ним скоріше як поширеним ідеологічним кліше, ніж як джерелом конкретних міжнародних прав і обов'язків держав, їх фізичних і юридичних осіб.

Найбільше очевидно це на прикладі Конституції Республіки Македонія 1991 р.¹, у ст. 8 якої заявлено про «повагу до загальновизнаних норм міжнародного права» як одну з основних цінностей конституційного ладу Республіки Македонія. Але частіше нові конституції закріплюють «загальновизнані принципи і норми міжнародного права» частиною внутрішньої правової системи відповідної держави (іноді без конкретизації, іноді – з указівкою на пріоритет цих принципів над нормами внутрішнього права) або проголошують їх основними при побудові своїх відносин на міжнародній арені. Практичні потреби в застосуванні цих норм поставили перед фахівцями питання такої ж практичної властивості: які саме норми міжнародного права мають на увазі під формулюванням про «загальновизнані принципи і норми»? Чи є розходження в змісті таких «принципів» і «норм»? Як вони співвідносяться між собою? Яке місце вони займають у системі джерел внутрішнього права відповідної держави?

Дискусія з цих питань ведеться в доктрині кожної держави. Як приклад можна навести міркування російських учених.

Пункт 4 ст. 15 Конституції Російської Федерації 1993 р.² містить таку норму: «Загальновизнані принципи і норми міжнародного права та міжнародні договори Російської Федерації є складовою частиною її правової системи». Проблеми її тлумачення називає Б. Р. Тузмухамедов: «Конституція РФ не визначає поняття «загальновизнані принципи і норми міжнародного права», не вказує джерел таких принципів і норм, не надає засобів і методів для їх виявлення та встановлення їх змісту»³.

Є. Т. Усенко зазначає, що дана норма була вироблена російськими державознавцями без урахування думки юристів-міжнародників. Зо-

¹ Конституція Республіки Македонія 1991 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/113>

² Конституція Российской Федерации 1993 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitution.ru>.

³ Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 117.

крема, учений указав, що формулювання «загальновизнані принципи і норми... міжнародного права», власне кажучи, заперечує нормативний, юридично обов'язковий характер принципів міжнародного права. Але ж одна з особливостей міжнародного права в тому і полягає, що його основні принципи суть його основні норми, причому деякі з них є нормами *jus cogens*»¹. Іншими словами, сполучник «і» в розглянутому формулюванні веде до нівелювання нормативних, тобто юридично обов'язкових властивостей принципів міжнародного права.

На цю ж проблему вказала О. А. Кузнецова, звернувши увагу на те, що «в Конституції РФ у низці статей згадується лише про загально-визнані норми міжнародного права (ст. 63, ст. 67). Виходячи з цього можна зробити висновок, що законодавець ці правові категорії розмежовує»². Також вона підкреслила, що в конституціях західноєвропейських держав обидва ці терміни одночасно не вживаються – або принципи, або норми³. Сама ж вона з таким розмежуванням не згодна і підтримує позицію ряду сучасних російських учених (А. Ф. Воронова, Б. Л. Зимненка, П. Є Недбайла, Т. М. Нешатаєвої, В. А. Толстика) про помилковість відокремлення «принципів» і «норм» міжнародного права. «І міжнародно-правова практика, – пише вона, – і російські суди, і вчені визнають загально-визнані принципи міжнародного права різновидом норм міжнародного права. Але це норми найбільш широкого змісту, які володіють певними особливостями і мають особливий механізм реалізації»⁴. Загальний висновок, якого дійшла О. А. Кузнецова, полягає в тому, що «категорії загально-визнані «принципи» і «норми» міжнародного права співвідносяться як вид і рід. Принципи – це ті ж норми, але з більш широким змістом, що визначає якусь головну ідею права»⁵.

Головні положення даного висновку збігаються з позицією Верховного Суду РФ, викладеною в постанові Пленуму від 10 жовтня 2003 р. № 5 «Про застосування судами загальної юрисдикції загально-визнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів Ро-

¹ Усенко, Е. Т. Очерки теории международного права [Текст] / Е. Т. Усенко. – М. : Норма, 2008. – С. 159.

² Кузнецова, О. А. Соотношение понятий общепризнанные «принципы» и «нормы» международного права [Текст] / О. А. Кузнецова // Междунар. публич. и част. право. – 2009. – № 3 (48). – С. 2.

³ Там само.

⁴ Там само. – С. 3.

⁵ Там само.

сійської Федерації»¹. У пункті 1 постанови надане офіційне тлумачення обох розглянутих тут понять. Так, «під загальними принципами міжнародного права слід розуміти основні імперативні норми міжнародного права, прийняті та визнані міжнародним співтовариством держав у цілому, відхилення від яких неприпустиме». Відповідно «під загальновизнаною нормою міжнародного права слід розуміти правило поведінки, прийняте та визнане міжнародним співтовариством держав у цілому як юридично обов'язкове».

Як бачимо, у поняття «принцип» Верховний суд вкладає більш вузький зміст. На мій погляд, навіть вужчій, ніж це необхідно, оскільки коло загальновизнаних «принципів» обмежене тільки імперативними нормами, що навряд чи доцільно, оскільки імперативність припускає абсолютну суворість дотримання, що не допускає будь-яких винятків. У той час як приклад імперативного принципу, тут же наведений Верховним Судом, а саме – принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань – імперативним не є, що переконливо пояснив В. Г. Буткевич². Такі ж суперечності викликає інший приклад імперативного принципу, зазначеного в даній постанові, – принцип загальної поваги прав людини. Якщо навіть не брати до уваги явну сумнівну нормативність його формулювання (навряд чи можливо однозначно визначити нормативні якості поняття «повага»), то добре відомо, що нормативний масив, який становить його, неоднорідний за змістом і має порівняльну правову цінність. Іншими словами, одні норми з прав людини (наприклад, заборона рабства, геноциду) можуть бути імперативними, а інші не можуть, оскільки допускають обмеження в певних ситуаціях (що, приміром, прямо передбачено п. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини 1948 р.).

Поняття загальновизнаної «норми» міжнародного права набагато ширше. Воно включає будь-які «правила поведінки», тобто будь-які норми, у тому числі й імперативні, «прийняті міжнародним співтовариством держав у цілому як юридично обов'язкові».

Тлумачення «норми», запропоноване Верховним судом РФ, вартє додаткових коментарів, оскільки далеко не всі провідні російські спе-

¹ Див.: О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации [Електронний ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5. – Режим доступа: <http://www.supcourt.ru/second.php>.

² Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мищик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 201, 202. Докладніше див. також п. 4.1 цієї монографії.

ціалісти розглянули в ньому ознаки (основні елементи) одного з основних джерел міжнародного права – міжнародно-правового звичаю. Наприклад, В. Н. Карташов навіть заявив, що «словосполучення „прийняті та визнані міжнародним співтовариством держав у цілому” уявляється, м’яко кажучи, невдалим»¹. Хоча в цьому разі мова йшла всього лише про *opinio juris*, яке необхідно доповнює елемент практики – тут «правило поведінки».

Б. Р. Тузмухамедов також вважає такими, що є «навіть чи корисними судам» вищенаведені формулювання загальноновизнаних «принципів» і «норм» міжнародного права, надані постановою № 5 Верховного суду РФ. На його думку, більш вдалою була позиція Верховного суду РФ, виражена в постанові Пленуму від 31 жовтня 1995 р. № 8 «Про деякі питання застосування судами Конституції Російської Федерації при здійсненні правосуддя»². Згідно з п. 5 цієї постанови «Судам при здійсненні правосуддя слід виходити з того, що загальноновизнані принципи і норми міжнародного права, закріплені в міжнародних пактах, конвенціях та інших документах (зокрема, у Загальній декларації прав людини і громадянина, Міжнародному пакті про цивільні та політичні права, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права), і міжнародні договори Російської Федерації є відповідно до ч. 4 ст. 15 Конституції РФ складовою частиною її правової системи». Вдалість цього тлумачення, на думку вченого, у тім, що чітко визначено джерела права, котрими можуть користуватися суди Росії при встановленні «загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права». Він додає: «Це не означає, що загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права, не закріпленим у зазначених джерелах, закритий шлях у російську правову систему, просто вони не будуть мати пріоритету перед правилами національного закону»³.

Як бачимо, Б. Р. Тузмухамедов зовсім виключає міжнародно-правовий звичай як джерело закріплення «загальноновизнаних принципів і норм», хоча він є головним у такому закріпленні. Полегшення

¹ Карташов, В. Н. О сущности и некоторых видах общепризнанных принципов международного права [Текст] / В. Н. Карташов // Междунар. публич. и част. право. – 2010. – № 1 (52). – С. 19.

² Див.: О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8. – Режим доступа: <http://www.supcourt.ru/second.php>.

³ Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черненко. – М. : Омега-Л, 2006. – С. 119.

судам РФ пошуку «загальноновизнаних принципів і норм» шляхом відсилання до «міжнародних пактів, конвенцій та інших документів», по суті, ставить перед ними завдання встановлення статусу кожного міжнародного документа як джерела внутрішнього права. І це неминуче, тому що суддя змушений визначити місце у внутрішньому праві документа, який має пріоритет перед національним законом. Потім йому доведеться розбиратися зі співвідношенням міжнародних документів між собою, тому що однозначність у них формулювань, спрямованих на регулювання тих самих суспільних відносин, велика рідкість. Міжнародно-правовий звичай у цьому сенсі набагато зручніший. Він дозволяє об'єднати міркування про наявність загальноновизнаної норми і/або принципу, узагальнити пошук, зробити акцент не тільки на важливості того чи іншого міжнародного документа в міжнародному праві, а й на міжнародній практиці їх тлумачення та застосування. І при всьому тому міжнародно-правовий звичай як джерело права, якщо додержуватися логіки вченого, не буде мати пріоритету перед нормами закону. Тому, на мій погляд, положення постанови Пленуму від 10 жовтня 2003 р. № 5 є більш вдалим, оскільки дають підставу національним судам РФ для безпосереднього апелювання до міжнародно-правового звичаю.

Уявляється, що таким тлумаченням поняття «загальноновизнана норма міжнародного права» Верховний суд РФ відреагував на критику, яка також мала місце в російській доктрині у зв'язку з п. 4 ст. 15 Конституції РФ і стосувалася помилковості побудови логічного ряду цієї норми. Так, Є. Т. Усенко вказував на неприпустимість простого перерахування в одному логічному ряді «загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права» та міжнародних договорів, тому що «змішуються різнопорядкові категорії: норми як правила поведінки і міжнародні договори, що є джерелом права. Подібне змішування взагалі антинаукове, особливо ж в аспекті відсилання, що міститься в цій фразі, до системи права, тому що система права і система його джерел хоча й є взаємозалежними, але все-таки самостійними явищами»¹. Б. Л. Зимненко сформулював некоректність формулювання п. 4 ст. 15 Конституції РФ більш наочно: «Виходячи з буквального тлумачення даної конституційної норми, – зазначив він, – можна стверджувати, що Конституція РФ не включає міжнародний звичай, який є одним із джерел міжнародного права, у правову систему Росії. Конституція РФ говорить про загальноновизнані норми та міжнародні договори і не зга-

¹ Усенко, Е. Т. Очерки теории международного права [Текст] / Е. Т. Усенко. – М. : Норм, 2008. – С. 159.

дує про міжнародні звичаї»¹. При цьому він чітко висловив свою згоду з тим, що «основною формою (джерелом) існування загальновизнаних норм є міжнародний звичай»².

До цього додамо, що Конституція РФ у жодній зі своїх статей не говорить про будь-який пріоритет «загальновизнаних принципів і норм» на відміну від міжнародних договорів – у другому реченні того ж п. 4 ст. 15 прямо заявлено про пріоритет норм міжнародних договорів над законами РФ («якщо міжнародним договором Російської Федерації встановлені інші правила, ніж передбачені законом, то застосовуються правила міжнародного договору»). Нічого подібного стосовно міжнародно-правових звичаїв Конституція РФ не містить. Формулювання п. 1 ст. 17 Конституції РФ про те, що «у Російській Федерації визнаються та гарантуються права і свободи людини і громадянина відповідно до загальновизнаних принципів і норм міжнародного права і відповідно до чинної Конституції», навряд чи можливо розглядати як вказівку на такий пріоритет міжнародно-правових звичаїв. При цьому Конституція РФ згідно зі своїм п. 1 ст. 15 однозначно посідає вищий щабель в ієрархії джерел права Росії.

Зрівняно загальновизнані принципи і норми міжнародного права в праві Естонії. Згідно з п. 1 ст. 3 Конституції Естонської Республіки загальновизнані принципи і норми міжнародного права є «невід'ємною частиною правової системи Естонії»³. Будь-яка конкретизація в конституції відсутня. Проте естонська доктрина ставить загальновизнані принципи і норми міжнародного права на один щабель з конституцією. «Для визначення статусу загальних норм звичаєвого права, обов'язкових для Естонії, – пише естонський юрист Х. Валліківі (H. Vallikivi), – ми повинні звернутися до статусу норми, яка їх прийняла. Відповідно, такі звичаєві норми повинні мати рівний статус із конституційними нормами»⁴.

Володіючи таким статусом, міжнародно-правові звичаї посідають місце вище простих (ординарних) законів Естонії. Це, однак, на думку Х. Валліківі, не припускає автоматичного визнання нечинними останніх у разі суперечності з першими. Він пише: «Рівень вище законів не

¹ Зимненко, Б. Л. Нормы международного права в судебской практике Российской Федерации [Текст] : пособие для судей / Б. Л. Зимненко. – М. : РАП, 2003. – С. 22.

² Там само. – С. 22.

³ Конституция Эстонской Республики 1992 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/105>

⁴ Vallikivi, H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia [Text] / H. Vallikivi // *Juridica International*. – VII/2002. – P. 35.

означає, що внутрішні правові акти, які вступили в протиріччя зі звичаєвою нормою, є нечинними. У разі такого протиріччя, а воно дійсно реальне, а не уявлюване – останнього слід уникнути за допомогою тлумачення внутрішнього права відповідно до звичаєвої норми – звичаєва норма повинна застосовуватися замість внутрішньої норми¹.

На мою думку, дане висловлювання естонського юриста необхідно тлумачити системно: у разі суперечності міжнародно-правовий звичай автоматично не заміщає норму внутрішнього права, він виступає як свого роду нормативний орієнтир, норма рамкового характеру, він задає межі національно-правового регулювання відповідних відносин. І тільки тоді, коли норма (норми) внутрішнього права явно й безумовно суперечить міжнародно-правовому звичаю, застосовується останній.

У зв'язку з тим, що ні Конституція Естонії, ні її законодавство не містять норм, які визначають порядок установаження та застосування міжнародно-правових звичаїв, такий порядок складається в національній судовій практиці². Це вже перевірений західноєвропейськими країнами шлях імплементації міжнародно-правових звичаїв у внутрішнє право. Як видно, це основний шлях, яким підуть і колишні соціалістичні держави.

Що стосується змісту поняття загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, то Х. Валліківі погоджується з переважаючою в естонській науці позицією, що під згаданими у ст. 3 Конституції Естонії принципами і нормами маються на увазі міжнародно-правові звичаї та принципи права³.

Дещо інше ставлення до загальновизнаних принципів міжнародного права в Білорусі. Згідно з ч. 1 ст. 8 Конституція Білорусі 1994 р.⁴: «Республіка Білорусь визнає пріоритет загальновизнаних принципів міжнародного права і забезпечує відповідність їм законодавства». Зазначимо, що тут немає поділу на загальновизнані «принципи» і «норми» міжнародного права, як це має місце в Росії та Естонії, і, на відміну від них, ясно вирішене питання про пріоритет. Хоча знов-таки міжнародно-правовий звичай прямо не називається.

На думку провідного білоруського юриста-міжнародника Л. В. Павлової, загальновизнані принципи міжнародного права, зазначені в ч. 1

¹ Vallikivi, H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia [Text] / H. Vallikivi // *Juridica International*. – VII/2002. – P. 35.

² Ibid. – P. 33, 34.

³ Ibid. – P. 31, 32.

⁴ Конституція Республіки Беларусь 1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.belarus.net/conendru.htm#>

ст. 8 Конституції Білорусі, є імперативними нормами міжнародного права. «Отже, – вона робить висновок, – положення статті 8 Конституції про визнання пріоритету загальноновизнаних принципів міжнародного права можна кваліфікувати як визнання їх верховенства над Конституцією»¹. Ієрархія співвідношення нормативних актів, що входять у правову систему Республіки Білорусь, виглядає так:

«1. Загальноновизнані принципи міжнародного права.

2. Конституція.

3. Ратифіковані міжнародні договори.

4. Закони, декрети, укази Президента, міжнародні зобов'язання Республіки Білорусь, що випливають із договорів, які не підлягають ратифікації, і звичаєвих норм міжнародного права.

5. Акти міждержавних утворень, учасником яких є Республіка Білорусь, підзаконні нормативні акти, прийняті Радою Міністрів, Верховною судом, Вищим господарським судом, Генеральним прокурором»².

На мій погляд, достоїнством даної системи є диференційоване ставлення саме до джерел міжнародного права, які закріплюють міжнародно-правові зобов'язання Білорусії на міжнародній арені. Не вдаючись у її детальний розбір, все-таки зазначу, що відсутня пряма вказівка на матеріальне джерело вираження загальноновизнаних принципів – міжнародно-правовий звичай. Допущено ту ж помилку, про яку писав Є. Т. Усенко щодо Конституції РФ, про «змішування різнопорядкових категорій» – норм права і джерел права.

Крім розглянутих вище держав у найзагальнішому вигляді загальноновизнані принципи міжнародного права включені в правову систему Угорщини. Її Конституція також заявляє про «забезпечення погодженості між узятими міжнародно-правовими зобов'язаннями та внутрішнім правом» (п. 1 ст. 7)³. Конституція Словенії 1991 р. прямо заявляє про забезпечення відповідності «законів й інших нормативно-правових актів загальноновизнаним принципам міжнародного права» (ст. 8 і ч. 2 ст. 153)⁴.

Про намір проводити свою зовнішню політику відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права заявлено в кон-

¹ Павлова, Л. В. Международное право в правовой системе государств [Електронний ресурс] // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 1999. – № 3. – Режим доступу: <http://www.cenunst.unibel.by/journal/1999.3/pavlova.shtml>.

² Там само.

³ Конституция Венгерской Республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/118>

⁴ Конституция Республики Словении 1991 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/109>

ституціях Республіки Болгарія 1991 р. (п. 1 ст. 24)¹, Румунії 1991 р. (ст. 10)², Литовської Республіки 1992 р. (п. 1 ст. 135)³, Республіки Молдова 1994 р. (п. 1 ст. 8)⁴.

Привертає до себе увагу те, що конституції постсоціалістичних держав Європи містять щось одне: або зобов'язання проводити зовнішню політику своїх держав відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, або зобов'язання про включення цих принципів у власну правову систему (з можливою вказівкою їх пріоритету).

Також як і конституції держав Західної Європи, постсоціалістичні конституції не апелюють до конкретних міжнародно-правових норм, втілених у міжнародно-правових звичаях. Як виняток можна назвати згадуваний раніше п. 1 ст. 17 Конституції РФ, де мова йде про права і свободи людини, та п. 2 ст. 3 Конституції Румунії, в якому зазначається: «Кордони країни визначаються законом при дотриманні принципів та інших загальноновизнаних норм міжнародного права». Можна припустити, що маються на увазі конкретні норми загального міжнародного права, втілені в міжнародно-правових звичаях, які забезпечують непорушність і недоторканність кордонів, у тому числі й Румунії.

До цього можна додати, що також як і в Західній, у Центральній і Східній Європі є держави, конституції яких взагалі не згадують міжнародно-правових звичаїв жодним чином. Наприклад, це Конституція Латвійської Республіки 1922 р. (з виправленнями 1993 і 1994 р.)⁵, Конституція Словацької Республіки 1992 р.⁶, Конституція Чеської Республіки 1992 р.⁷

Чи означає це, що дані держави можуть ігнорувати свої міжнародно-правові зобов'язання, виражені у формі звичаю? Безумовно, ні. У про-

¹ Конституція Республіки Болгарія 1991 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/120>

² Конституція Румунії 1991 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/111>

³ Конституція Литовської Республіки 1992 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/115>

⁴ Конституція Республіки Молдова 1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/127>

⁵ Конституція Латвійської Республіки 1922 г. (с поправками 1993 и 1994 гг.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/116>

⁶ Конституція Словацької Республіки 1992 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/110>

⁷ Конституція Чеської Республіки 1992 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/106>

тивному випадку це буде означати спробу самовиключитися зі світового гуманітарного простору, нормативно-правовий каркас якого в глобальних масштабах забезпечується переважно міжнародно-правовими звичаями. Як не парадоксально, але ними забезпечуються суверенітет і безпека в тому числі й тих державах, керівництво яких навмисно проводить ізоляціоністську зовнішню політику.

Не можуть відкидати звичаї й ті країни, відповідні формулювання конституцій яких ще потребують уточнень, оскільки їх буквальне тлумачення може не тільки спотворити їх юридичну практику у сфері здійснення зовнішньої політики, а навіть зробити її неможливою. Так, важко уявити, щоб держави, чиї конституції не містять прямих зобов'язань проводити зовнішню політику відповідно до загально-визнаних принципів і норм міжнародного права, у своїй дипломатичній діяльності змогли б цих принципів не дотримуватися.

Подібним чином можна міркувати і про місце міжнародно-правових звичаїв в ієрархії джерел внутрішнього права тієї чи іншої держави. Міжнародно-правовий звичай як джерело, що закріплює міжнародно-правову норму, у сучасному світі вже не може не мати пріоритету над джерелами внутрішнього права. Універсальна легітимність загально-визнаних принципів і норм міжнародного права, що зобов'язують держави вирішувати свої міжнародні суперечки мирними засобами, що забороняють вести агресивні війни, проводити політику геноциду, апартеїду і вчиняти інші міжнародні злочини, не може залежати навіть від того, що записано в конституціях держав.

Із цього випливає, що у світлі змісту сучасного загального звичаєвого міжнародного права дилема співвідношення міжнародної і внутрішніх правових систем принципово вирішується на користь монізму з верховенством міжнародного права. До такого висновку підводить ціннісна система, що утвердилася в сучасному міжнародному праві. Істинність їй додає закладене в ній цілепокладання – прагнення до збереження і продовження життя на Землі шляхом мирного співіснування народів і націй. Дуалістична теорія «автономно існуючих, але тісно пов'язаних між собою правових систем» (міжнародної і національних) виправдує вічні політичні підозри, властиві міжнародній політиці. Але вона не дозволяє розглядати за узгодженням політичних інтересів, воль «основних» суб'єктів – держав – загальну людську природу їх конкретних представників

і тих, кого представляють, вихідну єдність їх потреб і, отже, загальної нормативності їх свідомості.

Тим часом практичний сенс дуалізму, його реалізм у міжнародній політиці також не можуть бути відкинуті, тому що пряма фіксація державою прихильності до моністичного підходу, так би мовити, «у чистому вигляді» відкриває шлях до безперешкодного і значно полегшеного застосування міжнародно-правових звичаїв у рамках його внутрішньої юридичної практики. У цьому випадку держава розкриває себе (робить себе відкритою) перед думкою міжнародного співтовариства в особі великих держав і універсальних міжнародних міжурядових організацій.

У зв'язку з цим для сучасної держави оптимальне співвідношення її міжнародно-правових зобов'язань і внутрішньої правової системи може забезпечити доктрина, основана на синтезі двох теорій – монізму з приматом міжнародного права та дуалізму – з провідною роллю першого. Такий модифікований, *реалістичний монізм* дозволить державі, з одного боку, зберегти ідейне єднання з іншими державами з принципових, аксіологічних питань міжнародної політики, а з другого боку – забезпечить їй право на власну суверенну позицію, яка дозволяє відстоювати внутрішню культурну специфіку.

Слід зазначити, пошук компромісного варіанта, що примирює обидві доктрини, далеко не новий для зарубіжної і вітчизняної доктрини міжнародного права. Зокрема, в українській науці власні підходи пропонували А. І. Дмитрієв (концепція доктринального дуалізму)¹, М. В. Буруменський (концепція, основна на синтезі теорій дуалізму і примату міжнародного права)². Акцент у цих «синтетичних» теоріях зроблений саме на дуалізмі, що характерно для науки міжнародного права колишніх соціалістичних держав. Приміром, В. В. Мицик, який зробив огляд теорій співвідношення міжнародного і внутрішнього права, висунутих колишніми радянськими вченими, пише про «реалістичний дуалізм» (Д. Костов), «соціалістичну доктрину дуалізму» (П. М. Радойнов), «діалектичний дуалізм» (С. В. Черніченко, Є. М. Аметистов)³.

¹ Дмитрієв, А. І. Міжнародне публічне право [Текст] : навч. посіб. / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 212, 213.

² Див.: Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М.В. Буруменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 64.

³ Див.: Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 250, 251.

До провідної ролі дуалізму схилиються і такі російські вчені, як Є. Т. Усенко¹, М. Н. Марченко².

Ріднить усі перераховані «синтетичні» теорії спроба примирити суверенні права держав з імперативними нормами загального міжнародного права. На мою думку, імперативність останніх більше вказує на пріоритетність все-таки монізму над дуалізмом, а не навпаки, оскільки дуалізм у будь-якій своїй модифікації виходить із самостійності міжнародного і національного правопорядків, непідкорюваності їх один одному. Учені, які підтримують дуалізм, опиняються у прямому логічному протиріччі: з одного боку, вони заявляють про наявність у сучасному міжнародному праві якихось непорушних універсальних загальноновизнаних і загальнообов'язкових норм, а з другого боку – говорять про відсутність будь-якої ієрархії між цими правопорядками. Так, М. В. Буроменський, говорячи про синтез теорій дуалізму і примату міжнародного права, пише, що «треба виходити з доктрини єдності права як соціокультурного явища, що породжує єдиний у своїй основі правопорядок»³. Але вже в цьому і наступному реченнях заперечує дане твердження, заявляючи про «відносно самостійні міжнародний і внутрішній правопорядки» і про те, що «міжнародний і внутрішній правопорядки не знаходяться в ієрархічній залежності та тісно взаємодіють»⁴. Треба розуміти за логікою М. В. Буроменського «єдиний у своїй основі правопорядок» з приматом міжнародного права не припускає ієрархії правопорядків.

У розрізі нашого дослідження реалістичний монізм дає можливість державі виважено й обачно підходити до встановлення деталей змісту універсальних звичаєвих норм міжнародного права, але при цьому він не вберігає її від їх ігнорування. Законодавець і особливо судова система потрапляють у ситуацію постійного балансування між нормами внутрішнього права, власною правовою традицією і проведеною внутрішньою правовою політикою, з одного боку, та нормами міжнародного права – з другого. І, звичайно, такий монізм передбачає добре знання і розуміння ними значення та специфіки міжнародного права.

Ще на одну проблему співвідношення міжнародного звичаєвого права і внутрішнього права держав варто звернути увагу – це пробле-

¹ Усенко, Е. Т. Очерки теории международного права [Текст] / Е. Т. Усенко. – М. : Норма, 2008. – С. 122–168.

² Марченко, М. Н. Источники права [Текст] : учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Проспект, 2008. – С. 330–355.

³ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 64.

⁴ Там само.

ма встановлення, застосування і статусу у внутрішньому праві *локальних* міжнародно-правових звичаїв, яку порушують лише деякі фахівці. Ще рідше намагаються в ній розібратися. Так, Х. Валліківі звертає увагу на відсутність урегулювання у внутрішньому праві Естонії питання про «партикулярні звичаєві норми»¹. Цю ж проблему розглядає Б. Л. Зимненко, але вже стосовно «звичаєвих регіональних норм» і права Росії. На його думку, вони «не є частиною правової системи Російської Федерації, і тому, у силу Конституції РФ, ці норми не підлягають застосуванню судами Російської Федерації»². Зауважу, що можна з великою часткою вірогідності стверджувати, що в цей час жодна з існуючих писаних конституцій держав спеціально не оговорює питання про місце локальних (партикулярних) звичаїв міжнародного права в системі джерел внутрішнього права відповідної держави, їх співвідношення не тільки із законами й актами виконавчих органів влади, а й зі звичаями загального міжнародного права і міжнародними договорами. Тим важливіше теоретичне пророблення питання, що може попередити можливі помилки на практиці.

На думку Х. Валліківі, «партикулярні звичаєві норми можуть розглядатися як такі, що посідають положення не вище, ніж рівне законам. Тоді законодавча влада зможе ухвалювати рішення щодо того, чи дозволяти у внутрішньому праві застосовувати такі норми або встановлювати інше регулювання. Також цілком припустимо надавати партикулярним звичаєвим нормам навіть більш низький статус, ніж дорівнює актам виконавчої влади»³. Свою позицію естонський учений аргументує особливою роллю виконавчої влади у формуванні міжнародного звичаєвого права взагалі й партикулярних міжнародно-правових звичаїв зокрема. Із цього він робить висновок, що «виконавча влада може проголошувати про наявність у неї компетенції ухвалювати рішення щодо того, чи дозволяти застосування всередині [держави] таких норм або встановлювати норми, що відкидають прийняті звичаєві норми»⁴.

Із такою позицією важко погодитися. Виконавча влада має не менш важливе значення у формуванні звичаїв загального міжнародного права, однак, це не наділяє її правом переглядати ці звичаї в односторонньому порядку. Ініціатива змінити або скасувати звичай, звичайно,

¹ Vallikivi, H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia [Text] / H. Vallikivi // *Juridica International*. – VII/2002. – P. 35.

² Зимненко, Б. Л. Нормы международного права в судебской практике Российской Федерации [Текст] : пособие для судей / Б. Л. Зимненко. – М. : ПАП, 2003. – С. 22.

³ Vallikivi, H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia [Text] / H. Vallikivi // *Juridica International*. – VII/2002. – P. 35.

⁴ Ibid.

може йти з її боку. Але якщо вона не знаходить відповідної підтримки з боку заінтересованих держав і радикально не тягне зміни усталеної практики міжнародно-правових відносин на добровільній основі (що в принципі малоімовірно), вона має всі шанси бути витлумачена як ініціатива порушити норму міжнародного звичаєвого права.

Будь-який локальний (партикулярний) міжнародно-правовий звичай зобов'язує кожну відповідну державу в цілому. Він є продуктом розвитку міжнародних публічних відносин певних держав у певній сфері. Установлення однією з цих держав своїх зобов'язань з виконання даного виду звичаїв на щабель, рівний або нижчий за власні закони, по суті, означало б вказівку нею на намір здійснити перегляд таких звичаїв в односторонньому порядку.

Думаю, що в цьому разі цілком коректною буде аналогія з дотриманням зобов'язань за міжнародними договорами, що містять партикулярні норми. Уряд будь-якої сучасної держави не може дозволити собі без прогнозованого ризику несення відповідальності за свої дії в односторонньому порядку відмовитися від дотримання таких договорів або змінити їх. Це буде суперечити ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., відповідно до якої «учасник (договору). – Ю. Щ.) не може посилається на положення свого внутрішнього права як виправдання для невиконання ним договору».

Інша справа, коли практика міждержавного спілкування в будь-якій специфічній сфері міжнародних відносин привела до формування локальної норми, яка в частині або в цілому суперечить нормі загального міжнародного права. Вирішення цього питання, як видно, буде залежати від того, про яку норму загального міжнародного права йдеться. Імперативні норми міжнародного права, безумовно, не можуть бути змінені, а тим більше скасовані локальними нормами. Загальні, але не імперативні норми – норми *erga omnes*, на мій погляд, можуть. Яскравим прикладом цього є практика латиноамериканських країн, яка сформувала норму про право притулку на територіях посольств, розташованих у цих країнах. Вона, як відомо, прямо протилежна загальній нормі дипломатичного права.

Ще один висновок, який впливає з міжнародного публічного характеру локальних звичаїв міжнародного права, стосується їх співвідношення з внутрішніми правовими системами відповідних держав. Як бути, якщо статус таких звичаїв жодним чином не врегульований конституціями або законами? Чи є вони частиною правової системи держав? Чи повинні застосовувати їх судді?

Справа в тому, що, за ідеєю, будь-який локальний звичай на момент установлення вже має бути інтегрований у правову систему відповідних держав, оскільки він не може сформуватися без свого роду санкціонування, з боку їх влади, що персоніфікує його юридичне визнання. Локальний звичай, також як і загальний, не привноситься ззовні. Він формується у процесі здійснення владних повноважень адміністративними, правоохоронними й іншими органами держав. Нагадаю, що доказова база всіх справ, розглянутих Міжнародним судом ООН і пов'язаних з установленням локальних звичаїв (*про право притулку 1950 р., про право проходу через індійську територію 1960 р., про храм Пра Вайхеа 1962 р., про делімітацію морського кордону в районі затоки Мен 1984 р.*)¹, в основному будувалася на наданні матеріалів судової та адміністративної практики держав, що сперечаються.

Проблема, однак, у тому, що різка зміна позиції держави, яка заперечує практику і відкидає локальний звичай навіть після його підтвердження в результаті міжнародного судового розгляду, може зробити такий звичай недовговічним. У силах держави кардинально змінити внутрішнє нормативно-правове регулювання відповідних відносин і відповідну юридичну практику, щоб перешкодити подальшому існуванню локального звичаю. Але якщо визнання такого звичаю було прямо підтвержене на міжнародному рівні, органи відповідних держав будуть зобов'язані застосовувати їх у своїй діяльності, принаймні, для регулювання правовідносин, що виникли до і/або на момент такого підтвердження. Посилання на неврегульованість у рамках внутрішнього права питання про застосування локальних міжнародно-правових звичаїв не можуть служити переконливою підставою для їх незастосування судами й іншими державними органами, а точніше – не можуть надалі бути обставинами, що звільняють дану державу від міжнародно-правової відповідальності.

І на закінчення додам, що в практиці Міжнародного суду ООН теж виникало питання про його юрисдикцію встановлювати і застосовувати локальні звичаї. Як відомо, п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН прямо не називає такі звичаї як застосовуване ним джерело. Проте Суд визнав за собою таке право, надавши розширювальне тлумачення формулювання п. 1 (b) ст. 38 свого Статуту і, таким чином, подолав вказівку в ній на «загальність практики»². Можна припустити, що повна відсутність заперечень із боку держав – учасниць Статуту Міжнародного суду ООН у зв'язку з таким розширювальним тлума-

¹ Докладніше див. підрозділ 4.2 цієї монографії.

² Докладніше див. підрозділ 4.2 цієї монографії.

ченням зазначеної норми допускає аналогічне розширювальне тлумачення й у внутрішньому праві держав.

Таким чином, загальна тенденція, що виявляється на основі аналізу питань співвідношення та взаємодії міжнародного звичаєвого права і внутрішнього права держав континентальної Європи, полягає у такому:

1. Внутрішні правові системи європейських держав у цей момент не мають диференційованого відношення до міжнародно-правових звичаїв. Вони не розділяють їх залежно від юридичного значення і/або територіальної поширеності на загальні (*erga omnes*), імперативні (*jus cogens*), регіональні або локальні (партикулярні). Єдиний різновид міжнародно-правових звичаїв, що знайшов безумовне і масове визнання в конституціях і внутрішній юридичній практиці цих країн, – це звичаї загального міжнародного права. Це єдиний висновок, що випливає з тлумачення їх конституційних норм про «загальновизнані принципи і норми міжнародного права». Відповідно до найпоширенішої серед європейських фахівців думки, до них належать імперативні норми, норми *erga omnes* і загальні принципи права.

2. У системі джерел внутрішнього права європейських держав міжнародно-правовий звичай, як правило, посідає лідируючу позицію. У своєму статусі він або зрівняний з конституцією, або займає місце між конституцією і простим (поточним, ординарним) законодавством.

3. Як базисний спосіб імплементації міжнародно-правових звичаїв внутрішніми правовими системами європейських держав прийнята *автоматична інкорпорація*. Вона дозволяє застосовувати звичаї у внутрішній юридичній практиці в тому вигляді й з тим змістом, які склалися в міжнародному праві безпосередньо в момент їх затребуваності суб'єктом внутрішнього права.

4. Розходження у ставленні до міжнародного звичаєвого права між державами Західної Європи, з одного боку, і державами Центральної і Східної Європи, переважна більшість з яких є колишніми соціалістичними країнами, з другого боку, у цей час полягає лише в мірі розвиненості внутрішньої юридичної практики з даного приводу. При цьому шляхи її розвитку в цілому ідентичні, що пояснюється наявністю загального об'єднуючого фактора цих країн – належністю до романо-германської сім'ї континентального права.

6.4. Міжнародно-правові звичаї у праві України

Право України завжди мало риси, властиві романо-германській правовій сім'ї. Навіть у складі Радянського Союзу право соціалістичної України, як, власне, й інших радянських республік, було якісно близьке їй. Фахівці визнають, що радянська соціалістична правова система, незважаючи на свої явні ідеологічні особливості, формувалася за романо-германським типом¹. Поступове «звільнення» в 1990-х рр. права України від соціалістичних правових норм і понять² з одночасним запозиченням західноєвропейських (континентальних) принципів побудови внутрішньої правової нормативної системи, інститутів державної влади зробили такий зв'язок більш виразним³. Тому головна відповідь на питання про юридичний статус звичаїв міжнародного права

¹ Р. Давид писав, що «чинне радянське право, безсумнівно, виявляє відому схожість із романською системою. Воно достатньо широко зберегло її термінологію, а також – хоча б за зовнішнім виглядом – її структуру. Для радянського права характерна концепція правової норми, яка мало чим відрізняється від французької або німецької концепції. Виходячи зі сказаного, багато західних авторів, особливо англійські та американські, відмовляються бачити в радянському праві оригінальну систему і поміщують його в романські системи» (див.: Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – С. 113).

² Як відомо, до прийняття нині чинної Конституції в 1996 р. в Україні діяла Конституція Радянської Соціалістичної Республіки 1978 р. Зміни і доповнення до неї, прийняті у 1989–1992 рр., тим не менш, не усували її загальну соціалістичну спрямованість (див.: Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки [Текст]. Прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 1978 р. // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзков. – Кн. 1: Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. Правнича Фундація, 1995. – 398 с. – С. 81–120).

³ В Україні належність її права до романо-германської правової сім'ї докладно довела Л. А. Луць. Вона зазначила: «Аналіз... основних історичних аспектів українського права дає підставу зробити висновок про належність правової системи України саме до романо-германського типу правової системи, який характеризується такими найбільш суттєвими юридичними ознаками: 1) визнанням нормативно-правового акта основним джерелом права; 2) ієрархічністю нормативно-правових актів, яка визначається їх юридичною силою; 3) визначенням найвищого рівня у цій ієрархії за конституцією; 4) кодифікованістю значної частини нормативно-правових актів; 5) наявністю спеціалізованих органів конституційного правосуддя; 6) поділом права на публічне та приватне, а також галузевим поділом; 7) відведенням ролі генетичного джерела формування принципів права правовій доктрині; 8) подібністю правових принципів та понять у національних правових системах цього типу; 9) наявністю чіткої та ефективною юридичної техніки» (див.: Луць, Л. А. Сучасні правові системи світу [Текст] : навч. посіб. / Л. А. Луць. – Л. : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. – С. 111).

у внутрішньому праві України слід шукати в її писаних джерелах – Конституції і законах.

Для правової системи України, як і більшості країн Європи, пряма вказівка на міжнародно-правовий звичай (не кажучи вже про загальний міжнародно-правовий звичай) як на самостійне джерело внутрішнього права є досить нетиповою. Основний Закон нашої держави – Конституція України – прямих посилань на нього не містить. У ній взагалі немає слова «звичай».

У поточному законодавстві міжнародно-правовий звичай згадується тільки в тих нормативно-правових актах, які стосуються регулювання відносин, що вже традиційно українська наука і практика відносить до приватноправових. Вважається, що дані відносини повинні мати явно відмітну ознаку, яка дозволяє розгледіти в них якийсь міжнародний характер. Його вбачають або в наявності так званого іноземного елемента у структурі правовідношення¹, або, як уточнюється в пізніших дослідженнях, – у взаємодії (зв'язку) з правопорядками декількох держав (принаймні, двох)². Тому, строго кажучи, ці відносини повинні бути не просто приватноправовими, а *міжнародними* приватноправовими. Відповідне законодавство України закріпило даний підхід. Так, ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон «Про МПрП») до 2010 р. установлювала, що одним із джерел визначення права, яке підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, можуть бути міжнародні звичаї, «які визнаються в Україні»; ч. 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (далі – Закон «Про ЗЕД») наділяє суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) правом використовувати в тому числі й міжнародні звичаї.

Чи маються на увазі в зазначених випадках у тому числі звичаї загального міжнародного права? Оскільки жоден з указаних законів будь-якого тлумачення поняття «міжнародно-правовий звичай» (а буквально

¹ Див., напр.: Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М. : Спарк, 2002. – С. 26–28; Международное частное право: современные проблемы [Текст] / отв. ред. М. М. Богуславский. – М. : ТЕИС, 1994. – С. 83; Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 10.

² Див.: Ануфриева, Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории [Текст] / Л. П. Ануфриева. – М. : Спарк, 2002. – С. 43; Степанюк, А. Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання [Текст] / А. Степанюк. – Х. : Майдан, 2005. – С. 70–72; Степанюк, А. А. Іноземний елемент як визначальна категорія для міжнародного приватного права [Текст] / А. А. Степанюк // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 77. – С. 36–43.

за текстом – «міжнародний звичай» – термін, уже традиційно використовується як дещо скорочений варіант першого) не дає, звернемося до вітчизняної доктрини міжнародного приватного права.

Багато вчених вважають, що цим поняттям охоплюються як звичаєво-правові норми, що регулюють міжнародні публічні відносини, так і звичаєво-правові норми, присвячені регулюванню міжнародних відносин приватного характеру, а саме відносин у сферах міжнародної торгівлі й міжнародного торговельного мореплавства. Останні просто є різновидом перших. Дану позицію поділяв Л. А. Лунц¹. Про це пишуть Г. С. Фединяк², В. О. Канашевський³. До такої ж позиції схиляється О. Р. Кібенко, поєднуючи терміном «міжнародний звичай» у тому числі й міжнародні торговельні звичаї⁴. У такий же спосіб можна витлумачити позицію М. М. Богуславського, який вказує, що «міжнародні звичаї, основані на послідовному й тривалому застосуванні тих самих правил, наша доктрина й практика розглядають як джерело міжнародного публічного, а також міжнародного приватного права»⁵.

Дещо особливою на цьому тлі виглядає точка зору В. П. Звєкова. Він виділяє, з одного боку, звичаї, які є джерелами як міжнародного публічного, так і міжнародного приватного права, а з другого боку, звичаї, які є джерелами виключно міжнародного приватного права. Другу категорію міжнародних звичаїв учений визначає як звичаї міжнародного торговельного обороту» («торговельні звичаї»)⁶.

Тут слід зазначити, що в чинному законодавстві України безпосереднє поняття «міжнародний торговельний звичай» прописано тільки в ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України). У статті 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ України) закріплюються «звичаї торговельного мореплавання». І також, як і раніше, ні в першому, ні у другому випадках законодавець не визначає зміст використовуваних понять, їх співвідношення між собою та з поняттям «міжнародний звичай».

¹ Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М. : Спарк, 2002. – С. 111–113.

² Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : курс вибр. лекцій / Г. С. Фединяк. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – С. 25, 26.

³ Канашевский, В. А. Нормы международного права и гражданское законодательство России [Текст] / В. А. Канашевский. – М. : Междунар. отношения, 2004. – С. 94.

⁴ Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – С. 24.

⁵ Богуславский, М. М. Международное частное право [Текст] : учебник / М. М. Богуславский. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 1998. – С. 70.

⁶ Звєков, В. П. Международное частное право [Текст] : курс лекций / В. П. Звєков. – М. : НОРМА - ИНФРА-М, 1999. – С. 92.

У цілому ж, як бачимо, ніхто з учених прямо не говорить про звичаї загального міжнародного права. Навіть тоді, коли робиться вказівка на міжнародно-правові публічні звичаї, воно використовується у збірному (об'єднано-чому) значенні, без поділу їх на категорії.

Такий підхід повністю зберігся в оновленому Цивільному кодексі України (далі – ЦК України). Його ст. 7 уперше в законодавстві України взагалі й у законодавстві України, присвяченому регулюванню приватноправових відносин, зокрема закріпила звичай як самостійне джерело виникнення юридичних прав і обов'язків. У частині 1 цієї статті передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм і, зокрема, звичаєм ділового обороту.

Частина 2 ст. 7 ЦК України дає перше офіційне внутрішньодержавне визначення поняття звичаю: «Звичаєм є правило поведінки, що не встановлено актами цивільного законодавства, але є сформованим у певній сфері цивільних відносин».

Чіткої вказівки на міжнародно-правовий звичай у ст. 7 ЦК України немає. Тим часом вчені-цивілісти переконані, що тут також маються на увазі будь-які звичаї міжнародного права. Наприклад, Є. О. Харитонов, коментуючи ст. 7, пише: «У коментованій статті вперше у вітчизняному законодавстві вказується на звичай як на джерело цивільного права і визначаються засади його застосування... Залежно від характеру правового звичаю можна виокремити кілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обороту та ін.»¹. Сюди ж учений відносить і загальні принципи права: «Але багато звичаїв у документах не фіксуються, а мають характер правових аксіом, які звичайно приймаються до уваги учасниками цивільних відносин (наприклад, «Двічі за одне й те саме не відповідають», «Домовленості мають виконуватися»)»².

Незважаючи на відсутність офіційних внутрішньодержавних тлумачень поняття міжнародно-правового звичаю (міжнародного звичаю) у тих випадках, коли український законодавець все-таки звертається до цього джерела, він відводить йому допоміжну роль стосовно писаних позитивних норм.

Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 6 Закону «Про ЗЕД» суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору можуть використовувати відомі міжнародні звичаї тільки тоді,

¹ Цивільний кодекс України [Текст] : коментар. – 2-ге вид. із змін. за станом на 15 січ. 2004 р. – Х. : Одіссей, 2004. – С. 13.

² Там само.

коли це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України. Згідно з ч. 2 ст. 7 ЦК України, «звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується». А із Закону «Про МПрП» у 2010 р. виключили навіть згадування про міжнародний звичай як правове джерело, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом¹.

Ставлення до міжнародних звичаїв у цілому як до юридичних норм вторинного плану повністю збігається в українського законодавця зі ставленням до міжнародних торговельних звичаїв і звичаїв торговельного мореплавства. Згідно з ч. 6 ст. 4 ГПК України господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї тільки у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності. Відповідно до ст. 6 КТМ України сторони можуть включати в договори, що укладають між собою, умови про застосування звичаїв торговельного мореплавства тільки в тих випадках, коли вони можуть відступати від правил цього Кодексу.

Чи правомірний такий підхід? Чи повинне застосування міжнародних звичаїв: загальних, регіональних, двосторонніх, торговельних і навіть загальних принципів права цілком і повністю залежати від волі державної влади?

Уявляється, що відповідь повинна бути диференційованою – залежно від особливостей формування й впливу звичаю на підтримку міжнародного правопорядку і на розвиток внутрішньодержавної правової системи України. Однак якщо говорити в цілому, то практика звертання до міжнародно-правових звичаїв при вирішенні спорів у міжнародних судових (арбітражних) органах і величезний інтерес до них, особливо за останні два десятиліття, у закордонній юридичній літературі свідчить, що реальний вплив міжнародно-правових звичаїв на регулювання суспільних відносин не тільки не знижується, а, навпаки, усяляко зростає.

Глибокі дослідження, проведені останніми роками в українській науці, зокрема з проблем правових звичаїв міжнародної торгівлі, дозволили зробити висновок про те, що вони бувають різними: одні виконують допоміжну («надолужуючу») функцію щодо зовнішньоекономічних договорів, інші, навпаки, є імперативними нормами. При

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права [Текст] : Закон України від 21 січня 2010 р. № 1837-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 12. – Ст. 120.

санкціонуванні звичаїв міжнародної торгівлі українському законодавцеві треба «ураховувати об'єктивну функціональну спрямованість» цих норм¹. «У той же час, – пише О. О. Щокіна, – доцільно надавати імперативної сили тим звичаям міжнародної торгівлі, які спрямовані на захист прав учасників міжнародних комерційних відносин і споживачів і забезпечення стабільності міжнародного комерційного обороту в цілому (такі імперативні звичаї міжнародної торгівлі, як принципи добросовісності та чесної ділової практики)»². Завдяки такого роду звичаям в українській доктрині МПРП знову стала затребуваною теорія *lex mercatoria*³.

Разом з тим не виключене існування норм міжнародної торгівлі, які під виглядом правових звичаїв активно нав'язуються економічно сильними учасниками міжнародних торговельних відносин іншим учасникам, менш сильним. У цьому випадку законодавче втручання є необхідним і виправданим. О. О. Щокіна у зв'язку з цим пропонує «закріпити у вітчизняному законодавстві „захисне застереження” про незастосування звичаїв ділового обороту, що явно порушують принцип еквівалентності зобов'язань сторін»⁴.

Уже з урахуванням даних зауважень вищенаведені норми приватно-правових законів України виглядають не настільки однозначними і мають потребу в корегуваннях. Необхідність змін стає ще більш очевидною, якщо зачіпаються міжнародні звичаї, які традиційно відносяться наукою до міжнародного публічного права, в якому загальні міжнародно-правові звичаї завжди відігравали і відіграватимуть провідну роль.

Загальне міжнародне право охоплює своїм впливом всі держави світу і за своєю юридичною силою є основоположним як для міжнародного спілкування, так і для побудови національних правових систем. Воно поєднує насамперед імперативні норми міжнародного права (*ius cogens*). Багато юристів-міжнародників розглядають його в контексті зобов'язань *erga omnes*⁵.

¹ Щёкіна, Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права [Текст] / Е. А. Щёкіна. – Харьков : МП «Крок», 2007. – С. 190.

² Там само.

³ Див.: Мережко, А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права* [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 1999. – 416 с.; *Очерки международного частного права* [Текст] / под ред. проф. А. Довгерта. – Харьков : ООО «Одиссей», 2007. – С. 70–82.

⁴ Щёкіна, Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права [Текст] / Е. А. Щёкіна. – Харьков : МП «Крок», 2007. – С. 101.

⁵ *Obligations Erga Omnes in International Law* [Електронний ресурс]. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005. – Режим доступу: www.icj-cij.org

Від виконання зобов'язань за загальним міжнародним правом не можна відмовитися в односторонньому порядку. У статті 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. указується, що «імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається й визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої неприпустимо і яка може бути змінена тільки наступною нормою загального міжнародного права, що має такий же характер».

Отже, держави зобов'язані виконувати зобов'язання за загальним звичаєвим міжнародним правом незалежно від положень їх внутрішнього законодавства з цього приводу. Ігнорування даного виду міжнародних звичаїв тягне міжнародно-правову відповідальність. І в цьому сенсі міжнародно-правовий звичай як джерело міжнародного права за своєю юридичною силою перевищує міжнародний договір, від положень якого можна відмовитися в односторонньому порядку, хоча, можливо, і з дотриманням у деяких випадках досить складної процедури.

З огляду на вищевикладене, чи можна зробити висновок про те, що чинне українське законодавство взагалі не враховує імперативного характеру норм загального звичаєвого міжнародного права?

Конституція України, також як і українське законодавство в цілому, поняття «загальне міжнародне право», а тим більше «загальне звичаєве міжнародне право», не використовує. Разом з тим ст. 18 Конституції закріплює норму, яка пропонує спрямовувати зовнішньополітичну діяльність України «на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загально визначеними принципами і нормами міжнародного права».

У поняття «загально визначені принципи і норми міжнародного права», використане в Конституції України, вкладається такий же зміст, як і в інших правових системах світу (особливо в конституціях колишніх соціалістичних держав Центральної та Східної Європи). Тому українська доктрина і практика міжнародного права традиційно розуміють під ними норми загального міжнародного права. Будь-яких інших загально визначених принципів і норм міжнародного права поза загальним міжнародним правом не існує. Можна повністю погодитися з Б. Л. Зимненком, який «розуміє під „загальним міжнародним правом” сукупність загально визначених принципів і норм міжнародного права, основним джерелом яких є між-

народний звичай»¹. У свою чергу, в українській науці знак рівності між поняттями «загальне міжнародне право» і «звичаєве право» ставить В. Н. Денисов². Таким чином, ст. 18 Конституції створює юридичне підґрунтя для застосування міжнародно-правових звичаїв. Але тільки для тих, які закріплюють норми загального міжнародного права.

М. В. Буроменський коментує ст. 18 Конституції в такий спосіб: «Ця норма лише на перший погляд не пов'язана з національним правом. Насправді ж уся зовнішньополітична діяльність України знаходиться під юрисдикцією України. Це допускає безумовну можливість оцінки такої діяльності національними судами саме на основі ст. 18 Конституції України»³.

До сказаного можна додати, що ця норма також тільки на перший погляд не стосується і питання про співвідношення загального (звичаєвого) міжнародного права та національного права України. Насправді вона чітко вказує, що оскільки в основі зовнішньополітичної діяльності України (і відповідно її юридичних оцінок національними судами) повинні лежати загальновизнані принципи і норми міжнародного права, то за цими принципами і нормами визнається пріоритет над всіма іншими правовими нормами, включаючи норми національної правової системи України. А з огляду на вищевикладене (а саме звичаєво-правове втілення норм загального міжнародного права), висновок, як вбачається, може бути таким: ст. 18 Конституції України визначає і співвідношення звичаїв загального міжнародного права з національною правовою системою України на користь перших, і наділяє національні судові та адміністративні органи правом на їх безпосереднє застосування, але тільки, підкреслю, при юридичному оцінюванні зовнішньополітичної діяльності України.

На користь такого тлумачення ст. 18 Конституції свідчить і загальний підхід, який закладався в її формулювання, закріплений у «Концепції нової Конституції України», прийнятій Верховною Радою УРСР 19.06.1991 р. У розділі І цієї Концепції, присвяченому основам консти-

¹ Зимненко, Б. Л. Нормы международного права в судебной практике Российской Федерации [Текст] : пособие для судей / Б. Л. Зимненко. – М. : РАП, 2003. – С. 43; див. також: Рациборинская, К. Н. Применение международного права российскими судами [Текст] / К. Н. Рациборинская // Междунар. публич. и част. право. – 2004. – № 1. – С. 23–27.

² Денисов, В. Н. Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України [Текст] / В. Н. Денисов // Правова держава: проблеми, перспективи розвитку: короткі тези доп. та наук. повідомл. учасників республік. наук.-практ. конф. 9–11 листоп. 1995 р. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1995. – С. 155.

³ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 77.

туційного ладу, було встановлено: «Як суб'єкт міжнародного права Україна відповідно до своїх національних інтересів бере безпосередню участь у міжнародному спілкуванні, керуючись засадами міжнародного права та визнаючи пріоритетність його загальновизнаних міжнародно-правових норм»¹.

Зауважимо, що в основних офіційних проектах Конституцій України робилися спроби розширити межі застосування «загальновизнаних принципів і норм міжнародного права». Так, у ст. 8 проекту Конституції України від 01.07.1992 р., що виносився на всенародне обговорення, запропоновано положення, сформульоване таким чином: «Україна визнає пріоритет загальнолюдських цінностей, виявляє повагу до загальновизнаних принципів міжнародного права». А в частині 3 ст. 65 цього ж проекту загальновизнані принципи міжнародного права зазначені як одна з підстав обмеження діяльності законодавчої влади в Україні².

На мій погляд, більш вдалим є формулювання в ч. 1 і ч. 2 ст. 11 проекту Конституції України в редакції від 27.05.1993 р., запропонованого Комісією Верховної Ради з розробки нової Конституції України. Вони закріплювали не тільки зобов'язання дотримуватися загально-визнаних принципів міжнародного права, а й містили перелік основних із них, якими належало керуватися Україні при здійсненні своєї зовнішньої політики:

«Україна визнає пріоритет загально-визнаних цінностей, дотримується загально-визнаних принципів міжнародного права.

Зовнішня політика України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства на основі неухильного додержання принципів поваги до державного суверенітету і суверенної рівності; незастосування сили чи погрози силою; непорушності кордонів і територіальної цілісності держав; невтручання у внутрішні справи; поваги прав людини

¹ Концепція нової Конституції України [Текст]. Схвалена Верховною Радою Української РСР 19 черв. 1991 р. // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правнича фундація, 1995. – С. 68.

² Конституція України [Текст]. Проект. Винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення : [у ред. від 1 лип. 1992 р.] // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правнича фундація, 1995. – С. 124, 136.

і основних свобод; співпраці між державами; сумлінного виконання міжнародних зобов'язань; мирного врегулювання спорів»¹.

Із пропозицій, висловлених в українській науці до прийняття чинної Конституції України, слід виділити позицію В. Н. Денисова, який наголошував на необхідності урахування у внутрішньому праві України норм міжнародного права, втілених у звичаєво-правовій формі. Він, указуючи на важливість розмежування дії загальних норм міжнародного права (звичаєвого права) і дії договірної права, пропонував внести в майбутню Конституцію норму такого змісту: «Загальні норми міжнародного права, визнані міжнародним співтовариством, є частиною права України. Вони мають пріоритет перед законом і безпосередньо становлять права і обов'язки для населення України»².

Слід також зазначити, що раніше, до прийняття Конституції України в 1996 р., єдиним документом конституційного рівня, що містив пряму вказівку на норми загального міжнародного права, була Декларація про державний суверенітет України від 16.07.1990 р. У її розділі X проголошувалося: «Українська РСР визнає перевагу загальнонародських цінностей над класовими, пріоритет загальнонародних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права».

Як бачимо, положення, закріплене в розділі X Декларації про державний суверенітет України, якщо порівнювати з нині чинною Конституцією, має більш загальний характер. Воно вже поширює дію звичаїв загального міжнародного права, у тому числі й на правовідносини, що виникають усередині держави. Питання, однак, у юридичній характеристиці самої Декларації. Чи є вона рівною за своєю юридичною силою Конституції України? Перевищує її або, навпаки, підпорядковані їй? Чи варто розглядати положення, що містяться в Декларації, як такі, що доповнюють Конституцію? Або, може, положення Конституції не повинні суперечити Декларації і тлумачитися в її світлі?

Підходи до пошуку відповідей на ці питання різні. Так, М. В. Буромський зазначає, що «Декларація про державний суверенітет України, поза сумнівом, належить до нормативно-правових актів конституційного рівня, що обумовлює юридичну чинність її норм і їхнє місце в ієрар-

¹ Конституція України. Проект. Внесений Комісією Верховної Ради України по розробці нової Конституції України [у ред. від 27 трав. 1993 р.] // Конституція незалежної України [Текст] : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правнича фундація, 1995. – С. 199.

² Денисов, В. Н. Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України [Текст] / В. Н. Денисов // Правова держава: проблеми, перспективи розвитку: короткі тези доп. та наук. повідомл. учасників республік. наук.-практ. конф. 9–11 листоп. 1995 р. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1995. – С. 155.

хії норм українського законодавства. Тому закріплена в Декларації норма про співвідношення міжнародних загальновизнаних норм і норм внутрішнього права України за своїм характером є конституційною»¹. Саме на підставі Декларації висновок про визнання пріоритету загально-визнаних норм міжнародного права на Україні робить М. Є. Черкес².

Разом з тим інші вчені схиляються до думки, що з моменту прийняття Конституції Декларація свою роль вичерпала, та й раніше Декларація як діючий нормативно-правовий акт вищої юридичної сили особливо і не розглядалася. Зокрема, В. П. Колісник вважає, що «Декларація про державний суверенітет України була виваженим і обґрунтованим документом, написаним з урахуванням політичних реалій і конкретної ситуації того періоду, розробники якої пішли шляхом створення передумов незалежності Української держави набагато далі, ніж інші союзні республіки. За змістом Декларація могла б відіграти роль малої Конституції України, проте час запровадження її положень повною мірою тоді ще не настав, і вона так і залишилася за юридичною природою предконституційним документом»³. Однак, як вбачається, найбільш зрозуміле роз'яснення юридичної сутності Декларації дає Л. Юзьков. Він указує: «У прикінцевій частині Декларації міститься положення про те, що вона (Декларація) є „основою для нової Конституції, законів України і визначає позиції Республіки при укладанні міжнародних угод”. Це положення виявилось надто привабливим у плані прискорення державно-правової розбудови України. Чимало народних депутатів у цьому зв'язку навіть ставили питання про надання Декларації статусу Конституційного закону. Перемогла ж ідея, що Декларація має залишитись у якості, зумовленій її сутністю саме як декларації – документа урочистого проголошення державного суверенітету України»⁴.

Отже, навряд чи можна розглядати Декларацію про державний суверенітет України як і донині чинний нормативно-правовий акт вищого (конституційного) рівня, який має пряму дію. Це означає, що

¹ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменьського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 77.

² Черкес, М. Е. Международное право [Текст] : учеб. пособие / М. Е. Черкес. – Харьков : Одиссей, 2006. – С. 48, 49.

³ Колісник, В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти [Текст] : монографія / В. П. Колісник. – Х. : Фоліо, 2003. – С. 80.

⁴ Юзьков, Л. Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України / Л. Юзьков // Конституція незалежної України [Текст] : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правничка фундація, 1995. – С. 9.

питання про місце звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку всебічно не врегульовано, що, повторимося, не знімає з України міжнародно-правових зобов'язань з їх виконання.

Тим часом у ч. 1 ст. 8 Конституції України закріплено, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права». На думку М. В. Буроменського, дана норма являє собою юридичну підставу для застосування в рамках національної правової системи України загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в їх звичаєво-правовому втіленні. Як зазначає вчений, «вживання виразу „верховенство права” у ч. 1 ст. 8 Конституції, поза сумнівом, не обмежене національними рамками»¹. У такій інтерпретації «загальновизнані норми міжнародного права мають примат і над Конституцією України»².

Уявляється, що тлумачення поняття «верховенство права», надане М. В. Буроменським, має дуже вагомі підстави, зумовлені природою поняття «право» як концентрованого втілення уявлень про справедливість. А вони (ці уявлення) в жодному разі не обмежені державними кордонами. Значеннєвий зміст поняття «справедливість» універсальне, що на сьогодні доведено численними дослідженнями³.

З моменту прийняття Конституції України завдяки діяльності, насамперед, Конституційного Суду України (далі – КСУ) поступово розширюються межі загальнообов'язкових тлумачень поняття «верховенство права», внаслідок чого у правову свідомість і, що найважливіше, у повсякденну юридичну практику проводяться ідеї, які мають природно-правову світоглядну основу, що прийшла на зміну все ще популярному, особливо в колах застосовувачів права, юридичному позитивізму. Так, у підп. 4.1 Рішення КСУ в справі про призначення судом більш м'якого покарання від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 встановлено: «Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути

¹ Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 79.

² Там само.

³ Див. підрозділ 2.3 цієї монографії.

і несправедливим... Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, однією із загальнолюдських вимірів права»¹.

Звернемо увагу на те, що, по-перше, інші (тобто крім законодавства) соціальні регулятори і елементи права – норми моралі, традиції, звичаї – усього лише «значною мірою дістали відображення в Конституції України»; по-друге, саме право не ототожнюється із законом, «який іноді може бути й несправедливим». З цього випливає, що розуміння права визначало зміст Конституції України, виступало мірилом обґрунтованості включення норм у неї. Таким чином, право перевищує Конституцію як закон, нехай навіть і основний. У цьому зміст верховенства права.

КСУ зазначає, що норми моралі, традиції та звичаї як незаконодавчі елементи права зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Навряд чи тут мається на увазі досвід культурного розвитку виключно України. Швидше за все мається на увазі історично досягнутий культурний рівень людської цивілізації взагалі. Адже з проголошенням незалежності й початком формування власної правової системи Україна значною мірою орієнтувалася на кращі світові зразки правотворчості (у рішенні КСУ говориться про справедливість як «один із загальнолюдських вимірів права»). Під світовими зразками в цьому випадку можуть розумітися й зарубіжні – як такі, що втілюють найцінніший правотворчий досвід інших країн, і міжнародні – як ті, що втілюють досвід міжнародно-правового співробітництва. А найбільш яскравим вираженням останнього і виступають загальновизнані принципи і норми міжнародного права.

При цьому в співвідношенні зарубіжно-правового і міжнародно-правового нормативного досвіду останнє відіграє провідну роль, оскільки воно в силу специфіки свого формування виступає як узагальнення безлічі перших. Тому, власне, багато конституцій світу в тій чи іншій формі закріпили пріоритет норм міжнародного права над національними правовими системами. І тому як для інших країн, так і для України є логічним визнання примата звичаїв загального міжнародного права над звичаями національного права.

¹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 г. № 15-рп/2004 [Текст] // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

Однак у цьому випадку необхідно мати на увазі, що загальне міжнародне право теж різне. Воно охоплює норми, які мають різну предметну спрямованість. У більшості випадків це відносини міжнародної безпеки (заборона агресії і погрози нею, мирне вирішення спорів, заборона геноциду, апартеїду, колоніалізму, обов'язкове виконання міжнародно-правових зобов'язань тощо). Величезну частину становлять норми, спрямовані на гуманізацію ведення збройних конфліктів міжнародного й неміжнародного характеру. До загального міжнародного права також можна віднести деякі норми міжнародного дипломатичного права (недоторканність дипломатичних представників на території держав акредитації, недоторканність дипломатичної кореспонденції, архівів і документів й ін.). Усе більше міжнародне визнання як норми загального міжнародного права здобувають зобов'язання із захисту навколишнього середовища.

У контексті ж верховенства права 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 доктрині міжнародного права існують різні точки зору з приводу втілення (об'єктивізації) цих принципів. Деякі вчені вважають, що загальні принципи в міжнародному праві виступають самостійним джерелом, інші – загальні принципи об'єктивуються через інші загальновизнані джерела – передусім міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї. Причому саме звичаї є найбільш адекватною і первинною формою їх зовнішнього вираження. Другої точки зору дотримується і автор цієї монографії.

На підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки.

1. У Конституції і внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права та національного права України належним чином не врегульоване. У нормах національних законів України, які містять відсилання до міжнародних звичаїв, відсутній диференційований підхід до їх застосування, що ґрунтується на місці й ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин.

2. Чинна Конституція України:

а) 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;

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

3. Термінологія норм ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» і ч. 2 ст. 7 ЦК України має бути уточнена стосовно використання понять «міжнародний звичай» і «звичай». Повинен бути врахований загальновизнаний у вітчизняній і зарубіжній доктрині й практиці поділ міжнародних звичаїв на звичаї, що регулюють міжнародно-правові *публічні* відносини (насамперед звичаї загального міжнародного права), і звичаї, що регулюють міжнародно-правові *приватні* відносини (правові звичаї міжнародної торгівлі, звичаї торговельного мореплавства тощо).

Висновки

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 справлявся з функціями 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.

Споконвічно уявлення про сутнісні характеристики звичаїв формувалися в межах найбільш розвинених правових систем стародавності й Середньовіччя без чіткого розподілу їх на міжнародні й внутрішні. Величезний вплив на уявлення про звичаї справила давньоримська правова традиція. Давньоримські правові максими були опорними і для вироблення локальних норм, і для регулювання міжнародних відносин, де частка звичаїв була переважаючою. Вони продовжують впливати і на сучасні теорії міжнародного і внутрішнього звичаєвого права.

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, основних принципів міжнародного права), в їх непорушності, фундаментальності.

2. У російській науці міжнародного права другої половини XIX – початку XX ст. уявлення про роль міжнародних звичаїв були неоднозначними. Переважна більшість авторитетних фахівців того часу (В. П. Даневський, П. Є. Казанський, Л. О. Камаровський, Д. І. Каченовський, М. М. Коркунов, В. А. Незабитовський, А. М. Стоянов) ставилися до нього як до загальновизнаного й дуже важливого регулятора міжнародних відносин, який, проте, значно поступається іншому джерелу – міжнародному договору. Їх висновки, по-перше, ґрунтувалися на низці очевидних і явних переваг писаної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань, що пояснюється впливом популярних у ті часи ідей позитивного права, і по-друге, були викликані відсутністю глибоких теоретичних праць, присвячених міжнародним

звичаям, у яких комплексно досліджувалися б історичні, філософські, культурологічні й, власне, правові питання виникнення і функціонування даного неписаного джерела міжнародного права.

Ряд російських учених, порівнюючи міжнародний звичай і міжнародний договір, саме звичаю віддавали абсолютну перевагу. Одні з них (Ф. Ф. Мартенс, В. А. Уляницький) вважали, що звичай – це таке джерело, у співвідношенні з яким міжнародний договір не може конкурувати просто через свою об'єктивно недостатню поширеність і затребуваність. Інші бачили в цій перевазі глибокий зміст. Серед них слід насамперед назвати А. К. Бялецького, який у своїх висновках спирався на природно-правову концепцію міжнародного права і заклав науковий фундамент міжнародного звичаєвого права та передбачив його розвиток на багато десятиліть уперед.

Учених, які взагалі заперечували міжнародний звичай як джерело міжнародного права, було вкрай мало (О. О. Ейхельман).

3. Теорія юридичного позитивізму не може дати вичерпного пояснення правової природи міжнародно-правових звичаїв, оскільки не вникає в суть явища. Припущення про узгоджувальну природу звичаїв, висунуте позитивізмом, будується на визнанні воль держав єдиним і виключним джерелом походження міжнародних прав і обов'язків, а самих держав – основними суб'єктами міжнародного права. 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 від самого початку виявляється нездатним виявити внутрішні причини, що спонукають держави й інших суб'єктів міжнародного права додержуватися таких неписаних «угод».

4. Політико-орієнтовна юриспруденція також не дає ані чіткого розуміння правової природи, ані, на відміну від позитивізму, чітких і стабільних критеріїв міжнародно-правових звичаїв. Як міжнародний звичай може розглядатися будь-яке правило поведінки, яке влаштовує в цей момент ту чи іншу державу. Питання визнання будь-якого правила поведінки як звичаєво-правової норми – це питання політичної вигоди певної держави на міжнародній арені. З цієї позиції роль слабо-розвинених держав у процесі формування міжнародних звичаїв розглядається як малозначна.

5. На думку автора цього дослідження, 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.

6. 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 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);

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 волю 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.

7. Зроблено висновки стосовно часових факторів формування міжнародно-правових звичаїв.

По-перше, *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 (об'єктивну) сторону міжнародної звичаєво-правової норми, і з'ясування внутрішнього (суб'єктивного) ставлення до неї її учасників. При цьому точних строків, необхідних для формування того чи іншого міжнародно-правового звичаю, не існує.

По-друге, концепція «моментальних» звичаїв міжнародного права не має глибокого наукового обґрунтування й не спростовує існуючої теорії міжнародного звичаєвого права в цілому й традиційних уявлень про строки формування міжнародних звичаєво-правових норм зокрема. Разом з тим вона акцентує увагу на добре відомих у традиційній теорії проблемах і вказує на необхідність, зокрема, розмежування смислового змісту практики й *opinio juris* як елементів (складників) міжнародно-правових звичаїв, а також указує на новий – цілеспрямований – шлях формування міжнародно-правових звичаєвих норм.

8. 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 (локальні) неурядові організації, підприємницькі організації, тобто всі ті, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання. 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.

9. Найадекватнішою формою зовнішнього вираження (джерелом) норм загального міжнародного права (імперативних норм, зобов'язань *erga omnes*, загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права) є міжнародно-правовий звичай. Його основні переваги перед міжнародним договором виявляються у такому:

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

б) установлення звичаїв має особливу специфіку: висновок про наявність норми робиться виходячи з комплексного аналізу різних джерел, що мають не тільки позитивно-правове походження (міжнародні договори, національне законодавство різних держав), а й актив застосування позитивних норм (рішення міжнародних і національних

судів, рішення міжнародних організацій, постанови урядів різних держав і т. ін.), а також будь-яких інших засобів зовнішньої фіксації практики дійсних фактичних міжнародних правовідносин.

10. Локальні 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 – об'єктивний (практика) і суб'єктивний (*opinio juris*). При цьому в порівнянні із загальними звичаями встановлення локальних передбачає більш поглиблене й комплексне вивчення доказів, що стосуються фактичних відносин (практики) усіх суб'єктів, які брали участь у їх формуванні.

11. Включення до п. 1 (c) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН норми про застосування «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями», стало наслідком впливу природно-правових концепцій на теорію й практику міжнародного права першої половини ХХ ст. Більш глибоке вивчення історії її формулювання дозволяє інакше оцінити компроміс, досягнутий між прихильниками природно-правового й позитивістського напрямів у міжнародному праві, результатом якого, як вважається, 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 (насамперед, норм внутрішнього приватного права), від 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 (волевстановлені державами) норми. За допомогою норми п. 1 (c) 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 загальноновизнаного способу їх *об'єктивування* – джерел їх зовнішнього вираження.

12. 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 (c) 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.

13. Загальні принципи права як різновид нормативних приписів (норм права) слід відрізнити від джерел міжнародного права, до яких належать міжнародно-правовий звичай, міжнародний договір, юридично обов’язкові резолюції міжнародних міжурядових організацій, іноді – внутрішньодержавний закон. Поняття «загальний принцип права» характеризує внутрішній зміст правової норми, її особливу значущість у системі міжнародно-правового регулювання, а поняття «джерело права» – спосіб зовнішнього вираження (об’єктивізації) міжнародно-правової норми.

Загальний принцип права може бути закріплений у кожному з названих вище джерел міжнародного права. Разом з тим найбільш адекватним засобом об’єктивізації загальних принципів, на переконання автора, є міжнародно-правовий звичай, оскільки, по-перше, *неписане* утвердження в міжнародній суспільній правосвідомості загальних принципів права як особливої категорії правових норм здійснюється тільки через визнання нормативно-правових якостей за постійно повторюваними суспільними відносинами, інакше – через слідування широко відомій формулі міжнародно-правового звичаю – суспільній фактичній практиці й визнанню її юридично обов’язковою (*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.

14. 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 і намірами. Звичай набагато повніше відображає ці правовідносини. Він ураховує не тільки слова (офіційні заяви, декларації й т. ін.), а й діяння суб’єктів (їх дії і бездіяльність).

Крім того, договір широко визнаний не тільки як самостійне джерело міжнародного права, але і як допоміжний засіб для встановлення міжнародно-правового звичаю, чому присвячена величезна кількість наукової літератури. Звичай же, виконуючи функцію зміни, доповнення, розвитку договору, завжди виступає як самостійний чинник.

15. 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.

16. 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 із 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 згодом це правило, підтверджуючись кількарізовим фактичним застосуванням, розглядається як втілене у відповідному міжнародно-правовому звичаї.

17. Теорія обов'язкового судового прецеденту, відома в державах загального права як доктрина *stare decisis*, у міжнародному праві стосовно діяльності міжнародних судових органів не підтверджується. Міжнародні суди не створюють норми міжнародного права, а застосовують їх, тому що вони не є учасниками міжнародного правотворчого процесу, не мають відповідних повноважень на створення міжнародно-правових норм і в деяких своїх рішеннях прямо відкидають доктрину *stare decisis* у міжнародному праві, що не перешкоджає їм враховувати у своїй діяльності власні попередні правові позиції й правові позиції інших міжнародних судових органів.

У процесі своєї діяльності міжнародні суди можуть встановлювати наявність норм міжнародного права, прояснити і конкретизувати їх зміст, що цілком і повністю відповідає змісту ст. 38 (1) (d) Статуту

Міжнародного суду ООН, яка кваліфікує судові рішення як «допоміжний засіб для визначення правових норм». Дана функція міжнародних судів стосується головним чином міжнародно-правових звичаїв як особливої специфічної форми фіксації норм міжнародного права.

18. Уявлення про роль національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, що склалися на сьогодні 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 і функціонування внутрішньої правової системи держави в цілому.

19. Статус міжнародно-правового звичаю у внутрішньому праві держав залежить від особливостей їх правових систем. У роботі розглянуто ставлення до звичаю в англосаксонській (на прикладі Англії і США) і романо-германській (на прикладі низки держав Західної, Центральної й Східної Європи, включаючи Україну) правових сім'ях.

20. В Англії і США висновок про ставлення до міжнародно-правового звичаю можна зробити, головним чином, на підставі тлумачення практики їх вищих судових органів, пов'язаної із застосуванням норм «права народів» (поняття, що означає загальне міжнародне звичаєве право). Хоча позиції судів нестабільні й час від часу зазнають змін, у кожній із зазначених країн «право народів» розглядається як частина внутрішнього права. Переглядів зазнають в основному масштаби впливу державної виконавчої і законодавчої гілок влади на застосування судами міжнародно-правових звичаїв.

21. У внутрішньому праві Англії з XVIII ст. і до сьогодні у питанні застосування міжнародно-правових звичаїв протистоять дві основні доктрини – інкорпорації і трансформації. Відповідно до доктрини інкорпорації право народів розглядається як частина права території держави і може застосовуватися судами у повному обсязі. Суддя не зв'язаний при встановленні й тлумаченні норм права народів позицією інших гілок

державної влади. У рамках доктрини трансформації суди, навпаки, повинні враховувати «акти держави» і насамперед «акти Парламенту». У цей час англійська судова практика зорієнтована саме на неї.

22. У США Конституція і законодавство конституційного рівня, що визначає основи діяльності судової влади, а саме Акт про судоустрій 1789 р., не містять чітких, розгорнутих формулювань про застосування права народів, тому головним правовим механізмом зміни уявлень про взаємодію внутрішнього права США й міжнародного звичаєвого права, так само як і в Англії, є судова практика. Відповідно до неї частиною федерального загального права є ті міжнародно-правові звичаї, які регулюють деліктні відносини іноземних громадян у цивільних справах. Федеральні суди США на чолі з Верховним судом можуть тлумачити ці звичаї без розсуду федеральної політичної влади – Конгресу і Президента. Інші різновиди норм міжнародного права, закріплені в даному джерелі, залишаються у веденні судів штатів. Центральна політична влада в силу її конституційних повноважень у сфері міжнародних відносин (ст. I і ст. II Конституції США) зберігає механізми впливу, по-перше, на тлумачення визнаних й імplementованих у правову систему США норм права народів і по-друге, на визнання і введення нових звичаїв міжнародного права.

23. У континентальній Європі ставлення до міжнародно-правового звичаю виявляється, головним чином, через положення конституції і законів. При цьому судова практика другорядного положення не займає. Вона дозволяє заповнити проблеми в регулюванні відносин, пов'язаних із застосуванням міжнародно-правових звичаїв.

24. У цілому ж внутрішні правові системи європейських держав поки що не мають диференційованого ставлення до міжнародно-правових звичаїв. Вони не поділяють їх залежно від юридичного значення й/або територіальної поширеності на загальні (*erga omnes*), імперативні (*jus cogens*), регіональні або локальні (партикулярні). Тільки один різновид міжнародно-правових звичаїв, що знайшов безумовне й масове визнання в конституціях і внутрішній юридичній практиці цих країн, – це звичаї загального міжнародного права. Це єдиний виводок, що випливає із тлумачення їх конституційних норм про «загально визнані принципи і норми міжнародного права». Відповідно до найпоширенішої серед європейських фахівців думки, до них належать імперативні норми, норми *erga omnes* і загальні принципи права.

У системі джерел внутрішнього права європейських держав міжнародно-правовий звичай, як правило, займає лідируючу позицію.

У своєму статусі він або зрівняний з конституцією, або займає місце між конституцією й простим (поточним, ординарним) законодавством.

Як основний спосіб імплементації міжнародно-правових звичаїв внутрішніми правовими системами європейських держав прийнята *автоматична інкорпорація*. Вона дозволяє застосовувати звичаї у внутрішній юридичній практиці в тому вигляді і з тим змістом, які склалися в міжнародному праві безпосередньо на момент їх затребуваності суб'єктом внутрішнього права.

Відмінності у ставленні до міжнародного звичаєвого права між державами Західної Європи, з одного боку, і державами Центральної і Східної Європи, переважна більшість з яких становлять колишні соціалістичні країни, з другого боку, зараз полягає лише у ступені розвиненості внутрішньої юридичної практики з даного приводу. При цьому шляхи її розвитку в цілому ідентичні, що пояснюється наявністю у цих країн спільного об'єднуючого фактора – належністю до романо-германської правової сім'ї.

25. У Конституції і внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права й національного права України належним чином не врегульовано. У нормах національних законів України, які містять відсилання до міжнародних звичаїв, відсутній диференційований підхід до їх застосування, оснований на місці й ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин.

Чинна Конституція України:

а) 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;

б) статтею 18 установлює пріоритетне застосування звичаїв загального міжнародного права («загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права») національними судовими й адміністративними органами України при наданні юридичних оцінок зовнішньополітичній діяльності України.

Термінологія норм ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» і ч. 2 ст. 7 Цивільного кодексу України має бути уточнена стосовно використання понять «міжнародний звичай» і «звичай». Слід враховувати загальноновизнаний у вітчизняній і зарубіжній доктрині

й практиці поділ міжнародних звичаїв на звичаї, що регулюють міжнародно-правові *публічні* відносини (насамперед звичаї загального міжнародного права), і звичаї, що регулюють міжнародні *приватно-правові* відносини (правові звичаї міжнародної торгівлі, звичаї торговельного мореплавства й ін.).

26. На підставі проведеного дослідження **міжнародно-правовий звичай можна визначити як джерело (форма зовнішнього вираження) міжнародного права, що закріплює правило зовнішньої поведінки учасників міжнародних правовідносин, яке склалося в практиці одноманітних фактичних міжнародних правовідносин, що мали місце в дійсності неодноразову кількість разів, визнане юридично обов'язковим і тягне за собою міжнародно-правову відповідальність за його недотримання.**

Список використаних джерел

Аналітичні джерела

Абашидзе, А. Х. Неправительственные организации: международно-правовые аспекты [Текст] : учеб. пособие / А. Х. Абашидзе, Д. А. Урсин. – М. : Изд-во РУДН, 2002. – 160 с.

Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* [Текст] / Л. А. Алексидзе. – Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – 406 с.

Анакіна, Т. М. Значення рішень міжнародних судів для розвитку міжнародного права [Текст] / Т. М. Анакіна // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 89. – С. 200–206.

Аннан, К. Сохранились ли у нас всеобщие ценности? [Текст] / К. Аннан // Междунар. публич. и част. право. – 2004. – № 1. – С. 4–8.

Ануфриева, Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории [Текст] / Л. П. Ануфриева. – М. : Спарк, 2002. – 415 с.

Анцилотти, Д. Курс международного права [Текст] : пер. с итал. / Д. Анцилотти. – М. : Изд-во иностр. лит., 1961. – Т. 1: Введение – Общая теория. – 448 с.

Аречага, Э. Х. де. Современное международное право [Текст] : пер. с исп. / Э. Х. де Аречага. – М. : Прогресс, 1983. – 480 с.

Ашавский, Б. М. К вопросу о международном экономическом праве [Текст] / Б. М. Ашавский // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 29–47.

Ашин, Г. К. Элитология [Текст] : учеб. пособие / Г. К. Ашин. – М. : МГИМО-Ун-т МИД России, 2005. – 544 с.

Баймуратов, М. А. Международное публичное право [Текст] : учебник / М. А. Баймуратов. – Киев : Истина, 2004. – 552 с.

Баскин, Ю. Я. Международное право: проблемы методологии: очерки методов исследования [Текст] / Ю. Я. Баскин, Д. И. Фельдман. – М. : Междунар. отношения, 1971. – 176 с.

Бачинин, В. А. Морально-правовая философия [Текст] / В. А. Бачинин. – Харьков : Консум, 2000. – 208 с.

Блищенко, И. П. Прецеденты в международном публичном и частном праве [Текст] / И. П. Блищенко, Ж. Дория. – 2-е изд., доп. – М. : Издат. МНИМП, 1999. – 472 с.

Блищенко, И. П. Наёмничество – международное преступление [Текст] / И. П. Блищенко, Н. В. Жданов // Сов. ежегодник междунар. права, 1979. – М. : Наука, 1980. – С. 146–161.

Блюнчли, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса [Текст] : монография / И. Блюнчли : пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского. – М. : Тип. К. Индриха, 1876. – 626 + VI с.

Богуславский, М. М. Международное частное право [Текст] : учебник / М. М. Богуславский. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 1998. – 408с.

Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 1. – 536 с.

Броунли, Я. Международное право [Текст] : в 2 кн. / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – Кн. 2. – 511 с.

Бувайлик, Г. Е. Правовое регулирование международных экономических отношений [Текст] / Г. Е. Бувайлик. – К. : Наук. думка, 1977. – 383 с.

Бурлай, С. В. До питання про елементарне праворозуміння: спроба логіко-лінгвістичного аналізу [Текст] / С. В. Бурлай // Укр. часоп. міжнар. права. – 2003. – № 1. – С. 16–26.

Буроменский, М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) [Текст] : монография / М. В. Буроменский. – Харьков : Ксилон, 1997. – 244 с.

Буроменський, М. В. Вплив міжнародного права на політичні режими держав [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра юрид. наук / М. В. Буроменський. – Х., 1998. – 32 с.

Буроменський, М. В. Свобода вибору та вибір цивілізації [Текст] / М. В. Буроменський // Вісн. АН УРСР. – 1991. – № 8. – С. 32–41.

Буткевич, В. Г. Декрет Граціана: кодифікація, що поєднала дві формації і чотири системи права [Текст] / В. Г. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2001. – № 1. – С. 3–11.

Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.

Буткевич, О. В. Виникнення і становлення міжнародно-правових інститутів у державах Месопотамії [Текст] / О. В. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2001. – № 1. – С. 11–18.

Буткевич, О. В. Становлення міжнародно-правових поглядів у стародавній період [Текст] / О. В. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2002. – № 2. – С. 33–41.

Буткевич, О. В. Статус іноземців у стародавньому міжнародному праві [Текст] / О. В. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2002. – № 3. – С. 44–60.

Буткевич, О. В. У истоков международного права [Текст] / О. В. Буткевич. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – 881 с.

Бялэцкий, А. К. О значении международного права и его материалов [Текст] / А. К. Бялэцкий. – Варшава : Тип. К. Ковалевского, 1872. – 270 с.

Василенко, В. А. Основы теории международного права [Текст] / В. А. Василенко. – Киев : Выща шк., Голов. изд-во, 1988. – 288 с.

Васильев, Р. Ф. Об определении актов управления как документов и как действий [Текст] / Р. Ф. Васильев // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – 1980. – № 5. – С. 3–11.

Ваттель, Э. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов [Текст] / Э. Ваттель. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – 720 с.

Вельяминов, Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) [Текст] : учебник / Г. М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 496 с.

Вельяминов, Г. М. Основы международного экономического права [Текст] / Г. М. Вельяминов. – М. : ТЕИС, 1994. – 110 с.

Вельяминов, Г. М. Правовое урегулирование международной торговли [Текст] / Г. М. Вельяминов. – М. : Междунар. отношения, 1972. – 240 с.

Вельяминов, Г. М. Бог и право (много- или однополярный мир?) [Текст] / Г. М. Вельяминов, В. С. Семёнов // Моск. журн. междунар. права. – 1999. – № 3 (35). – С. 28–40.

Власов, Д. С. Правовая позиция Международного суда ООН: Понятие, природа и варианты проявления [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Д. С. Власов. – Казань, 2006. – 29 с.

Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах. Практика Международного центра по урегулированию инвестиционных споров с участием государства [Электронный ресурс] / С. А. Войтович // Юрид. практика. – № 22 (336). – 2004. – 1 июня. – Режим доступа: <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10003466>.

Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи и общие принципы права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров [Электронный ресурс] / С. А. Войтович. – Режим доступа: http://www.gr.ua/ukr/art4.shtml#_edn11.

Войтович, С. А. О делении международного права на публичное и частное [Текст] / С. А. Войтович // Укр. часоп. міжнар. права. – 2002. – № 3. – С. 67–72.

Войтович, С. А. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах [Текст] / С. А. Войтович // Юрид. практика. – 2004. – 1 июня. – № 22 (336).

Высоцкий, А. Ф. Правовые проблемы свободы научных исследований в Мировом океане [Текст] / А. В. Высоцкий. – Киев : Наук. думка, 1974. – 160 с.

Гаджиев, К. С. О пользе и ущербности «универсальных ценностей» [Текст] / К. С. Гаджиев // *Мировая экономика и междунар. отношения.* – 2008. – № 5. – С. 19–29.

Георгица, А. З. Міжнародне публічне право [Текст] : навч.-метод. посіб. / А. З. Георгица, С. О. Чикурлій. – Чернівці : Рута, 2002. – 175 с.

Гнатовський, М. Нове народження звичаєвого міжнародного гуманітарного права [Текст] / М. Гнатовський // *Укр. часоп. міжнар. права.* – 2006. – № 2. – С. 17–22.

Грабарь, В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917) [Текст] / В. Э. Грабарь ; науч. ред., автор биограф. очерка и сост. библиографии У. Э. Батлер ; отв. ред. и авт. предисл. В. А. Томсинов. – М. : Зерцало, 2005. – 888 с.

Гроций, Г. О праве войны и мира [Текст] : репринт. изд. 1956 г. / Г. Гроций – М. : Ладомир, 1994. – 868 с.

Гусейнов, А. А. О чем мы говорим, когда говорим о диалоге цивилизаций [Текст] / А. А. Гусейнов // *Междунар. право.* – 2008. – № 3. – С. 34–43.

Г'юм, Д. Трактат про людську природу: спроба запровадження експериментального методу міркувань про об'єкти моралі [Текст] / Д. Г'юм ; пер. з англ. П. Насада; за ред. та з передм. Е. К. Мосснера. – К. : Вид. дім «Всесвіт», 2003. – 552 с.

Давид, Р. Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1997. – 400 с.

Даневский, В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права [Текст] / В. П. Даневский. – Харьков : Тип. А. Н. Гусева, 1892. – Вып. 1. – 234 с.

Даниленко, Г. М. Международный обычай как правотворческий процесс [Текст] / Г. М. Даниленко // *Междунар.-прав. основы межгосударств. сотрудничества.* – М. : Ин-т государства и права АН СССР, 1983. – С. 70–82.

Даниленко, Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко // *Сов. ежегодник междунар. права,* 1982. – М. : Наука, 1983. – С. 151–170.

Даниленко, Г. М. Обычай в современном международном праве [Текст] / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – 192 с.

Даниленко, Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 1) [Текст] / Г. М. Даниленко // *Сов. ежегодник междунар. права,* 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 12–25.

Даниленко, Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 2) [Текст] / Г. М. Даниленко // *Сов. ежегодник междунар. права,* 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 115–130.

Деканозов, Р. В. Понятие «общее наследие человечества» в международном праве [Текст] / Р. В. Деконозов // Сов. ежегодник междунар. права, 1981. – М. : Наука, 1982. – С. 142–164.

Дёмин, Ю. Г. Статус дипломатических представительств и их персонала [Текст] : учеб. пособие / Ю. Г. Дёмин. – М.: Междунар. отношения, 1995. – 208 с.

Денисенко, В. В. Формування міжнародно-правових звичаїв та норм у племінних народів (за античними епіграфічними джерелами) [Текст] / В. В. Денисенко // Держава і право. Юрид. і політ. науки. – Вип. 41 : зб. наук. пр. – К. : Ін-т держави і права НАН України, 2008. – С. 583–588.

Денисов, В. Н. Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України [Текст] / В. Н. Денисов // Правова держава: проблеми, перспективи розвитку : короткі тези доп. та наук. повідомл. учасників республік. наук.-практ. конф. 9–11 листоп. 1995 р. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1995. – С. 153–156.

Джексон, Р. Политическая теория международного общества [Текст] / Р. Джексон // Теория международных отношений на рубеже столетий : пер. с англ. / под ред. К. Буса и С. Смита ; общ. ред и предисл. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 120-137.

Дженіс, М. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування [Текст] : пер. з англ. / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. – К. : АртЕк, 1997. – 624 с.

Дмитриева, Г. К. Взаимодействие международной морали и международного права [Текст] / Г. К. Дмитриева // Сов. ежегодник междунар. права, 1977. – М. : Наука, 1979. – С. 147–160.

Дмитриева, Г. К. Принцип справедливости в международном праве [Текст] / Г. К. Дмитриева // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 68–83.

Дмитрієв, А. І. Вестфальський мир 1648 року і сучасне міжнародне право [Текст] : монографія / А. І. Дмитрієв. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ. ун-т права, 2001. – 426 с.

Дмитрієв, А. І. Юридичний механізм формування звичасвих та створення договірних норм міжнародного права: питання теорії [Текст] / А. І. Дмитрієв // Часоп. Київ. ун-ту права. – 2002. – № 2. – С. 65–70.

Дмитрієв, А. І. Міжнародне публічне право [Текст] : навч. посіб. / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 640 с.

Довгань, Е. Обязательность резолюций совета Безопасности ООН в контексте принципа невмешательства во внутренние дела государств [Текст] / Е. Довгань // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2004. – № 1. – С. 3–10.

Додонов, В. Н. Международное право [Текст] : слов.-справ. / В. Н. Додонов, В. П. Панов, О. Г. Румянцев ; под общ. ред. В. Н. Трофимова. – М. : ИНФРА-М, 1997. – 368 с.

Дрьоміна, Н. В. Юрисдикція міжнародних кримінальних судів і трибуналів [Текст] : монографія / Н. В. Дрьоміна. – О. : Фенікс, 2006. – 223 с.

Дугин, А. Геополитика постмодерна. Времена новых империй: очерки геополитики XXI века [Текст] / А. Дугин. – СПб. : Амфора. ТИД Амфора, 2007. – 382 с.

Дурденевский, В. Н. Пять принципов [Текст] / В. Н. Дурденевский // Международ. жизнь. – 1956. – № 3. – С. 44–49.

Евинтов, В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) [Текст] / В. И. Евинтов ; АН УССР, Ин-т государства и права ; отв. ред. Н. К. Михайловский. – Киев : Наук. думка, 1990. – 128 с.

Ершов, В. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права [Текст] / В. Ершов // Рос. юстиция. – 2004. – № 5. – С. 7–10.

Ефимов, Г. К. Генеральная Ассамблея ООН [Текст] / Г. К. Ефимов. – М. : Междунар. отношения, 1969. – 192 с.

Жданов, Н. В. Исламская концепция миропорядка [Текст] / Н. В. Жданов. – М. : Междунар. отношения, 2003. – 568 с.

Жуков, Г. П. Актуальные проблемы международного космического права [Текст] / Г. П. Жуков // Сов. ежегодник междунар. права, 1977. – М. : Наука, 1979. – С. 186–203.

Жуков, Г. П. Критика естественно-правовых теорий международного права [Текст] / Г. П. Жуков. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1961. – 167 с.

Загальна теорія держави і права [Текст] : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 432 с.

Зайцева, О. Г. Международные межправительственные организации [Текст] / О. Г. Зайцева. – М. : Наука, 1983. – 168 с.

Захарова, Н. В. Выполнение обязательств, вытекающих из международного договора [Текст] / Н. В. Захарова. – М. : Наука, 1987. – 144 с.

Звеков, В. П. Международное частное право [Текст] : курс лекций / В. П. Звеков. – М. : НОРМА - ИНФРА-М, 1999. – 686 с.

Звичаєве міжнародне гуманітарне право: норми [Текст] // Укр. часоп. міжнар. права. – 2006. – № 2. – С. 7–16.

Зелинська, Н. А. Міжнародні злочини і міжнародна злочинність [Текст] : монографія / Н. А. Зелинська. – Одеса : Юрид. л-ра, 2006. – 568 с.

Зимненко, Б. Л. Нормы международного права в судебской практике Российской Федерации [Текст] : пособие для судей / Б. Л. Зимненко. – М. : РАП, 2003. – 188 с.

Ильин, И. А. Теория права и государства [Текст] / И. А. Ильин ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 400 с.

Исаков, В. Б. Проблемы теории юридических фактов [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра. юрид. наук / В. Б. Исаков. – Свердловск : Б. и., 1985. – 27 с.

Казанский, П. Е. Введение в курс международного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Одесса : «Экон.» тип. и лит., 1901. – 400 с.

Казанский, П. Е. Договорные реки: очерки истории и теории международного речного права [Текст] / П. Е. Казанский. – Казань : Тип. Губерн. правления, 1895. – 384 с.

Каламкарян, Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств [Текст] / Р. А. Каламкарян. – М. : Наука, 1984. – 136 с.

Каламкарян, Р. А. Принцип добросовестности и международно-правовые последствия, возникающие по завершении международного судебного разбирательства [Текст] / Р. А. Каламкарян // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия – Нева», 1996. – С. 39–64.

Калинкин, Г. Ф. Морское дно: кому оно принадлежит? Международно-правовой режим дна морей и океанов [Текст] / Г. Ф. Калинкин, Я. А. Островский. – М. : Междунар. отношения, 1970. – 176 с.

Камаровский, Л. А. О международном суде [Текст] / Л. А. Камаровский ; отв. ред. Л. Н. Шестаков. – М. : Зерцало, 2007. – 488 с.

Камаровский, Л. А. Основные вопросы науки международного права [Текст] / Л. А. Камаровский // Учен. зап. император. Моск. ун-та. Отд. юрид. – Вып. 10. – М. : Унив. тип., 1895. – 201 с.

Канашевский, В. А. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений [Текст] / В. А. Канашевский // Государство и право. – 2008. – № 7. – С. 88–92.

Канашевский, В. А. Нормы международного права и гражданское законодательство России [Текст] / В. А. Канашевский. – М. : Междунар. отношения, 2004. – 272 с.

Канке, В. А. Философия. Исторический и систематический курс [Текст] : учеб. для вузов / В. А. Канке. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Логос, 2001. – 344 с.

Капустин, М. Н. Международное право [Текст] / М. Н. Капустин // Золотой фонд российской науки международного права. – М. : Междунар. отношения, 2007. Т. 1. – С. 167–247.

Карасёв, Е. И. Некоторые современные правовые проблемы морских научных исследований [Текст] / Е. И. Карасёв, В. В. Здравенин // Сов. ежегодник междунар. права, 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 201–211.

Карташов, В. Н. О сущности и некоторых видах общепризнанных принципов международного права [Текст] / В. Н. Карташов // Междунар. публич. и част. право. – 2010. – № 1 (52). – С. 18–20.

Каченовский, Д. И. Курс международного права [Текст] / Д. И. Каченовский. – Харьков : Унив. тип., 1863, Ч. 1. – 336 с.

Кельзен, Г. Чисте правознавство [Текст] : з дод. : Пробл. справедливости / Г. Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольського. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с.

Кибенко, Е. Р. Международное частное право [Текст] : учеб.-практ. пособие / Е. Р. Кибенко. – Харьков : Эспада, 2003. – 512 с.

Киракосян, Е. Г. Международно-правовой обычай и общее международное право [Текст] / Е. Г. Киракосян // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – 2006. – № 3. – С. 83–91.

Кириллов, В. И. Логика [Текст] : учеб. для юрид. вузов и фак. ун-тов / В. И. Кириллов, А. А. Старченко. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Высш. шк., 1987. – 271 с.

Кодекс основных прав и обязанностей государств (проект) [Текст] // Моск. журн. междунар. права. – 1996. – № 4. – С. 179–186.

Кожевников, Ф. И. Русское государство и международное право (до XX века) [Текст] / Ф. И. Кожевников; под ред. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2006. – 312 с.

Колісник, В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти [Текст] : монографія / В. П. Колісник. – Х. : Фоліо, 2003. – 240 с.

Конфорти, Б. Международное право в практике европейских судов [Текст] / Б. Конфорти // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1996. – С. 156–167.

Корецкий, В. М. Избранные труды [Текст] : в 2 кн. / В. М. Корецкий ; АН УССР. Ин-т государства и права. – Киев : Наук. думка, 1989. – Кн. 2. – 416 с.

Коркунов, Н. М. Лекции по международному праву, читанные в Военно-юридической академии в 1883–1884 году [Текст] / Н. М. Коркунов // Золотой фонд рос. науки междунар. права. – Т. 1. – М. : Междунар. отношения, 2007. – С. 249–365.

Коркунов, Н. М. Международное право: лекции, читанные в Военно-юридической академии [Текст] / Н. М. Коркунов. – СПб. : лейт. Шидловский, 1886. – 346 с.

Коровин, Е. А. Об общепризнанных нормах международного права [Текст] / Е. А. Коровин // Сов. государство и право. – 1959. – № 9. – С. 14–19.

Костоева, П. М. Международный суд ООН и прогрессивное развитие международного права [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / П. М. Костоева. – М., 2004. – 21 с.

Крылов, С. Б. Международный Суд Организации Объединённых Наций. (Вопросы международного права и процесса в его практике за десять лет – 1947–1957) [Текст] / С. Б. Крылов. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1958. – 168 с.

Кузнецова, О. А. Соотношение понятий общепризнанные «принципы» и «нормы» международного права [Текст] / О. А. Кузнецова // *Междунар. публич. и част. право.* – 2009. – № 3 (48). – С. 2–3.

Кузьмин, Э. Л. Международное право на распутье [Текст] / Э. Л. Кузьмин // *Междунар. жизнь.* – 2007. – № 7–8. – С. 125–143.

Кузьмин, Э. Л. Дипломатическое и деловое общение: правила игры [Текст] / Э. Л. Кузьмин. – М. : Норма, 2005. – 304 с.

Лазарев, М. И. Теоретические вопросы современного международного морского права [Текст] / М. И. Лазарев. – М. : Наука, 1983. – 301 с.

Лафитский, В. И. Основы конституционного строя США [Текст] / В. И. Лафитский. – М. : НОРМА, 1998. – 272 с.

Левин, Д. Б. Актуальные проблемы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Наука, 1974. – 264 с.

Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – 416 с.

Левин, Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в. Общие вопросы теории международного права [Текст] / Д. Б. Левин. – М.: Наука, 1982. – 198 с.

Левин, И. Д. Суверенитет [Текст] / Д. Б. Левин. – М. : Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. – 376 с.

Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход [Текст] / Р. Леже ; пер. с фр. Гряднова А. В. – 3-е изд., перераб. – М. : Волтерс Клувер, 2011. – 576 с.

Летнянчин, Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики [Текст] : монографія / Л. І. Летнянчин. – Х. : Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. – 256 с.

Лисик, В. М. Правовий статус Міжнародного Комітету Червоного Хреста у міжнародному праві [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

Лихачев, В. Н. О взаимодействии договорных и обычных норм международного права в процессе восполнения его пробелов [Текст] / В. Н. Лихачев // *Сов. ежегодник междунар. права,* 1984. – М. : Наука, 1986. – С. 269–273.

Лукашук, И. И. Глобализация и международное сообщество [Электронный ресурс] / И. И. Лукашук // *Право и политика.* – 2000. – № 4. – Режим доступа: <http://zakon.rin.ru/cgi-bin/view.pl?midr=481&id=580&npage=5&pagein=3>

Лукашук, И. И. Источники международного права [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Юрид. фак. КГУ им. Т. Г. Шевченко, 1966. – 127 с.

Лукашук, И. И. Конституции государств и международное право [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1998. – 124 с.

Лукашук, И. И. Международное право: общая часть [Текст] : учебник / И. И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – 371 с.

Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. правовой ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 432 с.

Лукашук, И. И. Международное право. Особенная часть [Текст] : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ; Академ. правовой ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 544 с.

Лукашук, И. И. Механизм международно-правового регулирования [Текст] / И. И. Лукашук. – Киев : Выща школа, 1980. – 168 с.

Лукашук, И. И. Мировой порядок XXI века [Текст] / И. И. Лукашук // Международный. публич. и част. право. – 2002. – № 1. – С. 4–10.

Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – 322 с.

Лукашук, И. И. Обычные нормы в современном международном праве [Текст] / И. И. Лукашук // Сов. ежегодник междунар. права, 1978. – М. : Наука, 1980. – С. 86–100.

Лукашук, И. И. Обычные нормы современного международного права [Текст] / И. И. Лукашук // Моск. журн. междунар. права. – 1994. – № 2. – С. 22–40.

Лукашук, И. И. Право международной ответственности [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 432 с.

Лукашук, И. И. Форма международных договоров [Текст] : учеб.-практ. пособие / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 2001. – 111 с.

Лукин, И. П. Источники международного права [Текст] / И. П. Лукин. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – 144 с.

Лук'янов, Д. В. Загальна характеристика традиційної правової сім'ї [Текст] / Д. В. Лук'янов // Актуальні проблеми правознавства : тези доп. та наук. повідомл. учасників наук. конф. молодих учених та здобувачів. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2004. – С. 8–10.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права [Текст] : в 3 т. / Л. А. Лунц. – М.: Спарк, 2002. – 1007 с.

Луць, Л. А. Сучасні правові системи світу [Текст] : навч. посіб / Л. А. Луць. – Л. : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. – 247 с.

Ляхс, М. Многосторонние договоры [Текст] / М. Ляхс ; пер. с пол. – М. : Изд-во иностр. лит., 1960. – 320 с.

Максимов, С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления [Текст] : [монография] / С. И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – 328 с.

Максимов, С. Природно-правове мислення [Текст] / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 155–164.

Максимов, С. Структура правової реальності [Текст] / С. Максимов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 125–133.

- Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом [Текст] / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х. : Консум, 2000. – 592 с.
- Малишев, Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії [Текст] / Б. В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – 344 с.
- Малишева, Н. Р. Нариси з космічного права [Текст] / Н. Р. Малишева. – К. : Алерта, 2010. – 296 с.
- Мальцев, Г. В. Нравственные основания права [Текст] / Г. В. Мальцев. – М. : Изд-во СГУ, 2008. – 552 с.
- Мартенс, Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов [Текст] : в 2 т. / Ф. Ф. Мартенс. – 2-е изд., доп. и исправл. – СПб. : Тип. М-ва путей сообщения (А. Бенке), 1887. – Т. 1. – 424 с.
- Марченко, М. Н. Источники права [Текст] : учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Проспект, 2008. – 760 с.
- Международное космическое право [Текст]. – М. : Междунар. отношения, 1974. – 286 с.
- Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред. А. С. Пирадов. – М. : Междунар. отношения, 1985. – 208 с.
- Международное космическое право [Текст] : учебник / отв. ред. : Г. П. Жуков, Ю. М. Колосов. – М. : Междунар. отношения., 1999. – 360 с.
- Международное право [Текст] : учеб. для вузов / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, О. И. Тиунов и др. ; под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 1995. – 399 с.
- Международное право [Текст] : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. – М. : Омега-Л, 2006. – 832 с.
- Международное право [Текст] : учебник / отв. ред. В. И. Кузнецов. – М. : Юристь, 2001. – 672 с.
- Международное право [Текст] : учебник / отв. ред. : Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Междунар. отношения, 1998. – 624 с.
- Международное частное право: современные проблемы [Текст] / отв. ред. М. М. Богуславский. – М. : ТЕИС, 1994. – 507 с.
- Мережко, А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 1999. – 416 с.
- Мережко, А. А. История международно-правовых учений [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Юрид. думка, 2004. – 296 с.
- Мережко, А. А. История международно-правовых учений [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Таксон, 2006. – 492 с.
- Мережко, А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права [Текст] / А. А. Мережко. – Киев : Юстиниан, 2002. – 192 с.
- Мережко, О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики [Текст] : [монографія] / О. О. Мережко – К. : Таксон, 2002. – 344 с.

Минасян, Н. М. Источники современного международного права [Текст] / Н. М. Минасян. – Ростов н/Дону : Изд-во Ростов. ун-та, 1960. – 152 с.

Мионов, Н. В. Международное право: нормы и их юридическая сила [Текст] / Н. В. Мионов. – М. : Юрид. лит., 1980. – 160 с.

Михайлов, Н. Г. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии: компетенция, источники права, основные принципы деятельности [Текст] : [монографія] / Н. Г. Михайлов. – М. : Изд. дом Шумиловой И. И., 2006. – 267 с.

Міжнародне право [Текст] : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 336 с.

Міжнародне право: основні галузі [Текст] : [підручник] / за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2004. – 816 с.

Мірошниченко, О. А. Право людини на життя (теорія та практика міжнародного співробітництва) [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. А. Мірошниченко. – Х., 2005. – 18 с.

Мовчан, А. П. Международный правопорядок [Текст] / А. П. Мовчан. – М. : Ин-т государства и права РАН, 1996. – 102 с.

Моргентау, Г. Политические отношения между нациями: борьба за власть и мир. Теория международных отношений [Текст] : хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 72–88.

Морозов, Г. И. Международные организации. Некоторые вопросы теории [Текст] / Г. И. Морозов. – 2-е изд., доп. – М. : Мысль, 1974. – 332 с.

Наден, О. В. Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблеми протидії [Текст] : монографія / О. В. Наден. – К. : Атіка, 2005. – 264 с.

Найко, Г. Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии) [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / Г. Д. Найко. – М., 1972. – 18 с.

Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. : [в 2-х т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1: кн. 1: Формирование международного права ; кн. 2: Международное сообщество. – 440 с.

Нгуен Куок Динь. Международное публичное право [Текст] : пер. с фр. : [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 2: кн. 3: Международные отношения. – 410 с.

Незабитовский, В. А. Международные обычаи во время войны. Речь на акте Университета Св. Владимира 30 августа 1861 года [Текст] / В. А. Незабитовский // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. / В. А. Незабитовський, М. К. Ренненкамф, Р. І. Базінер ; упоряд.: О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Видав. дім «Промені», 2004. – Т. 1. – 264 с. – С. 67–82.

Незабитовский, В. А. Учение публицистов о междугосударственном владении. Рассуждение на степень доктора политических наук [Текст] / В. А. Незабитовский // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. / В. А. Незабитовський, М. К. Ренненкампф, Р. І. Базінер ; упоряд.: О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Видав. дім «Проміні», 2004. – Т. 1. – 264 с. – С. 20–66.

Нешатаева, Т. Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании [Текст] / Т. Н. Нешатаева. – М. : Дело, 1998. – 272 с.

Новгородцев, П. И. Право и нравственность [Текст] / П. И. Новгородцев // Сб. по обществ.-юрид. наукам. – Вып. 1. – СПб. : Книгоизд-во и кн. магазин О. Н. Поповой, 1899. – С. 113–136.

Нурумов, Д. И. Особенности формирования в международном праве норм защиты прав человека [Текст] / Д. И. Нурумов // Междунар. право. – 2001. – № 5. – С. 138–151.

Общая теория государства и права [Текст] : академ. курс : [в 3 т.] / отв. ред. М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2002. – Т. 2. – 528 с.

Обычное международное гуманитарное право: вопросы и ответы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.ch/Web/rus/siterus0.nsf/iwpList133/06151A74AF135F08C3256FC80044DC50>

Оппенгейм, Л. Международное право [Текст] : пер. с англ. / Л. Оппенгейм. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1948. – Т. 1. Полут. 1. – 408 с.

Ответственность по защите [Текст] : докл. Междунар. комиссии по вопр. вмешательства и государств. суверенитета (декабрь 2001). – ООН, 2001. – 93 с.

Очерки международного частного права [Текст] / под ред. А. Довгерта. – Харьков : Одиссей, 2007. – 816 с.

Павлова, Л. В. Международное право в правовой системе государств [Электронный ресурс] // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 1999. – № 3. – Режим доступа: <http://www.cenunst.unibel.by/journal/1999.3/pavlova.shtml>.

Пальчик, С. Г. Юридическая природа международного обычая [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / С. Г. Пальчик. – Ростов н/Д : б. и., 1984. – 25 с.

Панарин, А. С. Народ без элиты [Текст] / А. С. Панарин. – М. : Алгоритм, Эксмо, 2006. – 352с.

Пикте, Ж. Развитие и принципы международного гуманитарного права [Текст] / Ж. Пикте. – 2-е изд., испр. – М. : Междунар. Ком. Крас. Креста, 2001. – 112 с.

Погребняк, С. Втілення принципів права в юридичних актах [Текст] / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 21–32.

Погребняк, С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) [Текст] : монографія / С. П. Погребняк. – Х. : Право. – 240 с.

Погребняк, С. П. Поняття принципів права [Текст] / С. П. Погребняк // Акт. пробл. правознавства : тези доп. і наук. повідомл. учасн. наук. конф. молод. учених та здобувачів. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – С. 5–7.

Постышев, В. М. Международное воздушное и международное космическое право: некоторые аспекты соотношения и взаимодействия [Текст] / В. М. Постышев, А. Г. Ляхов // Рос. ежегодник междунар. права, 1992. – СПб. : Соц.-коммерч. фирма «Россия-Нева», 1994. – С. 78–99.

Право і сила в міжнародних відносинах: «круглий стіл» в Українсько-му товаристві зовнішньої політики // Політика і час. – 2003. – № 6. – С. 42–50.

Пушмин, Э. А. О понятии основных принципов современного общего международного права [Текст] / Э. А. Пушмин // Сов. ежегодник междунар. права, 1978. – М. : Наука, 1980. – С. 72–85.

Рабінович, П. Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-поняттєвий інструментарій дослідження [Текст] / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 1 (52). – С. 13–21.

Рабінович, П. Приватне й публічне у природному праві та законодавстві [Текст] / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3. – С. 3–14.

Рагинский, М. Ю. Международный процесс главных японских военных преступников [Текст] / М. Ю. Рагинский, С. Я. Розенблит. – М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1950. – 264 с.

Рагозин, Н. П. Происхождение и развитие идеи прав человека [Текст] / Н. П. Рагозин // Права человека в совр. мире. – Донецк, 1995. – С. 4–22.

Рациборинская, К. Н. Применение международного права российскими судами [Текст] / К. Н. Рациборинская // Междунар. публич. и част. право. – 2004. – № 1. – С. 23–27.

Репецкий, В. Дипломатичне і консульське право [Текст] : підручник / В. Репецкий. – Л. : ВАТ «Бібльос», 2002. – 352 с.

Репецкий, В. М. Міжнародне гуманітарне право [Текст] : підручник / В. М. Репецкий, В. М. Лисик. – К. : Знання, 2007. – 467 с.

Ржевська, В. С. Право держави на самооборону і міжнародна безпека [Текст] / В. С. Ржевська ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка; Ін-т міжнар. відносин. – К. : Видав. дім «Промені», 2005. – 256 с.

Рубинштейн, С. Л. Основы общей психологии [Текст] / С. Л. Рубинштейн. – СПб. : Питер, 2004. – 713 с.

Рулько, Е. Т. Роль императивных норм в организации системы международного права [Текст] / Е. Т. Рулько, С. А. Войтович // Сов. ежегодник междунар. права, 1983. – М. : Наука, 1984. – С. 213–218.

Рябцевич, О. И. Влияние решений Европейского Суда по правам человека на деятельность международных уголовных трибуналов [Текст] / О. И. Рябцевич // *Междунар. публ. и част. право*. – 2007. – № 5. – С. 36–39.

Самхарадзе, Д. Г. Взаимодействие источников современного международного права [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Д. Г. Самхарадзе. – М., 2005. – 30 с.

Сафаров, Н. А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики [Текст] / Н. А. Сафаров. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 416 с.

Сахаров, А. Н. Дипломатия древней Руси: IX – первая половина X в. [Текст] / А. Н. Сахаров. – М. : Мысль, 1980. – 358 с.

Семенов, В. С. Міжнародно-правові аспекти Конституції України [Текст] / В. С. Семенов, О. Я. Трагнюк. – К. : Ін Юре, 1997. – 32 с.

Синюков, В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук / В. Н. Синюков. – Свердловск : б. и., 1984. – 21 с.

Сібільов, М. Загальна характеристика сфери приватного права [Текст] / М. Сібільов // *Вісн. Акад. прав. наук України*. – 2001. – № 2. – С. 123–134.

Скачков, А. С. Диалог между культурами и цивилизациями. Альтернатива силовому сценарию [Текст] / А. С. Скачков // *Междунар. жизнь*. – 2007. – № 7–8. – С. 144–151.

Сливка, С. С. Природне та надприродне право [Текст] : у 3 ч. / С. С. Сливка. – К. : Атіка, 2005. – Ч. 1: Природне та надприродне право: історико-філософський погляд. – 224 с.

Советский энциклопедический словарь [Текст] / гл. ред. А. М. Прохоров. – 3-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1984. – 1600 с.

Солнышкин, Д. В. О регулировании в рамках Совета Европы отношений в области спорта [Текст] / Д. В. Солнышкин // *Междунар. право*. – 2001. – № 5 (14). – С. 378–387.

Сорокин, П. А. Человек. Цивилизация. Общество [Текст] : пер. с англ. / П. А. Сорокин ; общ. ред., сост. и предисл. А. Ю. Согомонов. – М. : Политиздат, 1992. – 543 с.

Степанюк, А. А. Іноземний елемент як визначальна категорія для міжнародного приватного права [Текст] / А. А. Степанюк // *Пробл. законності*. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 77. – С. 36–43.

Степанюк, А. А. Сфера правового регулювання міжнародного приватного права [Текст] / А. А. Степанюк // *Пробл. законності*. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 78. – С. 66–75.

Степанюк, А. А. Юридична природа міжнародного приватного права [Текст] / А. А. Степанюк // *Пробл. законності*. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 85. – С. 42–50.

Степанюк, А. Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання [Текст] / А. Степанюк. – Х. : Майдан, 2005. – 200 с.

Стоянов, А. Н. Очерки истории и догматики международного права [Текст] / А. Н. Стоянов. – Харьков : Унив. тип., 1875. – 743 с.

Суворова, В. Я. Локальные нормы международного права [Текст] / В. Я. Суворова // Правоведение. – 1973. – № 6. – С. 93–98.

Суворова, В. Я. Универсальные и локальные нормы в международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. – Свердловск, 1974.

Талалаев, А. Н. Международные договоры в современном мире [Текст] / А. Н. Талалаев. – М. : Междунар. отношения, 1973. – 248 с.

Талалаев, А. Н. Некоторые вопросы теории международного договора на Венской конференции ООН [Текст] / А. Н. Талалаев // Сов. ежегодник междунар. права, 1970. – М. : Наука, 1972. – С. 112–127.

Титарчук, А. А. Обычай и право (Вопросы взаимосвязи и взаимодействия) [Текст] : дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Титарчук. – Харьков, 1995. – 202 с.

Тойнби, А. Дж. Постигание истории [Текст] : сб. / А. Дж. Тойнби ; пер. с англ. Е. Д. Жаркова. – 2-е изд. – М. : Айрис-пресс, 2002. – 640 с.

Толстых, В. Л. Международное право: практика применения: консультативные заключения Международного Суда ООН [Текст] / В. Л. Толстых. – М. : МЗ-Пресс, 2004. – 167 с.

Туманов, В. А. Европейский Суд по правам человека: очерк организации и деятельности [Текст] / В. А. Туманов. – М. : НОРМА, 2001. – 304 с.

Тункин, Г. И. Теория международного права [Текст] / Г. И. Тункин ; под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. – М. : Зерцало, 2000. – 416 с.

Тускоз, Ж. Міжнародне право [Текст] : підручник : пер. з фр. / Ж. Тускоз. – К. : АртЕк, 1998. – 416 с.

Ульянова, Н. Н. Понятие общего многостороннего договора [Текст] / Н. Н. Ульянова // Сов. ежегодник междунар. права, 1974. – М. : Наука, 1976. – С. 90–106.

Уляницкий, В. А. Международное право [Текст] / В. А. Уляницкий. – Томск : Изд-во книж. магазина П. И. Макушина ; Типо-литогр. Сиб. Т-в Печ. Дела, 1911. – 460 с.

Усенко, Е. Т. Очерки теории международного права [Текст] / Е. Т. Усенко. – М. : Норма, 2008. – 240 с.

Ушаков, Н. А. Государство в системе международно-правового регулирования [Текст] / Н. А. Ушаков. – М. : Ин-т государства и права РАН, 1997. – 62 с.

Ушаков, Н. А. Проблемы теории международного права [Текст] / Н. А. Ушаков. – М. : Наука, 1988. – 191 с.

Ушаков, Н. А. Современный международный правопорядок [Текст] / Н. А. Ушаков, М. Л. Энтин // Международный порядок: политико-правовые аспекты. – М. : Наука, 1986. – 232 с.

Фединяк, Г. С. Міжнародне приватне право [Текст] : курс вибр. лекцій / Г. С. Фединак. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 432 с.

Фельдман, Д. И. Генеральная Ассамблея ООН и вопросы развития международного права [Текст] / Д. И. Фельдман, М. В. Яновский. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1968. – 236 с.

Фердросс, А. Международное право [Текст] / А. Фердросс ; пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной ; под ред. Г. И. Тункина. – М. : Изд-во иностр. лит., 1959. – 652 с.

Філософія [Текст] : навч. посіб. / Л. В. Губерський, І. Ф. Надольний, В. П. Андрущенко та ін. ; за ред. І. Ф. Надольного. – 2-ге вид., випр. – К. : Вікар, 2001. – 516 с.

Фукуяма, Ф. Великий разрыв [Текст] : пер. с англ. / Ф. Фукуяма ; под общ. ред. А. В. Александровой. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – 474 с.

Фуллер, Лон Л. Мораль права [Текст] / Лон Л. Фуллер ; пер. с англ. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИЭН, 2007. – 308 с.

Хадсон, М. О. Международные суды в прошлом и будущем [Текст] : пер. с англ. / М. О. Хадсон. – М. : Гос. изд-во иностр. лит., 1947. – 392 с.

Хайд, Ч. Ч. Международное право, его понимание и применение Соединёнными Штатами Америки [Текст] : пер. с англ. / Ч. Ч. Хайд. – М. : Изд-во иностр. лит., 1950. – Т. 1. – 524 с.

Хантингтон, С. Столкновение цивилизаций [Текст] / С. Хантингтон ; пер. с англ. Т. Велимеева. – М. : АСТ: АСТ МОСКВА, 2006. – 571 с.

Хлестов, О. Н. Новые рубежи: прогноз развития международного права [Текст] / О. Н. Хлестов // Междунар. право. – 2001. – № 3. – С. 51–63.

Хлестова, И. О. Юрисдикционный иммунитет государства [Текст] / И. О. Хлестова. – М. : ИД «Юрисдикция», 2007. – 216 с.

Хлобустов, О. М. Идея «культуры мира» в истории человеческой мысли [Текст] / О. М. Хлобустов // Междунар. публич. и част. право. – 2001. – № 1. – С. 7–10.

Цалін, С. Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права [Текст] / С. Д. Цалін. – Х. : Основа, 1998. – 329 с.

Цвік, М. Про сучасне праворозуміння [Текст] / М. Цвік // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 3–13.

Цивільний кодекс України: коментар. – 2-ге вид. із змін. за станом на 15 січ. 2004 р. – Х. : Одиссей, 2004. – 856 с.

Цыганков, П. А. Теория политического реализма: власть и сила в межгосударственных отношениях [Текст] / П. А. Цыганков // Теория международных отношений : хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарика, 2002. – С. 69–71.

Черкес, М. Е. Международное право [Текст] : учеб. пособие / М. Е. Черкес. – Харьков : Одиссей, 2006. – 384 с.

Черкес, М. Ю. Міжнародне право [Текст] : підручник / М. Ю. Черкес – 3-тє вид., випр. і допов. – К. : Т-во «Знання», КОО, 2003. – 292 с.

Черниченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. : [Т. 1: Современные теоретические проблемы] / С. В. Черниченко. – М. : НИМП, 1999. – 336 с.

Черниченко, С. В. Теория международного права [Текст] : в 2 т. : [Т. 2 : Старые и новые теоретические проблемы] / С. В. Черниченко. – М. : НИМП, 1999. – 531 с.

Чиркин, В. Е. Современное государство [Текст] / В. Е. Чиркин. – М. : Междунар. отношения, 2001. – 416 с.

Чувакова, А. Идентификация юридических фактов [Текст] / А. Чувакова // Юрид. вестн. – 2002. – № 3. – С. 82–86.

Чуфаровский, Ю. В. Юридическая психология [Текст] / Ю. В. Чуфаровский. – М. : Юрист, 1995. – 256 с.

Шабуніна, В. В. Поділ права на публічне і приватне в римському праві [Текст] / В. В. Шабуніна // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 77. – С. 14–21.

Шаммасова, Л. Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве [Текст] : автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.10 / Л. Р. Шаммасова. – Казань, 2006. – 28 с.

Шафиров, В. М. Право в человеческом измерении [Текст] / В. М. Шафиров // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 198–213.

Шварценбергер, Дж. Политическая власть. Изучение мирового сообщества [Текст] / Дж. Шварценбергер // Теория международных отношений : хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 367–379.

Швейцер, А. Благоговение перед жизнью [Текст] : пер. с нем. / А. Швейцер ; сост. и послесл. А. А. Гусейнова ; общ. ред. А. А. Гусейнова и М. Г. Селезнёва. – М. : Прогресс, 1992. – 576 с.

Шевчук, С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні [Текст] / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.

Шевчук, С. Судовий прецедент як джерело міжнародного права України [Текст] / С. Шевчук // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – № 1 (48). – С. 42–55.

Шестаков, Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права [Текст] / Л. Н. Шестаков. – М. : Изд-во МГУ им. М. В. Ломоносова, 1981. – 120 с.

Шибаета, Е. А. Правовой статус межправительственных организаций [Текст] / Е. А. Шибаета. – М. : Юрид. лит., 1972. – 192 с.

Штраус, Л. Естественное право и история [Текст] / Л. Штраус. – М. : Водолей Publishers, 2007. – 312 с.

Шумилов, В. М. Международное экономическое право в эпоху глобализации [Текст] / В. М. Шумилов. – М. : Междунар. отношения, 2003. – 272 с.

Щёкин, Ю. В. Качественный и количественный элементы международного правового обычая у А. Д'Амато [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80. – С. 188–196.

Щёкин, Ю. В. Политический взгляд на правовую природу международно-правовых обычаев [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 71. – С. 173–181.

Щёкин, Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2005. – Вип. 74. – С. 114–122.

Щёкин, Ю. В. Феномен «моментальных» международно-правовых обычаев (анализ на примерах формирования обычаев международного космического права) [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 79. – С. 135–144.

Щёкин, Ю. В. Формирование международно-правовых обычаев с позиции методологии либерально-экономического анализа международных правоотношений (на примере концепции В. Фона и Ф. Паризи) [Текст] / Ю. В. Щёкин, С. В. Поляков // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 86. – С. 176–185.

Щёкин, Ю. В. Изменение норм международных договоров международно-правовыми обычаями [Текст] / Ю. В. Щёкин // Пробл. законності. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2007. – Вип. 89. – С. 186–194.

Щёкина, Е. А. Обычай и обыкновение в международной торговле: соотношение понятий [Текст] / Е. А. Щёкина // Підприємництво, госп-во і право. – 2004. – № 12. – С. 84–86.

Щёкина, Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права [Текст] / Е. А. Щёкина. – Харьков : МП «Крок», 2007. – 221 с.

Щёкина, Е. А. Регулятивная функция обычаев международной торговли [Текст] / Е. А. Щёкина // Пробл. законності. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2004. – Вип. 66. – С. 194–198.

Щерба, Г. А. Делимость положений международного договора в случае его недействительности [Текст] / Г. А. Щерба // Сов. ежегодник междунар. права, 1977. – М. : Наука, 1979. – С. 252–260.

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

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

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

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

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

Щокіна, О. О. Історія виникнення та розвитку звичаїв міжнародної торгівлі [Текст] / О. О. Щокіна // Укр. часоп. міжнар. права. – 2004. – С. 98–105.

Щокіна, О. О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук / О. О. Щокіна. – Х., 2006. – 20 с.

Эйхельман, О. О. Очерки из лекций по международному праву [Текст] / О. О. Эйхельман // Наука міжнар. права в Ун-ті Св. Володимира : у 2 т. : [Т. 2 : О. О. Эйхельман, П. М. Богаєвський, О. О. Жилін] / упоряд. : О. В. Задорожній, В. А. Короткий. – К. : Видав. дім «Промені», 2004. – 456 с. – С. 8–146.

Энтин, М. Л. Международные судебные учреждения: роль международных арбитражных и судебных органов в разрешении межгосударственных споров [Текст] / М. Л. Энтин. – М. : Междунар. отношения, 1984. – 176 с.

Юзьков, Л. Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України [Текст] / Л. Юзьков // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд. : С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правнича фундація, 1995. – С. 7–12.

Akande, D. International Organizations [Text] / D. Akande // International Law. 1st edition / ed. by M. D. Evans. – U.S.A., Oxford University Press Inc., New York, 2003. – 841 p. – P. 269–297.

Austin, J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law [Text] / John Austin. – 3rd ed., revised and edited by R. Campbell. – In 2 vols. : vol. 1. – London : John Murray, Albemarle Street, 1869. – 524 p.

Barton, J. The Uneven, but Growing Role of International Law [Text] / J. Barton, B. Carter // Rethinking America's Security: Beyond Cold War to New World Order / G. Allison and G. F. Trevorton, editors. – N. Y., USA : W. W. Norton & Company, Inc., 1992. – P. 279–294.

Bellia, A. J. (Jr). The Federal Common Law of Nations [Text] / A. J. Bellia (Jr), B. R. Clark // *Columbia Law Review*. – January 2009. – Vol. 109. – No. 1. – P. 1–93.

Benesch, S. International Customary Law and Antipersonnel Landmines: Emergence of a New Customary Norm [Электронный ресурс] / S. Benesch, G. McGrory, C. Rodriguez, R. Sloane. – Режим доступа: http://www.icbl.org/lm/1999/appendices/custom_law.html.

Bennett, J. Public Private Partnerships: The Role of the Private Sector in Preventing Funding Conflict [Text] / J. Bennett // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. – March 2002. – Vol. 35, № 2. – P. 711–717.

Benvenisti, E. Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency [Электронный ресурс]. – 26 p. / E. Benvenisti. – Режим доступа: <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/custom&efficiency-Sept2001-latest.pdf>

Berat, L. Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law [Text] / L. Berat // *Boston University International Law Journal*. – Fall 1993. – Vol. 11, № 2. – P. 327–348.

Bernhardt, R. Customary International Law [Text] / R. Bernhardt // *Encyclopedia of Public International Law* / ed. by R. Bernhardt. – Vol. 1. – North-Holland et al. : Elsevier Science Publishers, 1992. – P. 898–905 [1117 p.].

Bezemer, K. French Customs in the Commentaries of Jacques de Revigny [Text] / K. Bezemer // *The Legal History Review*. – Vol. LXII, № 2. – 1994. – P. 81–112.

Bianchi, A. International Law and U.S. Courts: The Myth of Lohengrin Revisited [Text] / A. Bianchi // *European Journal of International Law*. – Vol. 15. – 2004. – № 4. – P. 751–781.

Birnie, P. W. International Law and the Environment [Text] / P. W. Birnie, A. E. Boyle. – N. Y., U.S.A : Oxford University Press Inc., 1992. – 563 p.

Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. Book IV [Text] / W. Blackstone // *A Facsimile of the First Edition 1765–1769; with an introduction by Thomas A. Green*. – Chicago : Chicago University Press, 1979. – 514 p.

Boldizar, A. Ethics, Morals and International Law [Text] / A. Boldizar, O. Korhonen // *European Journal of International Law*. – 1999. – Vol. 10, № 2. – P. 279–311.

Bradley, C. A. Customary International Law as Federal Law: A Critique of the Modern Position [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith // *Harvard Law Review*. – February 1997. – Vol. 110, № 4. – P. 815–876.

Bradley, C. A. Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie [Text] / C. A. Bradley, J. L. Goldsmith, D. H. Moore // *Harvard Law Review*. – February 2007. – Vol. 120, № 4. – P. 869–936.

Byers, M. Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law [Text] / M. Byers. – U.K. : Cambridge University Press, 1999. – 247 p.

Byers, M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law [Text] / M. Byers // *Duke Journal of Comparative & International Law*. – Fall/Winter 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 81–88.

Capps, P. The Court as Gatekeeper : Customary International Law in English Courts [Text] / P. Capps // *The Modern Law Review*. – May 2007. – Vol. 70: Issue 3. – P. 458–471.

Cassese, A. *International Law* [Text] / A. Cassese. – 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – 558 p.

Cheng, B. *Custom: The Future of General State Practice In a Divided World* [Text] / B. Cheng // *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* / Ed. by R. St. J. Macdonald, Douglas M. Johnston. – The Hague, Boston, Lancaster : Martinus Nijhoff Publishers, 1983. – 1234 p.

Cobbett, P. *Leading Cases on International Law, with Notes Containing the Views of the Text-Writers on the Topics Referred to, Supplementary Cases, Treaties and Statutes* [Text]. Vol. 1. Peace / P. Cobbett, H. H. L. Bellot. – London : Sweet and Maxwell, limited, 1922. – 434 p.

Cook, R. H. *Dynamic Content : The Strategic Contingency of International Law* [Text] / R. H. Cook // *Duke Journal of Comparative & International Law*. – 2004. – Vol. 14. – P. 89–123.

Coquia, J. R. *Public International Law* [Text] / J. R. Coquia, M. D. Santiago. – Philippines : U. P. Law Complex, 1984. – 901 p.

Customary International Humanitarian Law [Text] / International Committee of the Red Cross; ed. by J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck. – Vol. 1: Ruls. Vol. 2 (in 2 books): Practice. – U.K. : Cambridge University Press, 2005.

D'Amato, A. *Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms* [Text] / A. D'Amato // *Georgia Journal of International and Comparative Law*. – Fall, 1995 / Winter, 1996. – Vol. 25. – P. 47–98.

D'Amato, A. *The Authoritativeness Of Custom In International Law* [Text] / A. D'Amato // *Rivista di Diritto Internazionale*. – Vol. 53. – 1970. – P. 491–505.

D'Amato, A. *The Concept of Custom in International Law* [Text] / A. D'Amato. – Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. – 286 p.

D'Amato, A. *Customary International Law: A Reformulation* [Text] / A. D'Amato // *International Legal Theory*. – Vol. 4. – 1998. – P. 1–6.

D'Amato, A. *The Concept Of Special Custom In International Law* [Text] / A. D'Amato // *American Journal of International Law*. – Vol. 63. – 1969. – P. 211–223.

D'Amato, A. *Trashing Customary International Law* [Text] / A. D'Amato // *American Journal of International Law*. – Vol. 81. – 1987. – № 1 – P. 101–105.

Denza, E. *The Relationship between International and National Law* [Text] / Eileen Denza // *International Law*. 1st edition / ed. By M. D. Evans. – U.S.A., Oxford University Press Inc., New York, 2003. – P. 415–443.

De Souza, I. M. L. The Role of State Consent in the Customary Process [Text] / I. M. L. De Souza // *International and Comparative Law Quarterly*. – Vol. 44. – July 1995. – P. 521–539.

Dicke, D. C. Public International Law and New International Economic Order [Text] / D. C. Dicke // *Legal Issues in International Trade* / ed. by P. Sarcevic, H. van Houtte. – Graham & Trotman/Martinus Nijhoff. – Printed in Great Britain by Billing & Sons, Ltd, 1990. – P. 23–52.

Dixon, M. *Textbook on International Law* [Text] / M. Dixon. – 3rd ed. – Glasgow : Blackstone Press Limited, 1996. – 340 p.

Dodge, W. S. Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after *Sosa v. Alvarez-Machain* [Text] / W. S. Dodge // *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. – 2004. – Vol. 12. – P. 87–108.

Dodge, W. S. Customary International Law and the Question of Legitimacy [Text] / W. S. Dodge // *Harvard Law Review*. – 2007. – Vol. 120. – P. 19–27.

Economides, C. The Relationship between International and Domestic Law [Text] / C. Economides. – Council of Europe Press, 1994. – 24 p.

Elias, O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law [Text] / O. Elias // *International and Comparative Law Quarterly*. – Vol. 44. – July 1995. – P. 501–520.

Engle, K. Culture and Human Rights: The Asian Values Debate in Context [Text] / K. Engle // *New York University Journal of International Law & Politics*. – 2000. – Vol. 32, № 2. – P. 291–333.

Fon, V. Stability and Change in International Customary Law [Электронный ресурс] / V. Fon, F. Parisi // *George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper No. 03-21*. – 2003. – 31 p. – Режим доступа: http://ssrn.com/abstract_id=399960.

Gardiner R. K. *International Law* [Text] / R. K. Gardiner. – England : Pearson Education Limited, 2003. – 517 p.

Garwood-Gowers, A. Self-Defence Against Terrorism in the Post-9/11 World [Text] / A. Garwood-Gowers // *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*. – 2004. – Vol. 4, № 2. – P. 167–184.

Goldsmith, J. L. *The Limits of International Law* [Text] / J. L. Goldsmith, E. A. Posner. – N.Y. : Oxford University Press Inc., 2005. – 262 p.

Goldsmith, J. A Theory of Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // *The University of Chicago Law Review*. – Fall 1999. – Vol. 66, № 4. – P. 1113–1177.

Goldsmith, J. Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law [Text] / J. Goldsmith, E. Posner // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – Vol. 40, № 2. – P. 639–672.

Grün, E. Globalization of Law: A Systematic and Cybernetic Phenomenon [Электронный ресурс] / E. Grün. – Режим доступа: http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global_english.htm

Gunning, I. R. Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights [Text] / I. R. Gunning // *Virginia Journal of International Law*. – 1991. – Vol. 31. – P. 211–247.

Guzman, A. T. A Compliance-Based Theory of International Law [Text] / A. T. Guzman // *California Law Review*. – December 2002. – Vol. 90, № 6. – P. 1823–1887.

Guzman, A. T. Saving Customary International Law (final type) [Text] / A. T. Guzman // *Michigan Journal of International Law*. – Spring 2006. – Vol. 27, № 1. – P. 1–62.

Guzman, A. T. Saving Customary International Law [Электронный ресурс] / A. T. Guzman // *American Law & Economics Association Annual Meetings*. – 2005. – Paper 30. – 67 p. – Режим доступа: <http://law.bepress.com/alea/15th/bazaar/art30>.

Henckaerts, J.-M. Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict [Text] / J.-M. Henckaerts // *International Review of the Red Cross*. – March 2005. – Vol. 87, № 857. – P. 175–212.

Henkin, L. *International Law: Politics and Values* [Text] / L. Henkin. – The Netherlands : Kluwer Academics Publishers, 1995. – 377 p.

Hillier, T. *Sourcebook on Public International Law* [Text] / T. Hillier. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 1998. – 883 p.

Howse, R. The Concept of Odious Debt in Public International Law [Text] / R. Howse // *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD/OSG/DP/2007/4). Discussion Papers*. – July 2007. – № 185. – 27 p.

Humphrey, J. P. On the Foundations of International Law [Text] / J. P. Humphrey // *The American Journal of International Law*. – Vol. 39, № 2. – 1945. – P. 231–243.

International Campaign to Ban Landmines [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/States-Parties>.

International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law [Электронный ресурс] Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – 66 p. – Режим доступа: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

Jeannet, S. Non-Disclosure of Evidence Before International Criminal Tribunals: Recent Developments Regarding the International Committee of the Red Cross [Text] / S. Jeannet // *International and Comparative Law Quarterly*. – July 2001. – Vol. 50. – P. 643–656.

Jeannet, S. Recognition of the ICRC's Decision by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia [Text] / S. Jeannet // *International Review of the Red Cross*. – June 2000. – Vol. 82, № 838. – P. 403–425.

Joyner, D. H. A Normative Model for the Integration of Customary International Law into the United States Law [Text] / D. H. Joyner // *Duke Journal of Comparative & International Law*. – 2001. – Vol. 11. – P. 133–156.

Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems [Text] / J. Kammerhofer // *European Journal of International Law*. – 2004. – Vol. 15, № 3. – P. 523–553.

Kelley, D. R. *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition* [Text] / D. R. Kelley. – Harvard University Press, printed in the U.S.A., 1990. – 358 p.

Kelsen, H. *Principles of International Law* [Text] / H. Kelsen. – New York : Rinehart & Company, Inc., 1952 / reprinted 2003 by The Lawbook Exchange, Ltd. – 461 p.

Kirby, H. M. The Common Law and International Law [Text] / H. M. Kirby. – *A Dynamic Contemporary Dialogue* // *Legal Studies*. – March 2010. – Vol. 30, № 1. – P. 30–60.

Koh, H. H. Is International Law Really State Law? [Text] / H. H. Koh // *Harvard Law Review*. – May 1998. – Vol. 111. – P. 1824–1861.

Kontorovich, E. Inefficient Customs in International Law [Электронный ресурс] / E. Kontorovich // *American Law & Economics Association Annual Meetings*. Paper 66. – 2006. – 56 p. – Режим доступа: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1877&context=alea>.

Ku, J. G. Customary International Law in State Courts [Text] / J. G. Ku // *Virginia Journal of International Law*. – 2001. – Vol. 42:1. – P. 265–337.

Kuns, J. L. The Nature of Customary International Law [Text] / J. L. Kuns // *The American Journal of International Law*. – 1953. – Vol. 47, № 4. – P. 662–669.

Langille, B. It's «Instant Custom»: How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001 [Text] / B. Langille // *Boston College International & Comparative Law Review*. – 2003. – Vol. 26, № 1. – P. 145–156.

Lauterpacht, H. *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* [Text] / H. Lauterpacht. – London: Longmans, Green and Co. Ltd., 1927. – 325 p.

Lauterpacht, H. The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man [Text] / H. Lauterpacht // *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 29, *Problems of Peace and War, Papers Read before the Society in the Year 1943* (1943). – Oxford University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law. – P. 1–33.

Lesaffer, R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription [Text] / R. Lesaffer // *European Journal of International Law*. – 2005. – Vol. 16, № 1. – P. 25–58.

Linde, C. The U.S. Constitution and International Law: Finding the Balance [Text] / C. Linde // Journal of Transnational Law & Policy. – Spring 2006. – Vol. 15. – P. 305–339.

Lowe, V. International Law [Text] / V. Lowe. – N.Y., U.S.A. : Oxford University Press, 2007. – 298 p.

Macdonald, R. St. J. Fundamental Norms in Contemporary International Law [Text] / R. St. J. Macdonald // Canadian Yearbook of International Law. – 1987. – Vol. XXV. – P. 115–149.

MacLaren, M. An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law [Text] / M. MacLaren, F. Schwendimann // German Law Journal. – 2005. – Vol. 06, № 09. – P. 1217–1242.

Mertus, J. Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application [Text] / J. Mertus // New York University Journal of International Law & Politics. – 2000. – Vol. 32, № 2. – P. 537–566.

Miller, L. H. Global Order. Values and Power in International Politics [Text] / L. H. Miller. – 4th ed. – U.S.A., Westview Press, A Member of Perseus Books, L.L.C., 1998. – 300 p.

Miller, N. P. Federal Courts Enforcing Customary International Law: The Salutary Effect of *Sosa v. Alvarez-Machain* on the Institutional Legitimacy of the Judiciary [Text] / N. P. Miller, S. W. Fitschen, W. Wagner // Regent Journal of International Law. – 2005. – Vol. 3, № 1. – P. 1–26.

Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law [Text] / R. Müllerson // International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy / Ed. by Karel Wellens. – The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – 809 p. – P. 161–178.

Neuman, G. L. Sense and Nonsense about Customary International Law: a Response to Professors Bradley and Goldsmith [Text] / G. L. Neuman // Fordham Law Review. – November 1997. – P. 371–392.

Nowrot, K. Global Governance and International Law [Text] / K. Nowrot // Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 33. – Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. – November 2004. – 37 p.

O'Brien, D. M. Constitutional Law and Politics [Text] / D. M. O'Brien. – Vol. I : Struggles for Power and Governmental Accountability. – 6th ed. – N.Y., U.S.A. : Norton & Company, 2005. – 1081 p.

O'Brien, J. International Law [Text] / J. O'Brien. – London, U.K. : Cavendish Publishing Limited, 2001. – 861 p.

O'Connell, D. P. International Law [Text] / D. P. O'Connell. – 2nd ed. – Vol. 1. – London : Stevens and Sons, 1970. – 595 p.

Oduntan, G. The Never Ending Dispute: Legal Theories on the Spatial Demarcation Boundary Plane between Airspace and Outer Space [Text] / G. Oduntan // *Hertfordshire Law Journal*. – Volume 1. – Issue 2. – Autumn 2003. – P. 64–84.

Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*. Vol. I. Peace [Text] / L. Oppenheim. – 3d edition / ed. By R. F. Roxburgh. – Clark, New Jersey, USA: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005. – 799 p. – P. 64–84.

Parisi, F. The Formation of Customary Law [Электронный ресурс] / F. Parisi // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. Paper No. 01-06. – 2001. – 39 p. – Режим доступа: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262032.

Paulus, A. L. Law and Politics in the Age of Globalization [Text] / A. L. Paulus // *European Journal of International Law*. Vol. 11, № 2. – June 2000. – P. 465–472.

Petersen, N. Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation [Text] / N. Petersen // *American University International Law Review*. – 2008. – Vol. 23, № 2. – P. 275–310.

Petersmann, E.-U. Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration [Text] / E.-U. Petersmann // *European Journal of International Law*. – Vol. 13. – 2002. – № 3. – P. 621–650.

Reisman, W. M. Unratified Treaties and Other Unperfected Acts in International Law: Constitutional Functions [Text] / W. M. Reisman // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. – May 2002. – Vol. 35, № 3. – P. 729–747.

Riedel, E. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? [Text] / E. Riedel // *European Journal of International Law*. – 1991. – № 2. – P. 58–84.

Roberts, A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation [Text] / A. E. Roberts // *The American Journal of International Law*. – October 2001. – Vol. 95, № 4. – P. 757–791.

Schachter, O. *International Law in Theory and Practice* [Text] / O. Schachter. – The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1991. – 431 p.

Scharf, M. P. Seizing the «Grotian Moment»: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change [Text] / M. P. Scharf // *Cornell International Law Journal*. – 2010. – Vol. 43, № 3. – P. 440–469.

Shaw, M. N. *International Law* [Text] / M. N. Shaw. – 6th edition. – New York, U.S.A. : Cambridge University Press, 2008. – clxvi + 1542 p.

Shearer, I. A. *Starke's International Law* [Text] / I. A. Shearer. – 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – 624 p.

Shelton, D. International Law and 'Relative Normativity' [Text] / D. Shelton // *International Law*. 1st edition ; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A.: Oxford University Press Inc., 2003. – P. 145–172. [841 p.]

Shen, J. Reflections on D'Amato «Reformulation»: of Customary International Law [Электронный ресурс] / J. Shen // International Legal Theory / Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law. – Vol. IV (1), 1998. – Режим доступа: http://law.ubalt.edu/downloads/law_downloads/ILT_04_1_1998.pdf.

Sieghart, P. The Lawful Rights of Mankind [Text] / P. Sieghart. – N.Y., U.S.A. : Oxford University Press, 1986; printed in Great Britain by Richard Clay (The Chaucer Press) Ltd. – 252 p.

Simpson, G. The Situation on the International Legal Theory Front: The Power of Rules and the Rule of Power [Text] / G. Simpson // European Journal of International Law. – June 2000. – Vol. 11, № 2. – P. 439–464.

Sohn, L. B. The UN System as Authoritative Interpreter of Its Law [Text] / L. B. Sohn // United Nations Legal Order ; ed. by O. Schachter and C.C. Joyner. Vol. 1. – UK : Cambridge University Press, 1995. – P. 169–229.

Stern, B. Custom at the Heart of International Law [Text] / B. Stern // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11, № 1. – P. 89–108.

Swaine, E. T. Rational Custom [Text] / E. T. Swaine // Duke Law Journal. – 2002. – Vol. 52. – P. 559–627.

The Theory of Customary International Law [Text] // American Society of International Law Proceedings. – Vol. 82 – 1988. – P. 242–260.

Thirlway, H. The Sources of International Law [Text] / H. Thirlway // International Law. 1st edition ; ed. by M. D. Evans. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2003. – 841 p. – P. 117–144.

Thorburn, I. A. The International Regulation of the Use of Force. Between Customary International Law and the Law of the Charter [Text] / I. A. Thorburn. – Universite de Geneve, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Octobre 2004. – 90 p.

Tidmarsh, J. A Theory of Federal Common Law [Text] / J. Tidmarsh, B. Murray // Northwestern University Law Review. – 2006. – Vol. 100, № 2. – P. 585–654.

Trachtman, J. P. The Customary International Law Supergame [Электронный ресурс] / J. P. Trachtman, G. Norman // ExpressO Preprint Series. – 2004. – Paper 241. – 51 p. – Режим доступа: <http://law.bepress.com/expresso/eps/241>.

Tully, J. Modern Constitutional Democracy and Imperialism [Text] / J. Tully // Osgoode Hall Law Journal. – 2008. – Vol. 46, № 3. – P. 461–493.

Tunkin, G. Is General International Law Customary Law Only? [Text] / G. Tunkin // European Journal of International Law. – 1993. – № 4. – P. 534–541.

Vagts, D. F. International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence [Text] / D. F. Vagts // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 5. – P. 1031–1040.

Vagts, D. F. Transnational Business Problems [Text] / D. F. Vagts. – 2nd ed. – N.Y., U.S.A. : Fondation Press, 1998. – 602 p.

Vallikivi, H. Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia [Text] / H. Vallikivi // *Juridica International*. – VII/2002. – P. 28–38.

Vereshchetin, V. S. New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law [Text] / V. S. Vereshchetin // *European Journal of International Law*. – 1996. – Vol. 7, № 1. – P. 29–41.

Verma, S. K. An Introduction to Public International Law [Text] / S. K. Verma. – PHI Learning Pvt. Ltd., 2004. – 492 p.

Walden, R. M. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law [Text] / R. M. Walden // *Israel Law Review*. – Vol. 12, № 3. – 1977. – P. 344–364.

Wildhaber, L. The European Court of Human Rights: The Past, the Present, the Future [Text] / L. Wildhaber // *The American University International Law Revue*. – 2007. – Vol. 22, № 4. – P. 521–538.

Wildhaber, L. The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries [Text] / L. Wildhaber, S. Breitenmoser // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*. – 1988. – Vol. 48. – P. 163–207.

Wilson, J. Q. The Moral Sense [Text] / J. Q. Wilson. – N.Y., USA : The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – 311 p.

Wolfowitz, P. The New Defence Strategy [Text] / P. Wolfowitz // *Rethinking America's Security: Beyond Cold War to New World Order* / G. Allison and G. F. Treverton, editors. – N. Y., USA : W. W. Norton & Company, Inc., 1992. – P. 176–195.

Zamora, S. Economic Relations and Development [Text] / S. Zamora // *United Nations Legal Order* / ed. by O. Schachter and C.C. Joyner, Vol. 1. – UK : Cambridge University Press, 1995. – P. 503–576.

Міжнародні договори

Устав Организации Объединённых Наций от 26 июня 1945 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/documents/charter/>

Статут Международного суда Организации Объединённых Наций от 26 июня 1945 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/icj/statut.shtml>

Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.mid.ru/ns-dp.nsf/0/B6644B07AA18813DC3257460003C00DF>

Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21 мая 1986 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua>

Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua>

Договоренность о правилах и процедурах разрешения споров (Приложение № 2 к Марракешскому соглашению о создании Всемирной Торговой Организации от 15 апреля 1994 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua>

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) [Электронный ресурс] Женева, 8 июня 1977 г. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/iwpList133/4A1B0FBA8B5AE3CEC3257107002A11CC>

Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/geneva-convention-1>

Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море от 12 августа 1949 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/geneva-convention-2>

Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/geneva-convention-3>

Женевская конвенция о защите гражданского населения по время войны от 12 августа 1949г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/geneva-convention-4>

Женевская конвенция о континентальном шельфе 1958 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/conts.pdf

Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении от 18 сентября 1997 г. [Оттавская конвенция] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/mines_convention.shtml

Конвенция против применения допинга от 16 ноября 1989 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://conventions.coe.int/treaty/rus/Treaties/Html/135.htm>

Конвенция Организации Объединённых Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/lawsea.pdf

Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AE69C60-8259-40F8-93AF-8EF6D817C710/0/RUS_CONV.pdf

Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/torture.shtml

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.miripravo.ru/arbitr/arbitr_rule/arbitr_rule_index_0.htm

Конвенция о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/chicago_conv.pdf

Міжамериканська конвенція про права та обов'язки держав від 26 грудня 1933 р. // Дмитрієв, А. І. та ін. Міжнародне публічне право: практикум / А. І. Дмитрієв, А. С. Мацко, В. І. Муравйов ; за. ред.: Ю. С. Шемшученка, Л. В. Губерського. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 76–79.

Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наёмников от 4 декабря 1989 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/mercen.shtml

Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

Европейская конвенция о предотвращении насилия и хулиганского поведения зрителей во время спортивных мероприятий и, в частности, футбольных матчей от 19 августа 1985 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/120.htm>

Резолюції міжнародних організацій, міжнародні політичні документи

Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ) от 1 августа 1975 г. [Текст] // Сб. действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – Вып. XXXI. – М., 1977. – С. 544–589.

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 217 А (III) от 10 декабря 1948 г. «Всеобщая декларация прав человека» [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 375 (IV) от 6 декабря 1949 г. «Проект Декларации прав и обязанностей государств» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/053/70/IMG/NR005370.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 377 (V) от 3 ноября 1950 г. «Единство в пользу мира» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/062/19/IMG/NR006219.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1514 (XV) от 14 декабря 1960 г. «Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/155/24/IMG/NR015524.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1721 (XVI) от 20 декабря 1961 г. «Международное сотрудничество в использовании космического пространства в мирных целях» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/170/20/IMG/NR017020.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1802 (XVII) от 14 декабря 1962 г. «Международное сотрудничество в использовании космического пространства в мирных целях» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/195/58/IMG/NR019558.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1962 (XVIII) от 13 декабря 1963 г. «Декларация правовых принципов, регулирующих деятельность государств по исследованию и использованию космического пространства» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/188/63/IMG/NR018863.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1995 (XIX) от 30 декабря 1964 г. о создании Конференции Организации Объединённых Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/211/17/IMG/NR021117.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г. «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединённых Наций» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3314 (XXIX) от 14 декабря 1974 г. «Определение агрессии» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3201 (S-VI) от 1 мая 1974 г. «Декларация об установлении нового международного экономического порядка» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_r.pdf

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3281 (XXIX) от 12 декабря 1974 г. «Хартия экономических прав и обязанностей государств» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/742/01/IMG/NR074201.pdf?OpenElement>

Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 56/83 от 12 декабря 2001 г. «Ответственность государств за международно-противоправные деяния» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/99/PDF/N0147799.pdf?OpenElement>

Резолюция Совета Безопасности ООН 827 (1993) от 25 мая 1993 г. об учреждении Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res1993/res827.htm>

Резолюция Совета Безопасности ООН 955 (1994) от 8 ноября 1994 г. об учреждении Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января 1994 года по 31 декабря 1994 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res1994/res955.htm>

Резолюция Экономического и Социального Совета ООН 1296 (XLIV) от 23 мая 1968 г. «Мероприятия по консультациям с неправительственными организациями» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/007/91/IMG/NR000791.pdf?OpenElement>

Резолюция Экономического и Социального Совета ООН 1297 (XLIV) от 27 мая 1968 г. «Неправительственные организации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/007/92/IMG/NR000792.pdf?OpenElement>

Obligations *Erga Omnes* in International Law. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.icj-cij.org.

Рішення міжнародних судів, трибуналів, арбітражів

Постійна палата міжнародного правосуддя

Case of the S.S. «Lotus». Judgment № 9. 7 September 1927 // Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A. – № 10, 1927. – P. 3

Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – № 14, December 8th, 1927 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. – P. 5.

Free City of Danzig and International Labour Organization. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. – № 18. August 26th, 1930 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. – Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1930. – P. 3.

Case Concerning the Factory of Chorzów. Judgment No. 8. Claim for Indemnity. Jurisdiction. Series A - № 9. July 26, 1927 // Publications of the P.C.I.J., 1927. – P. 3.

Case Concerning the Factory of Chorzów. Merits. Judgment № 13. Series A - No. 17. September 13th, 1928 // Publications of the P.C.I.J., 1928. – P. 4.

Dissenting Opinion by M. Ehrlich. Case Concerning the Factory of Chorzów. Judgment № 8. Series A - № 9. July 26, 1927 // Publications of the P.C.I.J., 1927. – P. 35.

Міжнародний суд ООН

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment (Merits) of 9 April 1949 // I.C.J. Reports, 1949. – P. 4.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory Opinion of 11 April 1949 // ICJ Reports, 1949. – P. 174.

International status of South-West Africa. Advisory Opinion of 11 July 1950 // I.C.J. Reports 1950. – P. 128.

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951 // I.C.J. Reports, 1951. – P. 116.

Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950 // I.C.J. Reports, 1950. – P. 266.

Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal. Advisory Opinion of 13 July 1954 // I.C.J. Reports, 1954. – P. 47.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Merits, Judgment of 12 April 1960 // I.C.J. Reports 1960. – P. 6.

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962 // I.C.J. Reports 1962. – P. 6.

North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark, F.R.G. v. the Netherlands), Judgment of 20 February 1969 // I.C.J. Reports, 1969. – P. 3.

Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970 // I.C.J. Reports, 1970. – P. 6.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion of 21 June 1971 // I.C.J. Reports 1971. – P.16.

Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974 // I.C.J. Reports, 1974. – P. 253.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980 // I.C.J. Reports, 1980. – P. 3.

Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 // I.C.J. Reports, 1984. – P. 246.

Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985 // I.C.J. Reports 1985. – P. 13.

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986 // I.C.J. Reports, 1986. – P. 14.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996 // I.C.J. Reports 1996. – P. 226.

Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002 // I.C.J. Reports, 2002. – P. 3.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran/United States of America), Judgment of 06 November 2003 // I.C.J. Reports, 2003. – P. 161.

Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії

Prosecutor v. Anto Furundzija. Judgment, 10 December 1998. Case No.: IT-95-17/1-T [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Prosecutor v. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic and Simo Zaric, Decision on the Prosecutor Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness, No. IT-95-9-PT (27 July 1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, No. IT-94-1-AR72 (2 October 1995) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a “Pavo”), Hazim Delic and Esad Landzo (a/k/a “Zenga”). Judgment of the Appeals Chamber. Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Judgment of the Appeals Chamber. Case No. IT-95-14/1-A, 24 March 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic (a/k/a “Vlado”). Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org>.

Європейський суд з прав людини

Case of Al-Adsani v. the United Kingdom (Application no. 35763/97), Judgment, 21 November 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

Case of Beaumartin v. France (Application no. 15287/89), Judgment, 24 November 1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

Case of Belilos v. Switzerland (Application no. 10328/83), Judgment, 29 April 1988 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

Case of Benthem v. the Netherlands (Application no. 8848/80), Judgment, 23 October 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

Case of Cossey v. the United Kingdom (Application no. 10843/84), Judgment, 27 September 1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int>.

Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД)

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5). Award of the Tribunal (September 23, 2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9). Award of the Tribunal (September 16, 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6) Award of the Tribunal (April 12, 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Конституції, законодавство і судова практика держав

Англія

Buvot v. Barbuitt (1737) Cases Temp Talbot 281

Triquet v. Bath (1764) 3 Burr 1478.

Queen v. Keyn 1876 (другі найменування дела: *R. v. Keyn; the Franconia's case*) // *Cobbett P., Bellot H.H. L. Leading Cases on International Law, with Notes Containing the Views of the Text-Writers on the Topics Referred to, Supplementary Cases, Treaties and Statutes. Volume 1. Peace.* – London: Sweet and Maxwell, limited, 1922. – P. 136-144.

West Rand Central Gold Mining Co., Limited v. R. 2 K.B. 391 [1905] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lawofwar.org/west_rand_central_gold.htm.

Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria [1977] 2 W.L.R. 356 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html>.

R. v. Jones and Milling [2006] UKHL 16. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>.

Континентальна Европа

Конституция Австрийской Республики [Электронный ресурс]. Федеральный Конституционный Закон 1920 г. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/160>.

Конституция Венгерской Республики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/118>.

Конституция Испании 1978 г. [Текст] // Конституции зарубежных стран : сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 72–108.

Конституция Итальянской Республики 1947 г. [Текст] // Конституции зарубежных стран: сб. – М.: Юрлитинформ, 2000. – С. 50–71.

Конституция Латвийской Республики 1922 г. (с поправками 1993 и 1994 гг.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/116>

Конституция Литовской Республики 1992 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/115>

Конституция Португальской Республики 1976 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/141>

Конституция Республики Беларусь 1994 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.belarus.net/conendru.htm#>

Конституция Республики Болгария 1991 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/120>

Конституция Республики Македония 1991 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/113>

Конституция Республики Молдова 1994 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/127>

Конституция Республики Словении 1991 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/109>

Конституция Румынии 1991 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/111>

Конституция Словацкой Республики 1992 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/110>

Конституция Французской Республики (1946 г. (преамбула), 1958 г.) [Текст] // Конституции зарубежных стран : сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 34–49.

Конституция Чешской Республики 1992 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/106>

Конституция Эстонской Республики 1992 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/105>

Основной закон Федеративной Республики Германии 1949 г. [Текст] // Конституции зарубежных стран : сб. – М. : Юрлитинформ, 2000. – С. 109–143.

Російська Федерація

Конституція Російської Федерації 1993 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitution.ru>.

О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации [Електронний ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5. – Режим доступу: <http://www.supcourt.ru/second.php>.

О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия [Електронний ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8. – Режим доступу: <http://www.supcourt.ru/second.php>.

США

The United States Constitution [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>

Respublica v. De Longchamps, 1 U.S. 111 (1784) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/1/111/case.html>

Swift v. Tyson, 41 U.S. 16 Pet. 1 1 (1842) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/41/1/case.html>

The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/175/677/case.html>

United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/301/324/case.html>

Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/304/64/case.html>

Banco National de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/376/398/case.html>

Filartiga v. Pena-Irala, 630 F2d 876 (1980) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d876.html>.

Sosa v. Alvarez-Machain et al., 542 U.S. 692; 124 S. Ct. 2739 (2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/us/542/692/case.html>.

Україна

Декларация о государственном суверенитете Украины от 16.07.1990 г. [Текст] // Ведомости Верхов. Совета УССР. – 1990 г. – № 31. – Ст. 429.

Конституция Украины от 28 июня 1996 г. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки [Текст]. Прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 1978 р. // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. I : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. Правнича Фундація, 1995. – 398 с. – С. 81–120.

Концепція нової Конституції України [Текст]. Схвалена Верховною Радою Української РСР 19 черв. 1991 р. // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. I : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. правнича Фундація, 1995. – С. 63–77.

Конституція України [Текст]. Проект. Винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення: у ред. від 1 лип. 1992 р. // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. I : Документи, коментарі, статті. – К. : Право ; Укр. Правнича Фундація, 1995. – С. 123–194.

Конституція України. Проект [Текст]. Внесений Комісією Верховної Ради України по розробці нової Конституції України [у ред. від 27 трав. 1993 р.] // Конституція незалежної України : у 3 кн. / за заг. ред. С. Головатого ; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – Кн. I : Документи, коментарі, статті. – К. : Право. Укр. правнича фундація, 1995. – С. 195–264.

Гражданский кодекс Украины от 16.01.2003 р. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

О внешнеэкономической деятельности : Закон Украины от 16.03.1991 г. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

О международном частном праве : Закон Украины от 23.06.2005 г. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права : Закон України від 21 січня 2010 р. № 1837-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 12. – Ст. 120.

Кодекс торгового мореплавания Украины от 23.05.1995 г. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 1995. – № 47–52. – Ст. 349.

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) [Текст] від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

Хозяйственный процессуальный кодекс Украины [Текст] от 06.11.1991 г. // Ведомости Верхов. Рады Украины. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

Документи Комісії міжнародного права ООН

Document A/CN.4/16: Article 24 of the Statute of the International Law Commission. Working Paper by Manley O. Hudson, Special Rapporteur // Yearbook of the International Law Commission, 1950. Vol. II. – United Nations, New York, 1957. – P. 24–35.

Document A/5809: Report of the International Law Commission covering the work of its 16th session, 11 May – 24 July 1964 // Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. II. – United Nations, New York, 1965. – P. 173–227.

Document A/5509: Report of the International Law Commission covering the work of its 15th session, 6 May – 12 July 1963 // Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II. – United Nations, New York, 1964. – P. 187–300.

International Law Commission. Summary Records of the 18th session, 4 May – 19 July 1966 // Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. I, Part II. – United Nations, New York, 1967. – 351 p.

Зміст

| | |
|-----------------|---|
| Передмова | 3 |
|-----------------|---|

Розділ 1

Міжнародно-правовий звичай

| | |
|--|----|
| в історії міжнародно-правових відносин | 11 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1.1. Короткий нарис про зародження та розвиток уявлень про міжнародно-правові звичаї в стародавності, Середньовіччі і Новий час (XVI–XVIII ст.) | 11 |
| 1.2. Розвиток уявлень про міжнародні звичаї в міжнародно-правовій літературі Російської імперії до 1917 р. | 22 |

Розділ 2

Правова природа

| | |
|-----------------------------------|----|
| міжнародно-правових звичаїв | 39 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 2.1. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції юридичного позитивізму | 40 |
| 2.2. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції політико-орієнтованої теорії | 64 |
| 2.3. Правова природа міжнародно-правових звичаїв з позиції природного права | 73 |

Розділ 3

Формування

| | |
|-----------------------------------|----|
| міжнародно-правових звичаїв | 98 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|--|-----|
| 3.1. Практика та <i>opinio juris</i> – основні елементи міжнародно-правових звичаїв | 98 |
| 3.1.1. Проблеми розмежування смислового змісту практики та <i>opinio juris</i> . Практика як фактична підстава міжнародно-правових звичаїв | 104 |
| 3.1.2. Особливості формування <i>opinio juris</i> | 125 |
| 3.2. Нові тенденції в розумінні строків формування міжнародно-правових звичаїв крізь призму «моментального» нормоутворення..... | 153 |
| 3.3. Розширення кола суб'єктів процесу формування міжнародно-правових звичаїв..... | 170 |

Розділ 4

Проблеми звичаєвого закріплення

| | |
|--|-----|
| загальних і локальних норм міжнародного права | 191 |
| 4.1. Міжнародно-правовий звичай – основна форма зовнішнього вираження норм загального міжнародного права | 191 |
| 4.2. Локальні звичаї міжнародного права | 220 |

Розділ 5

Міжнародно-правовий звичай

| | |
|--|-----|
| та інші джерела міжнародно-правових зобов'язань | 237 |
| 5.1. Міжнародно-правовий звичай і загальні принципи права | 237 |
| 5.2. Міжнародно-правовий звичай і міжнародний договір | 270 |
| 5.2.1. Проблема ієрархії у співвідношенні міжнародно-правового звичаю і міжнародного договору як джерел міжнародного права | 270 |
| 5.2.2. Зміна і доповнення норм міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями | 278 |
| 5.3. Міжнародно-правовий звичай і резолюції міжнародних міжурядових організацій | 288 |
| 5.4. Міжнародно-правовий звичай і судові рішення | 301 |
| 5.4.1. Міжнародно-правовий звичай і рішення міжнародних судів | 301 |
| 5.4.2. Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв | 322 |

Розділ 6

Міжнародно-правові звичаї

| | |
|--|-----|
| у внутрішньому праві держав | 334 |
| 6.1. Міжнародно-правові звичаї у правовій системі Англії | 334 |
| 6.2. Міжнародно-правові звичаї у правовій системі Сполучених Штатів Америки | 343 |
| 6.3. Міжнародно-правові звичаї в правових системах держав континентальної Європи | 362 |
| 6.4. Міжнародно-правові звичаї у праві України | 387 |

| | |
|---|-----|
| Висновки | 402 |
| Список використаних джерел | 413 |

Наукове видання

Щокін Юрій Вадимович

**Міжнародно-правовий звичай:
проблеми теорії і практики**

Монографія

Редактор *С. А. Пашинська*

Коректор *Т. Ф. Зуб*

Технічні редактори: *О. І. Лагоза, В. М. Зеленько*

Підписано до друку 3.02.2012.
Формат 60×90 $\frac{1}{16}$, Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 28,5. Обл.-вид. арк. 27,8. Вид. № 678.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Виготовлено у друкарні СПДФО Білетченко
Тел. (057) 758-35-98